

Data enia

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242 | Semestral | Gratuito
Ano 1 • N.º **02** • Janeiro - Junho 2013



Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
Periodicidade semestral
ISSN 2182-8242

Ano 1 • N.º 02 • Janeiro-Junho 2013
Publicado em Agosto de 2013.

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.

Índice

DIREITO PÚBLICO

A Autarquia como Autora Popular	05
<i>Joana Roque Lino</i>	

DIREITO LABORAL

O direito à mentira da trabalhadora grávida	51
<i>Marlene Alexandra Ferreira Mendes</i>	

DIREITO BANCÁRIO

A intermediação financeira: em especial, os deveres de informação do intermediário perante o cliente	101
<i>Pedro Miguel S. M. Rodrigues</i>	

DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária no contencioso administrativo	133
<i>Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues</i>	

DIREITO DO TRABALHO

Da Inconstitucionalidade do Despedimento por Inadaptação	145
<i>David Falcão</i>	

CIÊNCIA POLÍTICA

Contributo para a análise do Estado social e democrático de Direito	153
<i>Renato Lopes Militão</i>	

DIREITO DA INTERNET

Os novos direitos de autor em face de novos media	169
<i>João Ademar Lima, Joaquim Escola e Verónica Lima</i>	

DIREITO FINANCEIRO

Responsabilidade pela entrega da coisa nos contratos de locação financeira	183
<i>Ruben Daniel Cardoso de Jesus</i>	

DIREITO DO DESPORTO

O direito de imagem do desportista profissional	195
<i>Andrea Susana Linhas Lopes da Silva</i>	



A AUTARQUIA COMO AUTORA POPULAR

JOANA ROQUE LINO

Advogada e Agente de Execução

Doutoranda em Direito Público

SUMÁRIO:

Este trabalho analisa o exercício do direito de ação popular por parte da autarquia local, no quadro da conformação legal que lhe foi dada pelo legislador nacional no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, com especial incidência sobre a matéria dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como da legitimidade, do interesse em agir e do objeto do processo, no âmbito do contencioso administrativo.

Discute-se se a ação popular de que as autarquias locais podem lançar mão apenas é passível de ser utilizada quando o interesse a tutelar esteja inserido nas respetivas atribuições e competências e ou quando exista uma conexão entre os interesses tutelados e a área de circunscrição territorial da autarquia autora, ou se foi atribuída às autarquias locais uma legitimidade processual ativa originária para que atuem em nome próprio, por sua conta e no exercício de um direito próprio, embora em defesa de interesses alheios, independentemente da titularidade de qualquer direito, estabelecendo-se um nexó territorial entre os residentes das autarquias e a sua área de circunscrição e não entre esta e os interesses de que aqueles são titulares.

A AUTARQUIA COMO AUTORA POPULAR

JOANA ROQUE LINO
Advogada e Agente de Execução
Doutoranda em Direito Público

INTRODUÇÃO ^(*)

O tema que escolhi para objecto deste trabalho, «a autarquia local como autora popular», reveste-se de actualidade, não obstante a Lei n.º 83/95 de 31 de Agosto ter sido publicada no ano de 1995, pelo facto de estarmos a assistir ao desenvolvimento dos chamados processos colectivos, quer ao nível internacional, designadamente, no Brasil, que conta actualmente com um projecto de código de processos colectivos, quer ao nível comunitário, onde se têm efectuado algumas audições públicas sobre o processo judicial colectivo, embora restritas a certas matérias, como sucede com a defesa do consumidor.

Os processos colectivos obrigam-nos a repensar os códigos de processo existentes, de cunho individualista, no tocante à tutela dos interesses difusos, dos interesses colectivos e dos interesses individuais homogêneos, em matérias como as da legitimidade, do interesse em agir e do objecto do processo, entre outras.

Os problemas que podem suscitar-se colocam-se com especial acuidade em relação à autarquia local como autora popular, atenta a configuração legal da titularidade do direito de acção popular por parte das autarquias locais no ordenamento jurídico português, nomeadamente, no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 83/95, cuja redacção é a seguinte:

“São igualmente titulares dos direitos referidos no número anterior as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição”.

Esta configuração legal aliada ao facto de haver autores que consideram que a acção de que as autarquias podem lançar mão não é uma verdadeira acção popular, mas sim uma acção pública, passível de utilização apenas quando o interesse a tutelar contenciosamente esteja inserido nas atribuições e competências das autarquias locais e quando o interesse afectado ou ameaçado se situe no território da autarquia autora ou essa afectação tenha, de algum modo, refracção no território da autarquia autora, permitiu-nos encontrar um tema de trabalho interessante, que nos deu a oportunidade de levar a cabo uma investigação da qual esperamos ter conseguido alcançar alguns contributos de ordem prática no domínio do contencioso administrativo.

^(*) Texto da Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Orientador: Professor João Caupers.

Palavras-chave: Acção popular; Autarquia Local; Interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos; Legitimidade, interesse em agir, objeto do processo; Contencioso administrativo; Atribuições e Competências das Autarquias Locais; Circunscrição territorial; Interesses dos residentes da Autarquia.

O presente trabalho visa, pois, analisar o exercício do direito de acção popular por parte das autarquias locais no domínio da jurisdição administrativa, e não também no quadro da jurisdição cível. Esta restrição prende-se com uma opção de delimitação do tema, resultante dos condicionalismos de tempo e de espaço que conformam este trabalho. Excluimos ainda do nosso trabalho uma análise mais aprofundada da evolução dos conceitos de interesse difuso, interesse colectivo e interesse individual homogéneo, na medida em que tal análise nos obrigaria a sermos mais contidos na análise das restantes questões presentes no trabalho, quando é nelas que reside o cerne da problemática a que cumpre dar resposta.

Com este enquadramento, foi-nos possível estudar e questionar se as autarquias locais actuam enquanto representantes ou substitutas dos residentes na área da respectiva circunscrição, ou se a sua actuação, enquanto autoras populares, não se insere em qualquer destas categorias; por seu turno, debruçámo-nos sobre a legitimidade e o interesse em agir das autarquias locais, por ser através dessa análise, em nosso entender, que se consegue verificar se a actuação das autarquias locais no exercício do direito de acção popular tem como limite as suas atribuições e competências e, por outro lado, se existe uma conexão entre os interesses tutelados e a área da circunscrição territorial das autarquias locais.

O trabalho estrutura-se em três partes, seguidas de conclusões.

Na primeira parte, fazemos um sintético cotejo histórico da evolução do direito de acção popular no ordenamento jurídico português, seguido de uma breve abordagem à figura da acção popular no direito brasileiro e no direito italiano.

Na segunda parte, procedemos à análise da natureza da autarquia local, das suas atribuições e competências e do modo como o seu território se organiza, após o que fazemos uma análise generalizada de algumas questões relacionadas com o direito de acção popular, com os bens e

interesses tutelados no seu âmbito e com a legitimidade, para entrar, num terceiro passo, na dissecação do exercício do direito de acção popular por parte das autarquias locais no domínio do contencioso administrativo.

Na terceira parte, em jeito de diálogo quer com a doutrina quer com a jurisprudência, fazemos a análise das relações que possam ou não estabelecer-se entre o exercício do direito de acção popular pelas autarquias locais e as suas atribuições e competências, bem como a análise da existência ou não de um elemento de conexão entre a sua área de circunscrição territorial e os interesses tutelados por via da acção popular.

Resta-nos dizer que todos os erros e omissões de que o presente trabalho padeça nos são inteira e exclusivamente imputáveis.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
al.	Alínea
CA	Código Administrativo de 1940
CEAL	Carta Europeia da Autonomia Local
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DAR	Diário da Assembleia da República
D.L.	Decreto-Lei
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
LAL	Lei das Autarquias Locais
LAP	Lei da Acção Popular
LEPTA	Lei de Processo dos Tribunais Administrativos
LTACA	Lei da Transferência de Atribuições e Competências
n.º	Número
NUTS	Nomenclaturas das Unidades Territoriais Estatísticas
RCM	Resolução do Conselho de Ministros
RTA	Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCA	Tribunal Central Administrativo
TCN	Tribunal de Conflitos
TUE	Tratado da União Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

PARTE I ABORDAGEM HISTÓRICA E DE DIREITO COMPARADO

CAPÍTULO I ABORDAGEM HISTÓRICA

1.1.– Antes da Constituição de 1976

A acção popular tem a sua origem na *actio popularis* do Direito Romano, a qual permitia a qualquer membro da comunidade tutelar os respectivos interesses públicos.

No nosso país, a acção popular surge nas Ordenações Manuelinas e Filipinas¹ sob a forma de acção supletiva, susceptível de ser utilizada por qualquer membro da comunidade, sobretudo no âmbito do direito penal, mas também para suprir a inacção das autarquias na defesa das coisas públicas contra o seu esbulho ou uso indevido.

Não tendo tido relevância no âmbito do direito medieval, onde terá surgido por força do direito comum romano, a acção popular desapareceu com o regime feudal.

O artigo 124.º da Carta Constitucional de 1826 consagra a acção popular, mas apenas quanto a certos crimes praticados por magistrados².

O Código Administrativo de 1842 consagra no seu artigo 29.º³ a acção popular correctiva no domínio do contencioso eleitoral, surgindo este

tipo de acção igualmente nos Códigos Administrativos de 1878⁴ e de 1886^{5 6}.

É, porém, através da Lei de 6 de Agosto de 1892⁷ que se consagra pela primeira vez a acção popular correctiva a ser instaurada por qualquer cidadão com o objectivo de impugnar actos de órgãos administrativos contrários à lei e ao interesse público⁸.

No Código Administrativo de 1896⁹, a acção correctiva surge no domínio do recurso eleitoral e do recurso de anulação das deliberações dos corpos administrativos¹⁰ e na Lei n.º 621, ela é consagrada no seu artigo 31.¹¹

É com a natureza de acção supletiva que o direito de acção popular surge no Código Administrativo de 1878. Podiam instaurar a acção os eleitores domiciliados na respectiva circunscrição, que tivessem obtido autorização prévia da junta geral do distrito ou do governo, “...em nome e no interesse do distrito, município ou paróquia ... para reivindicar e reaver ... quaisquer bens ou direitos ... usurpados ou que tenham sido indevidamente possuídos...”¹².

A acção popular supletiva foi objecto de consagração legal, sucessivamente, nos Códigos Administrativos de 1886 e de 1896^{13 14}.

⁴ Cfr. <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1127.pdf>, consultada em 21.09.2011.

⁵ Cfr. <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1176.pdf>, consultada em 21.09.2011.

⁶ Vide, respectivamente, os artigos 337.º e 331.º.

⁷ No seu artigo 46.º.

⁸ Cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A Acção Popular No Direito Administrativo Português*, Coimbra, 1967, p. 13.

⁹ Cfr. <http://www.archive.org/stream/cdigoadministrativa00portgoog#page/n8/mode/2up>, consultada em 21.09.2011.

¹⁰ Vide os artigos 220.º, 241.º, e 421.º.

¹¹ Cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, op. cit., p. 13.

¹² Cfr. a menção ao artigo 369.º do Código Administrativo de 1878 por JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, op. cit., p. 11.

¹³ Vide, respectivamente, os artigos 387.º e 421.º.

¹⁴ Dispõe o artigo 421.º do CA de 1896: “A qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos políticos e civis, é lícito reclamar contra as deliberações dos corpos administrativos que tenha por contrárias ao interesse público, ou por ofensivas de preceitos legais, desde que se ache recensado na área das funções do respectivo corpo administrativo. (...)”.

¹ Cfr. PAULO OTERO, «A ACÇÃO POPULAR: configuração e valor no actual Direito português», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, Dezembro 1999, p. 873.

² Reza assim este artigo, inserido no Título VI da Carta, sob a epígrafe “do poder judicial”: “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles acção popular, que poderá ser intentada dentro de ano, e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei” (cfr. JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas, de 1822 ao texto actual da Constituição*, 2ª. Ed., Livraria Petrony, 1984, p. 121).

³ Cfr. <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1123.pdf>, consultada em 21.09.2011.

Também a Lei n.º 88 de 7 de Agosto de 1913¹⁵ prevê no corpo do seu artigo 182.º a acção popular supletiva, em benefício dos cidadãos eleitores da respectiva circunscrição.

O direito de acção popular foi mantido no Código Administrativo de 1940, aprovado pelo D.L. n.º 31095, de 31 de Dezembro, nas duas modalidades de acção popular correctiva e supletiva.

No artigo 369.º do CA, prevê-se a acção popular supletiva, a exercer nos tribunais comuns, para defesa de bens ou direitos das autarquias locais em caso de inércia da mesma e no artigo 822.º, relativo à defesa da legalidade objectiva através da impugnação contenciosa de deliberações dos órgãos autárquicos, prevê-se a acção popular correctiva. O artigo 826.º do mesmo Código consagra a acção correctiva no domínio eleitoral.

A distinção entre a acção popular correctiva e a acção popular supletiva reside no facto de a primeira visar a defesa da legalidade, ao passo que a segunda tem por fim suprir a inacção dos órgãos administrativos.

Segundo MARCELLO CAETANO¹⁶, nos tribunais comuns o particular actua como se fosse órgão ocasional da autarquia, em nome e no interesse daquela, e no recurso de anulação o particular visa fiscalizar e corrigir os actos dos órgãos da autarquia¹⁷. Apesar da distinção, o particular actua sempre na qualidade de membro da comunidade, em ordem a gerir os respectivos interesses, o que sucede quer quando é órgão ocasional, quer quando participa directamente na sua administração.

1.2. – Depois da Constituição de 1976 e antes do CPTA

A CRP de 1976 consagrava inicialmente no seu n.º 2 do artigo 49.º “o direito de acção popular, nos casos e nos termos previstos na lei”. A acção popular foi consagrada como direito fundamental, mas a CRP não concretizava o respectivo conteúdo.

Após a Revisão Constitucional de 1982, o direito de acção popular passou a estar integrado no âmbito dos direitos, liberdades e garantias de participação política, tendo passado a constituir o artigo 52.º da CRP.

A Revisão Constitucional de 1989 densificou o direito de acção popular, tendo o n.º 2 do artigo 52.º passado a n.º 3¹⁸. Os interesses passíveis de ser defendidos pela acção popular foram enumerados de forma exemplificativa. Especificou-se que a legitimidade cabe a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, e que o pedido pode destinar-se à promoção da prevenção, cessação ou perseguição judicial das infracções contra os interesses tutelados. A Revisão Constitucional de 1989 aditou ainda a faculdade de dedução cumulada de um pedido indemnizatório em sede do exercício da acção popular.

Nesta altura, a acção popular continuava a estar prevista no Código Administrativo de 1940, restrita à Administração Local, pois a LAP apenas foi aprovada através da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

Antes ainda da publicação da LAP, a acção popular já havia sido consagrada ao nível da legislação ordinária para tutela do património cultural português, então prevista na Lei n.º 13/85, de 6 de Julho, sendo curioso notar que o diploma

¹⁵ Cfr. <http://dre.pt/pdfgratis/1913/08/18300.pdf>, consultada em 21.09.2011.

¹⁶ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 10ª. ed., 3ª reimpressão, 1990, p. 1364.

¹⁷ No mesmo sentido, veja-se JOSÉ MANUEL DOS SANTOS BOTELHO, *Contencioso Administrativo*, 3ª. ed., Almedina, 2000, pp. 705-706.

¹⁸ Com a seguinte redacção: “é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente, o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização”.

atribuía o direito de acção popular a “qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis...”, e não também políticos¹⁹. Também a Lei n.º 95/88, de 17 de Agosto, prevê que as associações de mulheres têm legitimidade para exercer o direito de acção popular em defesa dos direitos das mulheres²⁰.

Finalmente, em 31 de Agosto de 1995, é publicada a Lei n.º 83/95, que vem definir os casos e termos em que é conferido o direito de participação popular em procedimentos administrativos e o direito de acção popular. Considera NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES que a publicação da LAP consubstanciou a ultrapassagem de uma situação de inconstitucionalidade por omissão²¹.

Com a Revisão Constitucional de 1997 aprofundou-se a densificação operada pela Revisão de 1989. A acção popular corresponde a uma legitimidade alargada de utilização de qualquer dos meios processuais colocados à disposição do autor popular, para defesa de bens que a CRP enumera a título exemplificativo e que a lei deve tipificar (princípio da tipicidade legal da acção popular). Com esta revisão, são acrescentados aos bens tutelados os direitos dos consumidores, os bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

1.3. – Após o CPTA

Com a aprovação do CPTA, a Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro revoga a parte IV do Código Administrativo de 1940, concernente ao contencioso administrativo²². São, assim, revogados os artigos 822.º e 369.º do CA, passando a acção popular a que se refere o n.º 2 do artigo 9.º do

CPTA a abranger quer a acção popular correctiva, quer a acção popular supletiva, embora o n.º 2 do artigo 55.º do mesmo Código preveja a tradicional forma de acção popular correctiva, facultando a qualquer eleitor no gozo dos seus direitos civis e políticos legitimidade para impugnar as deliberações adoptadas por órgãos das autarquias locais com sede na circunscrição em que o eleitor esteja recenseado.

A evolução do direito de acção popular verifica-se também fora das fronteiras do CPTA, pois ele tem vindo a ser consagrado no âmbito de legislação avulsa, como já sucedia antes da entrada em vigor do CPTA. É o que sucede, sem qualquer pretensão de ser exaustiva: com a protecção e valorização do património cultural, aprovada pela Lei n.º 29/96, de 31 de Julho (cfr. n.º 2 do artigo 9.º); com as associações representativas das famílias, cujos direitos e deveres foram aprovados pela Lei n.º 9/97, de 12 de Maio (cfr. alínea d) do n.º 1 do artigo 6.º); com o código do mercado dos valores mobiliários, aprovado pelo D.L. 486/99, de 13 de Novembro (cfr. artigo 31.º); com a lei de bases do ambiente, na alteração da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro (cfr. artigo 45.º).

Em Portugal, a publicação de uma lei geral sobre o direito de acção popular, bem como as diversas disposições legais constantes de legislação avulsa a ele respeitantes, vieram permitir a tutela jurisdicional efectiva dos interesses difusos, interesses colectivos e interesses individuais homogêneos.

O aparecimento destes interesses, de que falaremos infra, bem como o seu tratamento cada vez mais desenvolvido por parte da doutrina e da jurisprudência, conduziu à evolução dos chamados processos colectivos, pois o cunho individualista dos códigos de processo até aqui existentes, criados para tutelar direitos e interesses individuais, não é capaz de dar uma resposta eficaz à concretização daqueles interesses.

¹⁹ Embora o preceito faça referência aos casos e termos previstos na lei, que não existiam...

²⁰ Cfr. a alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º.

²¹ Cfr. NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES, *O Direito de Acção Popular no Contencioso Administrativo Português*, Lex, Lisboa, 1997, p. 21.

²² Cfr. a alínea a) do artigo 6.º da Lei n.º 15/2002.

É neste contexto que é aprovado o Código Modelo de Processos Colectivos para a Ibero-América, em Assembleia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, em Outubro de 2004, no decurso das XIX jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual realizadas na Venezuela. Trata-se de um código que contém um modelo que pretende ser inspirador de reformas legislativas, com o fito de tornar mais homogênea a defesa dos interesses difusos em países de cultura jurídica comum²³.

Por seu turno, o Parlamento Europeu tem vindo a realizar audições públicas sobre a tutela judicial colectiva na Europa, a respeito da qual não existe ainda regulamentação no âmbito do contencioso comunitário²⁴.

Como ensina DIOGO CAMPOS MEDINA MAIA, no contexto dos pós-totalitarismos políticos, “o primeiro grande passo para a reconstrução de todo o sistema legal de valores foi dado com a apresentação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que deu início à internacionalização dos direitos humanos, culminando, em momento posterior, com a afirmação da existência de novas espécies de direitos fundamentais: os direitos dos povos e os direitos da humanidade, difundidos como *direitos difusos*. A nota característica desses novos direitos reconhecidos é que seu titular não mais é considerado o indivíduo, mas sim a colectividade. São direitos relativos ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio, à qualidade de vida, especialmente o direito de comunicação e os direitos ambiental e do consumidor. (...) O reconhecimento dos direitos

emergentes neste período ... contribuiu para a formulação de um sistema processual voltado à sua tutela, pois os novos conflitos e problemas colectivos apresentados pela sociedade desafiavam e colocavam em dificuldade a dogmática jurídica tradicional e suas modalidades individualistas de tutela²⁵”.

CAPÍTULO II BREVE ABORDAGEM AO DIREITO COMPARADO

2.1 - O direito brasileiro

A Constituição brasileira, de 5 de Outubro de 1988, reparte as competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios²⁶. A par da Justiça Federal, encontramos a Justiça dos Estados²⁷, sendo que cada um organiza a sua estrutura judiciária²⁸, cabendo-lhes a jurisdição que não se encontre cometida aos tribunais federais em razão da matéria.

No direito brasileiro, não existe uma ordem jurisdicional autónoma com competência para dirimir os litígios com a Administração²⁹ e o particular tem a possibilidade de optar entre os meios processuais consagrados no Código de Processo Civil e os meios processuais próprios dos litígios jurídico-administrativos para fazer valer as suas pretensões contra a Administração. Esta também pode usar os mesmos meios contra os particulares.

²⁵ Cfr. «A ação colectiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente», in *Direito Processual...*, Coord. de ADA PELLEGRINI GRINOVER, et al., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 321-344.

²⁶ Cfr. os artigos 21.º e seguintes da Constituição brasileira.

²⁷ Cfr. os artigos 92.º e seguintes da Constituição brasileira.

²⁸ Cfr. o artigo 125.º da Constituição brasileira.

²⁹ Mesmo nos casos em que existe um juízo privativo da Administração Pública Federal, não se pode dizer que ele corresponde a uma jurisdição administrativa em sentido orgânico, tal como ensina JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lex, Lisboa, 2005, pp. 196-197 e 225.

²³ Cfr. ADA PELLEGRINI GRINOVER, «O projecto de lei brasileira sobre processos colectivos», in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Associação Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 62, pp. 155-162.

²⁴ Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201109/20110920ATT27004/20110920ATT27004EN.pdf> e <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201109/20110920ATT27004/20110920ATT27004EN.pdf>, acedidas em 21.09.2011.

De entre os vários meios que podem ser usados pelos particulares contra condutas lesivas da Administração, temos o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança colectivo, o mandado de injunção e a acção popular³⁰.

Nos termos do disposto no inciso LXXIII do artigo 5.º da Constituição brasileira, “qualquer cidadão é parte legítima para propor acção popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

O direito de acção popular encontra consagração constitucional, não enquanto direito de cariz político, mas como direito colectivo, inserido no Título II da Constituição brasileira, que tem por epígrafe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

O direito de acção popular brasileiro foi regulado pela Lei brasileira n.º 4717, de 29 de Junho de 1965, publicada no Diário Oficial da União (DOU), secção 1, de 5 de Julho de 1965³¹.

Contrariamente ao direito português, no direito brasileiro, o legislador não conferiu aos municípios, nem ao Ministério Público, o direito de acção popular, reservando-o exclusivamente aos cidadãos³², mas isso não significa que estas entidades não possam defender interesses difusos. Elas têm competência para a defesa desses interesses, mas através do exercício de um direito de acção diverso.

Assim, a Constituição brasileira atribui ao Ministério Público, como função institucional, a promoção da “... acção civil pública, para a protecção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e colectivos” (cfr. o inciso III do artigo 129.º da Constituição brasileira). Por seu turno, a Lei brasileira n.º 7347, de 24 de Julho de 1985, publicada no DOU, secção 1, de 25 de Julho de 1985³³, que regula a acção civil pública, estende no seu artigo 5.º a legitimidade activa para a instauração da acção civil pública, entre outras entidades, aos municípios.

A assunção dos interesses difusos e colectivos por parte do Ministério Público brasileiro é uma das marcas do direito brasileiro e, não obstante tratar-se de uma competência concorrente, a verdade é que a maior parte das acções acaba por ser instaurada pelo Ministério Público³⁴.

No âmbito da acção popular, há uma curiosidade do direito brasileiro, plasmada no parágrafo 3.º do artigo 6.º da Lei n.º 4717, que consiste no facto de a pessoa de direito privado ou de direito público cujo acto seja impugnado poder optar entre ser ré ou tornar-se assistente do autor, desde que, neste último caso, o considere útil à defesa do interesse público.

Quanto ao Ministério Público, ele acompanha a acção popular, podendo efectivar a responsabilidade civil ou criminal em causa³⁵, bem como promover o prosseguimento da acção, no caso de o seu autor desistir da acção instaurada ou der azo à absolvição da instância³⁶.

³⁰ Cfr. o artigo 5.º da Constituição brasileira, nos seus incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI e LXXII.

³¹ Tendo sido alterada pelas Leis brasileiras n.º 6014 de 27 de Dezembro de 1973, publicada no DOU, secção 1, do mesmo dia, e n.º 6513 de 20 de Dezembro de 1977, publicada no DOU, secção 1, de 22 de Dezembro de 1977.

³² Ou seja, ao eleitor, à pessoa singular no gozo dos seus direitos políticos.

³³ Esta lei foi sucessivamente alterada pelas Leis brasileiras com o n.º 8078, de 11 de Setembro de 1990, publicada no DOU, secção 1, de 12 de Setembro de 1990, n.º 8884, de 11 de Junho de 1994, publicada no DOU, secção 1, de 13 de Junho de 1994, n.º 9494, de 10 de Setembro de 1997, publicada no DOU, secção 1, de 11 de Setembro de 1997, n.º 10257 de 10 de Julho de 2001, publicada no DOU, secção 1, de 11 de Julho de 2001 e n.º 11448 de 15 de Janeiro de 2007, publicada no DOU, secção 1, de 16 de Janeiro de 2007.

³⁴ Cfr. TEORI ALBINO ZAVASCKI, «Reforma do processo colectivo: indispensabilidade de disciplina indiferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais», in *Direito Processual...*, Coord. de ADA PELLEGRINI GRINOVER, et al., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 32-38.

³⁵ Cfr. o parágrafo 4.º do artigo 6.º da Lei brasileira n.º 4717.

³⁶ Cfr. o artigo 10.º da Lei brasileira n.º 4717.

Ao passo que na acção popular o cidadão pode defender o património público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o património histórico e cultural, na acção civil pública, o Ministério Público e os municípios podem defender o património público e social, o meio ambiente e “outros interesses difusos e colectivos”, bem como, de acordo com o artigo 1.º da Lei n.º 7347, o consumidor, a ordem urbanística, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O leque de bens tutelados está fechado no caso da acção popular, mas foi deixado em aberto no tocante à acção civil pública.

A acção civil pública não se limita a ser um meio processual de controlo da Administração Pública, já que pode ser instaurada contra qualquer pessoa que tenha causado danos a interesses difusos, seja uma pessoa colectiva de direito público, de direito privado ou um particular. À semelhança da acção popular, esta acção tutela interesses metaindividuais.

Trata-se de uma acção de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, em que é deduzido pedido de condenação em dinheiro³⁷ e ou em obrigação de fazer ou de não fazer. De harmonia com JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, ao bastar-se com a condenação numa obrigação de *facere* ou de *non facere*, poderá dizer-se que o legislador brasileiro dispensa a extinção judicial dos efeitos do acto, limitando-se a obrigar a Administração a repor a situação devida, pondo termo aos efeitos do acto, o que envolve implicitamente a extinção do acto, com efeitos retroactivos³⁸. A sentença proferida na acção civil pública tem uma eficácia *erga omnes*, mas dentro dos limites da competência territorial do tribunal que a profere.

O Brasil conta actualmente com um anteprojecto de Código de Processos Colectivos, que amplia o leque de pessoas e entidades dotadas

de legitimidade para instaurar processos com aquela natureza, anteprojecto este que pretende romper com os sistemas tradicionais que visam conferir a legitimidade para a acção popular, com uma certa exclusividade, ou a associações e organizações não-governamentais, como sucede na Alemanha, ou a indivíduos, como ocorre nos Estados Unidos com as *class actions*³⁹.

2.2 - O direito italiano

A Constituição italiana, de 22 de Dezembro de 1947, foi objecto de Revisão Constitucional em 2001⁴⁰, a qual operou uma grande transformação na organização do Estado, das Regiões e das Entidades Locais⁴¹, ampliando a esfera de competências destas duas últimas entidades e invertendo o precedente de que o poder legislativo está centralizado no Estado⁴².

Entre as entidades locais constam as Comunas, as Províncias e as Cidades Metropolitanas, que são entidades autónomas, dotadas de estatutos, poderes e funções próprios⁴³. A Província é uma entidade local intermédia, situada entre a Comuna e a Região. A Cidade Metropolitana é formada por diversas comunas. O Estado e as Regiões têm de respeitar a autonomia local, mas a autoridade governativa pode substituir-se à entidade local em caso de inércia por parte desta (cfr. n.º 5 do artigo

³⁹ Neste sentido, veja-se ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, «O anteprojecto de Código Brasileiro de processos colectivos: visão geral e pontos sensíveis», in *Direito Processual...*, Coord. de ADA PELLEGRINI GRINOVER, et al., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 16-32.

⁴⁰ Cfr. Lei Constitucional n.º 3, de 18 de Outubro de 2001, publicada na Gazzetta Ufficiale (GU) n.º 248 de 24 de Outubro de 2001.

⁴¹ Cfr. ROBERTO GAROFOLI; GIULIA FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 4ª. Ed., Nel Diritto Editore, 2010.

⁴² Cfr. MAURICIO MIRABELLA; MASSIMO DI STEFANO; ANDREA ALTIERI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2009, p. 164.

⁴³ Cfr. o artigo 2.º do Decreto Legislativo italiano n.º 267, de 18 de Agosto de 2000, publicado na GU n.º 227 de 28 de Setembro de 2000, no suplemento ordinário n.º 162, o qual contém a disciplina das entidades locais, bem como o artigo 114.º da Constituição italiana.

³⁷ O qual se destina a um Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

³⁸ Cfr. op. cit., p. 264.

117.º, e n.º 2 do artigo 120.º da Constituição italiana).

No ordenamento jurídico italiano encontramos a jurisdição ordinária e a jurisdição administrativa, fazendo parte desta última o Conselho de Estado e os tribunais administrativos⁴⁴. No que toca às condutas lesivas da Administração, a protecção dos direitos subjectivos dos particulares faz-se nos tribunais ordinários, ao passo que a protecção dos interesses legítimos se faz nos tribunais administrativos^{45,46}. Contudo, estes acabam por ter também competência para conhecer de direitos subjectivos dos administrados, mas apenas nos casos expressamente previstos na lei⁴⁷.

A distinção entre o direito subjectivo e o interesse legítimo constitui uma peculiaridade do ordenamento jurídico italiano. De harmonia com ROBERTO GAROFOLI e GIULIA FERRARI, “volendo partire dal punto di approdo del dibattito, può dirsi, in linea con la dottrina e la giurisprudenza oggi dominante, che l’interesse legittimo è la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita sottoposto all’esercizio del potere amministrativo e consistente nell’attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell’interesse al bene”⁴⁸.

Em contradição, diríamos nós, com a criação e o percurso histórico da figura no direito romano, a Constituição italiana não prevê expressamente o direito de acção popular, o qual configura, de acordo com PAULO OTERO, um instituto excepcional e de rara aplicação no Direito italiano^{49,50}.

Tão pouco existe uma lei geral da acção popular no ordenamento jurídico italiano, ao contrário do que sucede em Portugal, embora o direito de acção popular se encontre previsto em legislação avulsa, a propósito das matérias aí reguladas⁵¹. Por seu turno, encontramos diversas disposições legais relacionadas com a tutela de interesses difusos e ou colectivos, que atribuem legitimidade para agir em juízo a pessoas singulares e ou a associações, constituídas de acordo com certos requisitos, mas sem que seja feita alusão à figura do direito de acção popular⁵².

Curiosamente, ao abrigo da chamada reforma Bruneta, vertida no Decreto Legislativo italiano n.º 150, de 27 de Outubro de 2009, publicado na Gazzetta Ufficiale (GU) n.º 254, de 31 de Outubro de 2009, no suplemento ordinário n.º 197, elaborado ao abrigo da Lei de autorização legislativa n.º 15, de 4 de Março de 2009, publicado na GU n.º 53, de 5 de Março de 2009, o qual está relacionado com a eficiência da Administração Pública, foi publicado o Decreto Legislativo italiano n.º 198, de 20 de Dezembro de 2009, publicado na GU n.º 303, de 31 de Dezembro de 2009, nos termos do qual se prevê que os utentes de serviços públicos que sejam titulares de um interesse juridicamente relevante e homogéneo para uma pluralidade de utentes e consumidores, que sofram uma lesão directa, concreta e actual do seu próprio interesse, podem agir em juízo contra a Administração Pública e contra os concessionários de serviços públicos,

⁵⁰ No mesmo sentido, veja-se SERGIO AGRIFOGLIO, «Riflessioni critiche sulle azioni popolari come strumento di tutela degli interessi collettivi», *Le Azioni a tutela di interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio*, Pavia, 11-12 giugno 1974, Cedam, Padova, 1976, pp. 182-190.

⁵¹ A título de exemplo, encontramos este instituto no âmbito da defesa de interesses das comunas e das províncias. Sob a epígrafe de “azione popolare e dele associazione di protezione ambientale” dispõe o n.º 1 do artigo 9.º do Decreto Legislativo italiano n.º 267, de 18 de Agosto de 2000, que qualquer eleitor pode fazer valer em juízo as acções e os recursos respeitantes às comunas e às províncias.

⁵² Vejam-se, a título de exemplo, os artigos 139.º e 141.º (este último respeita a acções de classe) do Código do Consumo, aprovado pelo Decreto Legislativo italiano n.º 206, de 6 de Setembro de 2005, publicado na GU n.º 235, de 8 de Outubro de 2005.

⁴⁴ Cfr. o artigo 103.º da Constituição italiana e os artigos 4.º, 5.º e 6.º do Código de Processo Administrativo italiano, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 104 de 2 de Julho de 2010, publicado na GU n.º 156 de 7 de Julho de 2010.

⁴⁵ Cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, op. cit., p. 68.

⁴⁶ Cfr. o artigo 113.º da Constituição italiana.

⁴⁷ Cfr. o n.º 1 do artigo 103.º da Constituição italiana.

⁴⁸ Cfr. op. cit., pp. 1637-1638.

⁴⁹ Cfr. PAULO OTERO, op. cit., p. 874.

entre outras situações, no caso de falta de emissão de um acto administrativo geral obrigatório, ou de violação das obrigações contidas na carta de serviços. Estes recursos são da competência do juiz administrativo⁵³.

No âmbito do procedimento administrativo, dispõe o n.º 1 do artigo 9.º da Lei italiana n.º 241, de 7 de Agosto de 1990⁵⁴, publicado na GU n.º 192, de 18 de Agosto de 1990, que qualquer pessoa portadora de interesses difusos, que se encontre constituída como associação, para quem possam resultar prejuízos do procedimento, tem a faculdade de intervir neste. Tal como ensina FRANCESCO CARINGELLA, isto não significa que estas entidades tenham automaticamente legitimidade para interpor um recurso contencioso destinado a fazer valer um interesse qualificado relativo a um bem da vida⁵⁵.

Segundo FRANCESCO CARINGELLA, a jurisprudência italiana fez um esforço de interpretação para conceder tutela aos interesses colectivos através da construção de um conceito actualizado de interesses legítimos, que abarca os interesses supraindividuais. Os interesses difusos subjectivam-se em grupos sociais organizados de forma estável, os quais adquirem deste modo interesse em agir para poderem tutelar os interesses da colectividade que representam⁵⁶.

Ainda de acordo com o mesmo autor, é também utilizado o critério da *vicinitas* na outorga de legitimidade processual a pessoas singulares, de acordo com o qual é necessário que o autor seja portador de um interesse localizado ou localizável num local mais ou menos circunscrito. Exemplifica o autor com a impugnação de uma licença de construção que afecte o ambiente, para a qual não

tem legitimidade qualquer pessoa que se encontre no território comunal no qual a licença se destina a produzir os seus efeitos, mas apenas as pessoas aí sedeadas com estabilidade, e desde que se encontrem na proximidade da zona onde o acto irá produzir os seus efeitos. A pessoa singular pode actuar em juízo para defesa de aspectos directamente incidentes na sua esfera individual, mas sempre em defesa de interesses supraindividuais, comuns a uma pluralidade de sujeitos⁵⁷.

PARTE II

A AUTARQUIA LOCAL E A ACÇÃO POPULAR ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I

A AUTARQUIA LOCAL

3.1-Natureza

De acordo com MARCELLO CAETANO, foi a doutrina italiana do princípio do século XX que construiu o conceito de autarquia, como noção distinta da de autonomia⁵⁸. Segundo aquele autor, “... a autarquia local não pode ser considerada meio de administração indirecta do Estado-administração. (...) as autarquias locais correspondem a substratos cujos interesses próprios existem antes e independentemente do Estado”⁵⁹, apesar de não serem soberanas e de ter de haver uma coordenação de todos os interesses presentes por parte dos órgãos legislativos e do Estado-administração.

A expressão autarquia local foi acolhida na Constituição portuguesa de 1933, bem como na Reforma Administrativa Ultramarina, promulgada em Novembro de 1933, cujo artigo 410.º rezava que “os concelhos, com o seu corpo administrativo,

⁵³ Cfr. o artigo 1.º do Decreto Legislativo italiano n.º 198, de 20 de Dezembro de 2009.

⁵⁴ Que regula o procedimento administrativo e as patologias do acto administrativo.

⁵⁵ Cfr. *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp 1041-1044.

⁵⁶ Cfr. op. cit., pp. 25 e 26.

⁵⁷ Cfr. op. cit., p 28.

⁵⁸ Cfr. MARCELLO CAETANO, in *Manual de Direito Administrativo*, 10ª. ed., vol. I, Coimbra, 1991, pp. 190-191.

⁵⁹ Cfr. Idem, pp. 192-193.

constituem autarquias locais dotadas de personalidade jurídica e de autonomia, nos termos da presente reforma”.

Actualmente, as autarquias locais são pessoas colectivas de população e território, com órgãos representativos próprios, que visam a prossecução de interesses próprios das respectivas populações (vide o n.º 2 do artigo 235.º da CRP). Na definição que nos é dada por JOÃO CAUPERS, “... são pessoas colectivas públicas de base territorial correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscrições do território nacional, que asseguram a prossecução de interesses comuns resultantes da proximidade geográfica, mediante a actividade de órgãos próprios representativos das populações”⁶⁰.

Estamos perante pessoas colectivas de direito público que são distintas do Estado, são dotadas de autonomia⁶², património e finanças próprios⁶³ e integram a administração autónoma⁶⁴. As autarquias locais são pessoas colectivas de território, o que significa que se encontram organizadas numa porção de território, o qual delimita o exercício geográfico das suas atribuições e competências. São ainda pessoas colectivas de população, ou seja, os residentes no território das autarquias constituem a sua população, sendo os interesses a prosseguir pelas autarquias definidos

em função dos interesses comuns do seu conjunto populacional. Por fim, as autarquias estão dotadas de órgãos representativos das populações que as integram.

É de referir que no conceito de residentes do território autárquico devem considerar-se integrados quer os cidadãos portugueses, quer os cidadãos estrangeiros, os apátridas e os cidadãos europeus. Para ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, a segunda residência ou o local de trabalho não conferem o «direito de pertença» a uma autarquia⁶⁵.

Enquanto pessoas colectivas públicas que são, as autarquias locais: têm capacidade de direito privado e património privado, podendo prosseguir actividades de gestão privada; têm capacidade de direito público, detendo poderes e deveres públicos; podem ser titulares de bens públicos; estão sujeitas à tutela administrativa do Estado; estão sujeitas à jurisdição administrativa no âmbito de relações jurídicas administrativas e fiscais, bem como no âmbito da competência consagrada no n.º 1 do artigo 4.º do ETAF.

A autarquia local assenta sobre o princípio da descentralização administrativa, consagrado no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 237.º da CRP, bem como nos artigos 1.º e 2.º da LTACA, e no princípio da autonomia local⁶⁶, que a CEAL consagra no n.º 1 do seu artigo 3.º como o “... direito e capacidade efectiva de as autarquias locais regulamentarem e gerirem, nos termos da lei, sob sua responsabilidade e no interesse das respectivas populações, uma parte importante dos assuntos públicos”, parte esta determinável de acordo com o princípio da subsidiariedade⁶⁷, consagrado no n.º 1 do artigo 6.º da CRP, no n.º 2 do artigo 2.º da LTACA e no n.º 3 do artigo 4.º da CEAL.

⁶⁰ Cfr. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª ed., Lisboa, 2009, p. 136.

⁶¹ Vejam-se ainda as noções de autarquia local em MARCELLO CAETANO, op. cit., p. 193, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., Almedina, Lisboa, 2008, pp. 480-481 e ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, Braga, 1993, pp. 258-259.

⁶² Cfr. o n.º 1 do artigo 6.º da CRP e o n.º 1 do artigo 3.º da Carta Europeia da Autonomia Local.

⁶³ Cfr. o n.º 1 do artigo 238.º da CRP.

⁶⁴ Cujo conceito, de acordo com José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, é composto por vários elementos cumulativos: uma colectividade territorial ou outra dotada de especificidade dentro da colectividade nacional global, o que pressupõe a existência de interesses próprios, politicamente relevantes, que reclamam uma esfera de acção própria; a prossecução de interesses específicos dessa colectividade infra-estadual, o que pressupõe uma distinção material entre as suas tarefas e as tarefas do Estado; a administração é feita pelos próprios administrados mediante órgãos próprios (autogoverno); os órgãos gozam de autonomia de acção face ao Estado (*Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009).

⁶⁵ Cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, op. cit., pp. 259-260.

⁶⁶ Cfr. o n.º 1 do artigo 6.º da CRP, o artigo 1.º da LTACA e o n.º 1 do artigo 3.º da Carta Europeia da Autonomia Local, que consagram este princípio.

⁶⁷ Neste sentido, vide JOÃO CAUPERS, op. cit., pp. 136-137.

Segundo este último normativo, “regra geral, o exercício das responsabilidades públicas deve incumbir, de preferência, às autoridades mais próximas dos cidadãos. A atribuição de uma responsabilidade a uma outra autoridade deve ter em conta a amplitude e a natureza da tarefa e as exigências de eficácia e economia”.

Subdivididas em três categorias na Constituição da República Portuguesa de 1976, a saber, freguesias, municípios e regiões administrativas⁶⁸; até àquela data, as autarquias locais existentes em Portugal eram a freguesia, o concelho e o distrito. Com a CRP de 1976, o distrito deixou de ser uma autarquia local, tendo passado a ser uma mera circunscrição administrativa; manteve-se o concelho, agora denominado município, bem como a freguesia, e previu-se a criação, no futuro, da região administrativa, que substituirá a divisão distrital (vide o n.º 1 do artigo 291.º da CRP).

Cada uma das autarquias locais está dotada de órgãos próprios: na freguesia, a junta de freguesia e a assembleia de freguesia; no município, a câmara municipal, a assembleia municipal e o presidente da câmara municipal.

Não existe qualquer hierarquia entre as autarquias locais, uma vez que são estruturas territorialmente independentes, apesar de se prever a participação de órgãos das juntas de freguesia nas assembleias municipais do município sedado no mesmo território.

A par destas categorias, temos as associações municipais de fins múltiplos ou comunidades intermunicipais instituídas pela Lei n.º 45/2008, de 27 de Agosto, que são associações de autarquias locais, mas não autarquias locais e as associações de freguesias, previstas na Lei n.º 175/99, de 21 de Setembro, que, à semelhança das comunidades intermunicipais, também não são autarquias locais⁶⁹.

A Lei n.º 44/91, de 2 de Agosto criou as áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, cujo regime jurídico foi depois alterado pela Lei n.º 10/2003, de 13 de Maio, a qual foi revogada pela Lei n.º 45/2008. Nas suas disposições transitórias e finais⁷⁰, este diploma prevê a obrigatoriedade de aquelas se converterem em comunidades intermunicipais em certo prazo, sob pena de se transformarem automaticamente em associações de municípios de fins específicos, ou seja, em pessoas colectivas de direito privado para a realização em comum de interesses específicos dos municípios que dela fazem parte, na defesa de interesses colectivos de natureza sectorial, regional ou local⁷¹.

DIOGO FREITAS DO AMARAL imputa a estas formas de cooperação intermunicipal a desconformidade com a Constituição da República Portuguesa, quer em virtude do princípio da tipicidade da noção de autarquia constante do n.º 1 do artigo 236.º, quer pela concessão de poder regulamentar a estas entidades, cujos órgãos deliberativos não têm legitimidade democrática directa (vide o artigo 243.º da CRP)⁷².

Nem a CRP, nem a actual LAL nos dão uma definição de região, de município ou de freguesia. DIOGO FREITAS DO AMARAL propõe os seguintes conceitos: as regiões “... são autarquias locais supramunicipais, que visam a prossecução daqueles interesses próprios das respectivas populações que a lei considere serem mais bem geridos em áreas intermédias entre o escalão nacional e o escalão municipal”; o município “é a autarquia local, que visa a prossecução de interesses próprios da população residente na circunscrição concelhia, mediante órgãos representativos por ela eleitos”; as freguesias “... são as autarquias locais que, dentro do território municipal, visam a prossecução de interesses

⁶⁸ Cfr. o n.º 1 do artigo 236.º da CRP.

⁶⁹ Cfr. o artigo 10.º da CEAL e os artigos 247.º e 253.º da CRP.

⁷⁰ Cfr. os artigos 38.º e 39.º da Lei n.º 45/2008, de 27 de Agosto.

⁷¹ Cfr. o n.º 4 do artigo 2.º da Lei n.º 45/2008, de 27 de Agosto.

⁷² Cfr. op. cit., pp. 630 e ss..

próprios da população residente em cada circunscrição paroquial”⁷³.

3.2-Atribuições e competências

Enquanto pessoas colectivas, as autarquias locais são dirigidas por órgãos, os quais estão investidos dos poderes necessários que lhes permitem expressar a vontade daquelas, tomando decisões em seu nome, destinadas à prossecução dos respectivos fins.

As autarquias locais actuam no interesse das respectivas populações e na medida desse interesse (vide o n.º 2 do artigo 235.º da CRP e o n.º 1 do artigo 3.º da CEAL).

A noção tradicional de assuntos locais ou de assuntos próprios das autarquias é uma noção imprecisa, que não reflecte com exactidão determinadas realidades, como as que reclamam actuações de várias entidades para resolução do mesmo assunto, além de sugerir um papel de menor importância à actuação das autarquias locais⁷⁴.

Esta noção tradicional foi preterida na CEAL e na nossa CRP em benefício de um entendimento segundo o qual as autarquias locais têm um direito de decisão própria nos assuntos que podem ser tratados a nível local, a delimitar das tarefas que incumbem à Administração Pública, em virtude da sua proximidade aos respectivos agregados populacionais. As autarquias têm o direito de intervir em todos os assuntos que interessem às respectivas populações e têm o direito de intervir nas decisões que se vão repercutir no seu território, tomadas por outras entidades⁷⁵.

Para concretização dos interesses das respectivas populações, as autarquias locais são dotadas de atribuições e competências. Assim, nos termos do

n.º 1 do artigo 237.º da CRP, “as atribuições e a organização das autarquias locais, bem como a competência dos seus órgãos, serão reguladas por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa⁷⁶”, o que é reafirmado no artigo 1.º e no n.º 1 do artigo 2.º da LTACA, com a finalidade de assegurar o reforço da coesão nacional e da solidariedade inter-regional, bem como a eficiência e a eficácia da gestão pública, assegurando os direitos dos administrados.

Por outro lado, as atribuições e competências resultantes da descentralização administrativa visam concretizar o princípio da subsidiariedade, na medida em que se pretende assegurar que aquelas sejam exercidas pela Administração que se encontra mais próxima dos cidadãos, de forma racional e eficaz⁷⁷.

De acordo com o artigo 4.º da CEAL: as atribuições das autarquias locais são fixadas pela Constituição ou pela lei, o que não impede a atribuição às autarquias de competências para fins específicos; as autarquias locais têm liberdade de iniciativa relativamente a qualquer questão que não seja excluída da sua competência ou atribuída a outra autoridade; as atribuições das autarquias locais devem ser “normalmente plenas e exclusivas” (cfr. os n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 4.º da CEAL).

Cumprir distinguir entre a noção de atribuições e a de competências, até em virtude da utilização indistinta que o legislador, por vezes, faz de ambas. Atribuições são os fins ou interesses que a lei coloca a cargo das pessoas colectivas públicas. Competências são o conjunto de poderes, jurídicos ou funcionais, que a lei coloca a cargo dos órgãos das pessoas colectivas públicas para a prossecução das atribuições das pessoas colectivas públicas a

⁷³ Cfr. op. cit., pp. 507, 526 e 658.

⁷⁴ Neste sentido, veja-se ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, op. cit., pp. 189-196.

⁷⁵ Cfr. Idem, p. 195.

⁷⁶ Cfr. também o n.º 1 do artigo 6.º da CRP.

⁷⁷ Cfr. o n.º 2 do artigo 2.º da LTACA, o n.º 1 do artigo 6.º da CRP e o n.º 3 do artigo 4.º da CEAL.

que pertencem. As atribuições reportam-se à pessoa colectiva e as competências aos órgãos.

Os órgãos das autarquias locais estão limitados na sua actuação pelas atribuições da pessoa colectiva em nome de quem actuam, não podendo praticar actos sobre matéria estranha às atribuições da pessoa colectiva a que pertencem, sob pena de nulidade, de harmonia com o disposto na al. b) do n.º 2 do artigo 133.º, do CPA; por outro lado, estão limitados pela respectiva competência legal, não podendo invadir a esfera de competência de outros órgãos, nem podendo renunciar à sua competência própria⁷⁸, sob pena de anulabilidade, segundo o disposto no artigo 135.º, do CPA.

Do princípio da legalidade da competência (cfr. artigo 29.º do CPA) decorre que esta não se presume⁷⁹ e que ela é imodificável, irrenunciável e inalienável.

A sobreposição de atribuições, como sucede, a título de exemplo, com as atribuições do município e da freguesia no tocante à protecção do ambiente, bem como a consideração de que faltam atribuições para prosseguir um determinado interesse por parte de dois ou mais órgãos das autarquias locais pode conduzir a um conflito de atribuições, que no primeiro caso será positivo e, no segundo, negativo, cabendo aos tribunais decidir tais conflitos, nos termos do disposto na al. a) do n.º 2 do artigo 42.º do CPA. Já os conflitos de competência são resolvidos pelo órgão de menor categoria hierárquica que exercer poderes de supervisão sobre os órgãos envolvidos⁸⁰.

As atribuições dos municípios encontram-se enumeradas de forma taxativa, respectivamente, nos artigos 13.º e 14.º da LTACA⁸¹, o que é severamente criticado por DIOGO FREITAS DO AMARAL, que considera que o desaparecimento

da cláusula geral do elenco de atribuições das freguesias e dos municípios significa um retrocesso ao período anterior ao 25 de Abril e uma contradição relativamente ao princípio da subsidiariedade que a CRP e a LTACA consagram⁸². De acordo com o autor, a enumeração taxativa das atribuições das freguesias e dos municípios impede, na prática, o recurso ao princípio da subsidiariedade como critério de prossecução de fins de interesse público.

Temos para nós que o princípio da subsidiariedade subjaz à fixação legal de atribuições e competências a favor das autarquias locais, sendo aí que deve estar localizada a sua relevância. Sem que lhe estejam prévia e legalmente fixadas atribuições e competências, as autarquias não podem actuar, sob pena de a sua actuação ser considerada inválida.

Por outro lado, há competências legais das autarquias na LAL que não encontram propriamente uma cobertura directa nas atribuições constantes dos artigos 13.º e 14.º da LTACA, o que nos permite afirmar que as autarquias prosseguem outros fins para além dos que lhe são especificamente fixados naqueles preceitos legais. Atrevemo-nos a dizer que, atenta a utilização indistinta do termo atribuições e competências por parte do legislador, as autarquias locais têm competências que, no fundo, são verdadeiras atribuições. Veja-se, a título de exemplo, a “competência” do presidente da câmara municipal vertida na alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º, de representação do município em juízo e fora dele. Não encontramos nós aqui uma atribuição genérica da própria autarquia⁸³ de representação do concelho, tal como constava do artigo 56.º do CA?

A competência de cada um dos órgãos do município e da freguesia encontra-se regulada na

⁷⁸ Cfr. o n.º 1 do artigo 3.º e o n.º 1 do artigo 29.º, do CPA.

⁷⁹ Isto é, só há competência quando a lei a outorga a um órgão.

⁸⁰ Cfr. o n.º 3 do artigo 42.º do CPA.

⁸¹ Sendo desenvolvidas nos artigos 16.º e seguintes do mesmo diploma legal.

⁸² Cfr. FREITAS DO AMARAL, op. cit., pp. 560-561.

⁸³ Apesar de a competência estar atribuída ao órgão da autarquia, presidente da câmara.

LAL. O artigo 17.º consagra a competência da assembleia de freguesia; o artigo 34.º, a da junta de freguesia; o artigo 53.º, a da assembleia municipal, o artigo 64.º, a da câmara municipal e o artigo 68.º, a do presidente da câmara.

Não obstante as várias transferências de atribuições e competências entretanto já operadas para as autarquias locais, a verdade é que há uma panóplia de atribuições e competências constantes do Capítulo III da LTACA que ainda não foi objecto de descentralização, tendo o legislador vindo a prorrogar sucessivamente o prazo de 4 anos previsto no n.º 1 do artigo 4.º da LTACA⁸⁴.

A recente Resolução do Conselho de Ministros n.º 40/2011, de 8 de Setembro, publicada no Diário da República I Série, n.º 183, de 22 de Setembro de 2011, consagra os princípios orientadores da reforma da administração local autárquica que o Governo pretende imprimir, entre outros, nos domínios da organização do território e das atribuições e competências das autarquias e das comunidades intermunicipais, pelo que são expectáveis grandes alterações nestas matérias no ordenamento jurídico português.

3.3-Território

De acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 236.º da CRP, “a divisão administrativa do território será estabelecida por lei”.

Como ensina DIOGO FREITAS DO AMARAL, o território autárquico constitui uma parte do território do Estado que se apelida de circunscrição administrativa. Esta não se confunde com a autarquia local, que é a pessoa colectiva que se organiza em torno dessa porção de território⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. as Leis n.ºs 107-B/2003, de 31/12, 55-B/2004, de 30/12, 60-A/2005, de 30/12, 53-A/2006, de 29/12, 67-A/2007, de 31/12, 64-A/2008, de 31/12, 3-B/2010, de 28/04 e 55-A/2010, de 31/12, último diploma este que prorrogou o prazo em apreço até 31 de Dezembro de 2011.

⁸⁵ Cfr. FREITAS DO AMARAL, op. cit., p. 482.

Note-se, porém, que a parte do território do Estado que faz parte do território autárquico não inclui o espaço aéreo, ou seja, “as camadas aéreas superiores aos terrenos e às águas do domínio público, bem como as situadas sobre qualquer imóvel do domínio privado para além dos limites fixados na lei em benefício do proprietário do solo”, nem integra “as águas territoriais com os seus leitos, as águas marítimas interiores com os seus leitos e margens e a plataforma continental”, nem “os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou fluviáveis com os respectivos leitos e margens e, bem assim, os que por lei forem reconhecidos como aproveitáveis para produção de energia eléctrica ou para irrigação”, nem “os jazigos minerais e petrolíferos, as nascentes de águas mineromedicinais, os recursos geotérmicos e outras riquezas naturais existentes no subsolo...”⁸⁶.

O território de uma autarquia local permite-nos saber qual é o agregado de pessoas cujos interesses hão-de constituir os fins específicos da autarquia, o que nos é dado a conhecer pela residência desse agregado no espaço da circunscrição. Além disso, é em função do lugar que se delimita o exercício das atribuições e competências das autarquias, uma vez que estas apenas podem actuar no espaço da sua circunscrição⁸⁷.

As comunidades intermunicipais correspondem, não aos limites territoriais das freguesias que delas fazem parte, mas a uma ou mais unidades territoriais definidas com base nas chamadas Nomenclaturas das Unidades Territoriais Estatísticas (NUTS)⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. as alíneas a), b), f) e g) do artigo 4.º do D.L. n.º 477/80, de 15 de Outubro.

⁸⁷ Cfr. MARCELLO CAETANO, op. cit., p. 309.

⁸⁸ Foi a RCM n.º 34/86, de 26 de Março que começou por definir as denominadas NUTS, constituídas por três níveis de agregação para unidades territoriais, os níveis I, II e III, correspondentes a características específicas nacionais e a condicionantes e objectivos de espaço das políticas nacionais de desenvolvimento regional. Esta divisão foi importada da Comunidade Económica Europeia, com o objectivo de harmonização da informação estatística regional. Hoje, elas encontram-se consagradas no D.L. n.º 46/89, de 15 de Fevereiro, na sua redacção actual (a última alteração foi efectuada pela Lei n.º 21/2010, de 23 de Agosto). Através do D.L. n.º 68/2008, de 14 de Abril, o Governo definiu as unidades territoriais, para

As associações de freguesias integram o território que corresponde ao somatório de cada uma das freguesias associadas.

Cada município tem como limites territoriais os que correspondem aos limites das freguesias que dele fazem parte. As freguesias que integram cada município constam do mapa de circunscrições administrativas anexo ao CA, aprovado pelo D.L. n.º 78/84, de 8 de Março.

A Assembleia da República é a entidade competente para alterar e fixar os limites administrativos⁸⁹ (vide artigo 1.º da Lei n.º 11/82, de 2 de Junho).

Por seu turno, o Instituto Geográfico Português detém actualmente competência para delimitar os limites administrativos das circunscrições territoriais das freguesias para efeitos cadastrais e cartográficos (cfr. os artigos 13.º e 14.º do D.L. n.º 172/95, de 18 de Julho)⁹⁰, sendo que, em caso de desacordo quanto à delimitação territorial entre freguesias, o Instituto Geográfico Português define limites administrativos com carácter provisório, os quais apenas são válidos para efeitos dos procedimentos administrativos em que a informação vai ser usada⁹¹.

efeitos de organização territorial das associações de municípios e das áreas metropolitanas, as quais, por seu turno, são definidas com base nas NUTS de nível III (cfr. o n.º 1 do artigo 2.º do D.L. n.º 68/2008, na sua redacção actual). Veja-se ainda, a respeito da instituição das NUTS ao nível comunitário, o Regulamento (CE) n.º 1059/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio.

⁸⁹ Neste sentido, veja-se FREITAS DO AMARAL, op. cit., p. 545.

⁹⁰ O D.L. n.º 142/82, de 26 de Abril atribuiu ao Instituto Geográfico e Cadastral a competência exclusiva para a elaboração e conservação da cartografia de base para a elaboração da Carta Cadastral de Portugal. Posteriormente, o D.L. n.º 172/95, de 18 de Julho aprovou o Regulamento do Cadastro Predial, revogando os artigos 1.º a 18.º, 26.º e 28.º do D.L. n.º 142/82, e consagrando novas regras relativas às operações de execução do cadastro, no âmbito das quais o Instituto detém competência para aprovar a delimitação territorial das circunscrições territoriais das freguesias, embora sujeita à aprovação das assembleias municipais dos municípios interessados e das assembleias de freguesia das freguesias delimitadas e das contíguas destas. O D.L. n.º 224/2007, de 31 de Maio veio aprovar um regime experimental relacionado com a informação cadastral, restrito às freguesias nele identificadas (alterado pelo D.L. n.º 65/2011, de 16 de Maio).

⁹¹ Cfr. o ponto 4 do Despacho Conjunto n.º 542/99, de 31 de Maio de 1999, publicado no Diário da República II Série, n.º 156, de 7 de Julho, dos Ministérios dos Negócios Estrangeiros, do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território e do Ambiente.

Nos termos do Despacho Conjunto n.º 542/99, o Instituto Português de Cartografia e Cadastro (hoje, Instituto Geográfico Português), foi incumbido de elaborar uma carta administrativa oficial com o registo da delimitação e demarcação das circunscrições administrativas de Portugal. De harmonia com o n.º 3 do artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 10/2009, de 29 de Maio, a cartografia a utilizar para efeitos de delimitação dos limites administrativos é a que consta da Carta Administrativa Oficial de Portugal, publicada pelo Instituto Geográfico Português.

Também a CEAL estipula no seu artigo 5.º que as autarquias locais interessadas devem ser consultadas previamente no tocante a alterações a efectuar aos limites territoriais locais.

Os municípios podem ser classificados em categorias diferentes, o que não deve ser confundido com a classificação das povoações enquanto aglomerados urbanos, competindo ao Governo proceder a essa classificação, de harmonia com o disposto no artigo 6.º do CA.

CAPÍTULO II

O DIREITO DE ACÇÃO POPULAR

3.4-A acção popular

A acção popular configura um dos meios através dos quais os membros de uma comunidade têm a faculdade de participar na respectiva vida pública. Na redacção actual do n.º 3 do artigo 52.º da CRP, é conferido a todos o direito de acção popular.

A LAP atribui a titularidade do direito de acção popular aos cidadãos, às associações e fundações, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda, e às autarquias locais.

O n.º 2 do artigo 9.º do CPTA dispõe que, independentemente de terem interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, as associações e

fundações, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir em processos principais e cautelares destinados à defesa dos valores e bens constitucionalmente protegidos aí indicados.

Entre a disposição constitucional, a LAP e a norma do n.º 2 do artigo 9.º do CPTA não existe uma identidade de previsões normativas, o que importa analisar.

Assim, o direito de acção popular é conferido a todos pela CRP. Por seu turno, a LAP diz-nos que “todos” são os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses protegidos e as autarquias locais. Por último, o CPTA dispõe que “todos” são “qualquer pessoa”, as associações e fundações, as autarquias locais e o Ministério Público, “...nos termos previstos na lei...”.

Segundo JORGE MIRANDA e PEDRO MACHETE⁹², quando se refere a “todos”, a CRP parece pretender significar que a acção popular para defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas ou das autarquias locais está reservada aos portugueses, aos cidadãos de países de língua portuguesa com estatuto de igualdade de direitos políticos e aos cidadãos de outros países com capacidade eleitoral relativa aos órgãos das autarquias locais, no domínio local, por se tratar de um direito político. Já no tocante à acção popular para defesa dos interesses difusos (que constam da alínea a) do n.º 3 do artigo 52.º da CRP), a legitimidade activa pertenceria a quaisquer pessoas que se encontrem ou residam em território nacional⁹³, uma vez que aí não estariam em causa direitos políticos. Como bem esclarecem os autores, “a inserção sistemática do preceito ... não pode valer contra o seu sentido literal e teleológico, pelo que o direito nele consagrado não

se restringe a cidadãos nacionais (e a estrangeiros residentes em Portugal a quem, em condições de reciprocidade, o mesmo direito tenha sido reconhecido – artigo 15.º, n.ºs 2, 3 e 4)”⁹⁴.

O direito de acção popular é conferido a “todos” “nos casos e termos previstos na lei”, o que significa que o n.º 3 do artigo 52.º da CRP tem de ser conjugado com a legislação ordinária existente em cada caso, na qual se consagra a legitimidade activa para a instauração da acção popular.

Sucede que a LAP atribui o direito de acção popular aos cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos, e o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA atribui o direito de acção popular a qualquer pessoa, “nos termos previstos na lei”. Com JORGE MIRANDA e PEDRO MACHETE, consideramos que esta última previsão legal supera as limitações impostas pela LAP quanto à legitimidade processual de estrangeiros e apátridas, uma vez que a remissão para a LAP apenas opera quanto aos aspectos não especificamente regulados no CPTA, como será o caso da legitimidade processual activa⁹⁵.

Aliás, temos dúvidas acerca da conformidade constitucional da limitação estipulada no n.º 1 do artigo 2.º da LAP, bem como da conformidade desta previsão legal com o TFUE⁹⁶, por força do disposto no artigo 8.º da CRP. Não obstante, os tribunais administrativos têm vindo a considerar que apenas são titulares do direito de acção popular os cidadãos que se encontrem no gozo dos seus direitos civis e políticos, ou seja, os eleitores.

Refira-se ainda, a título de curiosidade, que o projecto de lei n.º 502/VI, da autoria do Deputado Rui Machete, publicado no Diário da Assembleia da República (DAR), II Série, de 24 de Fevereiro de 1995, previa no n.º 2 do seu artigo 3.º a

⁹⁴ Cfr. op. cit., p. 1035.

⁹⁵ Cfr. op. cit., p. 1041.

⁹² Cfr. JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Wolters Kluwer, Coimbra, anotação ao artigo 52.º da CRP, por JORGE MIRANDA e PEDRO MACHETE, p. 1027.

⁹³ Cfr. o n.º 1 do artigo 15.º da CRP.

⁹⁶ Nos termos do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 20.º do TFUE, os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados, nomeadamente, do direito de eleger e ser eleito nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

titularidade do direito de acção popular por parte dos estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, texto este que não ficou vertido na LAP.

Vários são os autores que defendem que a acção popular não consubstancia um novo meio processual, mas apenas um alargamento da legitimidade que é atribuída aos seus titulares para defesa dos bens a que se refere o n.º 2 do artigo 1.º da LAP, o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA e o n.º 3 do artigo 52.º da CRP⁹⁷.

Concordamos com tal posição, pois, em boa verdade, a acção popular exerce-se mediante a instauração dos meios contenciosos já existentes, quer no processo civil (acções e procedimentos cautelares), quer no processo administrativo (processos principais e cautelares). O que os artigos 13.º e seguintes da LAP contêm são especificidades da tramitação processual das acções populares que têm de ser tidas em consideração em cada meio processual utilizado pelo autor popular, ao abrigo do CPTA.

No tocante à competência material dos tribunais, dispõe a alínea l) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF que os tribunais administrativos são competentes para apreciar os litígios que tenham por objecto “promover a prevenção, cessação e reparação de violações a valores e bens constitucionalmente protegidos, em matéria de saúde pública, ambiente, urbanismo, ordenamento do território, qualidade de vida, património cultural e bens do Estado, quando cometidas por entidades públicas, e desde que não constituam ilícito penal ou contra-ordenacional”. Sendo a enumeração meramente exemplificativa, também se integram aqui os bens das regiões autónomas e das autarquias locais, em consonância, aliás, com o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA.

A competência dos tribunais administrativos para a tutela daqueles bens afere-se pela natureza da entidade que comete a violação dos mesmos, a qual tem de ser uma entidade pública, ou seja, o litígio submetido à apreciação dos tribunais administrativos tem de resultar de um comportamento, activo ou omissivo, ou de um acto jurídico adoptado por uma entidade pública.

Para MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, a competência pertence aos tribunais administrativos independentemente da natureza privada ou administrativa desse comportamento, omissão ou acto⁹⁸.

Por seu turno, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA defende que o critério a adoptar para se saber se um determinado caso concreto está inserido na jurisdição dos tribunais administrativos é o de começar por verificar se existe disposição legal que dê resposta expressa a essa questão, disposição que tanto pode estar inserida em legislação avulsa, como no próprio ETAF, como sucede com o seu artigo 4.º. Só em relação às matérias que não sejam objecto de consagração específica nem no artigo 4.º do ETAF, nem em legislação avulsa, é que há que lançar mão do disposto no n.º 1 do artigo 1.º do ETAF, ou seja, só então cumpre apreciar se estamos perante uma relação jurídica administrativa⁹⁹.

Outro tem sido, no entanto, o entendimento da jurisprudência, que defende que a competência dos tribunais administrativos para apreciar os litígios que se inscrevam no âmbito da matéria dos interesses difusos depende da existência de uma relação jurídica administrativa. Não obstante, existe um Ac. do TCN de 28 de Setembro de 2010, tirado no processo n.º 23/09, em que se decide pela competência material dos tribunais

⁹⁷ Cfr. JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, op. citada, p. 1032; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 3ª. ed. revista e actualizada, 2004, p. 29; IDEM, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010, p. 227.

⁹⁸ Neste sentido, ver os autores no *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*, vol. I, reimpressão da edição de Nov. de 2004, Almedina, 2006, p. 62.

⁹⁹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, pp. 156-159.

administrativos para decidir uma acção popular instaurada pela Junta de Freguesia de Cafede, em Castelo Branco, contra particulares para defesa do domínio público local¹⁰⁰.

De facto, o n.º 3 do artigo 212.º da CRP delimita o âmbito da jurisdição administrativa em função dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas¹⁰¹, o que é reafirmado pelo n.º 1 do artigo 1.º do ETAF, parecendo, assim, fazer apelo à distinção entre o direito público e o direito privado¹⁰².

A reforma do contencioso administrativo entrada em vigor em 2004 admite que os tribunais administrativos tenham competências para resolução de litígios não incluídos na cláusula geral do n.º 3 do artigo 212.º da CRP, o que, de acordo com JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, deve ser entendido no sentido de que o preceito constitucional apenas tem o alcance de consagrar os tribunais administrativos como os tribunais comuns em matéria administrativa¹⁰³, estando sujeitos à sua jurisdição questões privadas, como sucede com contratos puramente privados resultantes de um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público, e estando dela excluídas questões públicas, como sucede, por exemplo, com os actos materialmente administrativos do Presidente do STJ, do Conselho Superior da Magistratura e seu Presidente.

A respeito da alteração operada à Lei de Bases do Ambiente¹⁰⁴, que alargou a jurisdição administrativa em matéria ambiental, CARLA AMADO GOMES defende que, apesar de a alínea l) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF parecer excluir a

iniciativa processual do autor popular quando estejam em causa violações cometidas por entidades privadas, que não exercem funções materialmente administrativas, isso não será admissível, sob pena de violação da reserva material de jurisdição administrativa¹⁰⁵, pelo que estão também abrangidas na jurisdição administrativa as violações levadas a cabo por particulares, desde que a sua actividade seja titulada por um acto de autorização sujeito a deveres de fiscalização, apenas estando excluída da jurisdição administrativa a situação em que não existe uma autorização¹⁰⁶.

A propósito da questão levantada por CARLA AMADO GOMES, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA diz-nos que o objectivo do preceito é o de ampliar o âmbito das competências da jurisdição administrativa em matéria ambiental, não tendo o sentido de excluir da jurisdição administrativa as violações aos valores indicados na al. l) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF por entidades privadas, seja com a anuência da Administração, seja com a sua omissão de cumprimento de deveres de vigilância da observância de normas de direito administrativo pelos privados, posto que as acções destinadas a prevenir, a fazer cessar ou a reparar actividades privadas lesivas dos valores referidos na alínea mencionada só estão excluídas da jurisdição administrativa quando não representem o exercício de funções materialmente administrativas, nem sejam reguladas por normas de direito administrativo¹⁰⁷.

De acordo com JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, se se entender que a função objectivista do contencioso administrativo continua a reportar-se à eliminação de comandos ilegais e

¹⁰⁰ Cfr. <http://jusnet.coimbraeditora.pt/>, com a referência 5154/2010.

¹⁰¹ As quais, segundo JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, constituem uma relação jurídica de direito administrativo, ou seja, aquela em que uma das partes é uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, que actua para realização de um interesse público. Cfr. *A Justiça Administrativa (Lições)*, 7ª. Ed., Almedina, pp. 54-55.

¹⁰² Cfr. *Idem*, pp. 55-56.

¹⁰³ Cfr. *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁴ Através da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

¹⁰⁵ Cfr. CARLA AMADO GOMES, «A ecologização da Justiça Administrativa: brevíssima nota sobre a alínea l) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF», in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Lisboa, Fevereiro de 2004, pp. 25-41.

¹⁰⁶ Neste sentido, veja-se CARLA AMADO GOMES, «Acção pública e acção popular na defesa do ambiente – Reflexões breves», in *Em Homenagem ao Professor Dr. Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Nov. 2010, pp. 1181-1207.

¹⁰⁷ Cfr. *Manual...*, pp. 172-173.

que a função subjectivista está relacionada apenas com a reintegração de direitos subjectivos e interesses individuais legalmente protegidos, a acção popular para defesa de interesses metaindividuais constitui um *tertium genus*, com uma função metasubjectivista¹⁰⁸.

Para o mesmo autor, a abertura da justiça administrativa à iniciativa processual cívica tem dois objectivos: impede que o controlo da Administração fique dependente da subjectivação dos interesses lesados; e alarga o direito de participação dos cidadãos na actividade administrativa¹⁰⁹.

3.5-Os bens e os interesses tutelados

O direito de acção popular está consagrado para defesa de bens que a CRP enumera a título exemplificativo e que a lei deve tipificar (princípio da tipicidade legal da acção popular).

O n.º 3 do artigo 52.º da CRP enumera como bens protegidos pela acção popular a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e os bens das pessoas colectivas aí indicadas. O n.º 2 do artigo 9.º do CPTA acrescenta a estes bens o urbanismo e o ordenamento do território, mas subtrai a protecção do consumo de bens e serviços.

A CRP menciona os bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais, o mesmo sucedendo com o CPTA. Já a LAP refere-se ao domínio público. Devemos questionar se os bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais que podem ser protegidos através da acção popular são diversos nos diplomas em apreço.

Uma vez que o legislador constitucional não distingue, diremos nós que não compete ao

intérprete distinguir, englobando-se nos bens em apreço o domínio público e o domínio privado¹¹⁰.

Os bens do domínio privado, ou bens patrimoniais, também podem realizar as necessidades dos membros de uma colectividade, tal como sucede com os bens do domínio público, embora estes últimos estejam fora do comércio jurídico privado em virtude da sua afectação a fins de utilidade pública.

O D.L. n.º 477/80, de 15 de Outubro, criou o inventário dos bens do Estado, entre os quais se contam os bens do domínio público, os bens do domínio privado e o património financeiro do Estado (cfr. artigo 3.º do diploma). No quadro do domínio privado, o diploma faz ainda uma distinção entre o domínio privado disponível e o domínio privado indisponível, sendo que este último, apesar de inserido no comércio jurídico privado, aproxima-se do domínio público (cfr. artigo 5.º do diploma).

O D.L. n.º 280/2007, de 7 de Agosto, instituiu regras gerais sobre a gestão de bens imóveis do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, bem como de gestão de imóveis do domínio privado do Estado e dos institutos públicos.

JORGE MIRANDA e PEDRO MACHETE fazem uma restrição no tocante aos bens do domínio público. Consideram que se o aspecto comum é o do interesse na fruição de bens indivisíveis, sejam colectivos ou comuns, então, de entre os bens dominiais apenas relevam os que são susceptíveis de uso comum e relativamente aos quais cada um possa tirar um proveito pessoal. Exemplificam estes bens com o mar, os rios, as estradas, um monumento nacional, colecções de arte, bibliotecas públicas, hospitais e escolas públicas. Fora do elenco deste tipo de bens estariam bens como os quartéis, as esquadras de

¹⁰⁸ Cfr. op. cit., p. 590-591.

¹⁰⁹ Cfr. Idem, p. 592.

¹¹⁰ Neste sentido, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, op. cit., p. 164.

polícia, equipamento militar ou sistemas de armas¹¹¹.

O legislador consagrou na LAP como bens susceptíveis de tutela os do domínio público, ignorando os bens patrimoniais ou de direito privado que satisfazem necessidades colectivas. Em nosso entender, esta ausência da LAP impediria a tutela efectiva de bens patrimoniais, caso o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA não consagrasse a tutela de bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais nos mesmos moldes em que ela está prevista na Constituição portuguesa¹¹².

Já MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA consideram que, não obstante a formulação verbal do n.º 2 do artigo 9.º do CPTA, a legitimidade activa deste normativo apenas respeita aos bens dominiais, "...visto os bens do domínio privado das pessoas colectivas públicas se encontrarem sujeitos ao comércio jurídico de direito privado, para cujos litígios são competentes os tribunais judiciais"¹¹³.

O grau de conexão que se estabelece ou pode estabelecer-se entre os interessados e os bens protegidos revela-nos os interesses tutelados.

Os autores que se debruçam pormenorizadamente sobre esta matéria distinguem três categorias de interesses susceptíveis de tutela por via da acção popular. São eles: os interesses difusos, os interesses colectivos e os interesses individuais homogêneos. Há depois quem faça corresponder os interesses difusos aos interesses difusos em sentido estrito e os demais interesses mencionados aos interesses difusos em sentido amplo.

Os interesses difusos correspondem a situações jurídicas materiais supraindividuais ou metaindividuais, indivisíveis, insusceptíveis de apropriação individual, intransmissíveis e irrenunciáveis, pertencentes a todas as pessoas que façam parte da comunidade, enquanto o fizerem, susceptíveis de fruição individual, mas não mensuráveis. São os interesses difusos em sentido estrito.

De acordo com JORGE MIRANDA e PEDRO MACHETE, mesmo quando a prossecução de interesses difusos esteja atribuída a entidades públicas, como sucede com a protecção da saúde, que constitui uma incumbência prioritária do Estado, mantém-se o carácter comunitário ou difuso do interesse, que pode coincidir ou sobrepor-se com interesses públicos ou com direitos subjectivos, como sucede com a emissão de gases tóxicos, que afecta o ambiente, a qualidade de vida e a saúde pública, mas também pessoas concretas e determinadas¹¹⁴.

NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES considera que os interesses públicos são interesses comunitários subjectivados nas pessoas colectivas públicas, em especial, de âmbito territorial, razão pela qual não são interesses difusos, apesar da sua natureza "ontologicamente comunitária"¹¹⁵.

Para JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, os interesses imateriais do n.º 3 do artigo 52.º da CRP têm todos a natureza de interesses públicos, postos por lei a cargo da Administração directa e indirecta de pessoas colectivas públicas de população e território e integrando matéria das atribuições dos municípios e, em alguma medida, das freguesias¹¹⁶.

Já MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA distingue entre interesses públicos e interesses difusos, afirmando que os primeiros são os interesses gerais de uma colectividade que abstraem dos interesses

¹¹¹ Cfr. JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, op. cit., p. 1034.

¹¹² No contencioso civil, tutelam-se apenas os bens do domínio público (veja-se o artigo 26.º-A, do CPC), parecendo estar fora do âmbito da tutela popular os bens patrimoniais ou de direito privado de qualquer das pessoas colectivas públicas a que se refere a al. b), do n.º 3, do art.º 52.º da CRP, mesmo considerando que a enumeração constante do preceito legal referido é exemplificativa.

¹¹³ Cfr. op. cit., p. 75.

¹¹⁴ Cfr. JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, op. cit., p. 1036.

¹¹⁵ Cfr. NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES, op. cit., p. 37.

¹¹⁶ Cfr. op. cit., p. 659.

individuais que são ou podem ser satisfeitos, ao passo que os segundos se aferem pelas necessidades efectivas que através deles são ou deviam ser satisfeitas aos membros de uma colectividade¹¹⁷. O autor exemplifica a sua distinção com a seguinte situação: a população que se veja afectada por um aterro sanitário tem um interesse difuso na preservação da qualidade do seu meio ambiente, mas ele pode contrariar o interesse mais vasto da comunidade num tratamento adequado do lixo, o qual corresponde a um interesse público.

O mesmo autor chama a atenção para o facto de a relação entre os interesses difusos e os bens públicos corresponder a uma fase inicial da sua evolução legal e doutrinária, pois pode haver interesses difusos relativos a bens privados, adquiridos por certas pessoas, como sucede com os investidores não institucionais. Neste caso, defende-se a aplicação de capital por cada um dos investidores. São os chamados interesses difusos de segunda geração, que se definem pelo facto de existir um conjunto mais ou menos vasto de titulares de bens privados que podem ser defendidos em conjunto, e não pela circunstância de o seu objecto ser susceptível de ser usufruído por uma multiplicidade de sujeitos¹¹⁸. Ao passo que estes seriam interesses acidentalmente colectivos¹¹⁹, os interesses difusos que têm por objecto bens públicos pertencem a todos e não são apropriáveis por ninguém, imprimindo-lhes o seu objecto uma dimensão supra-individual.

Para LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, o interesse difuso "... é o interesse, juridicamente reconhecido, de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos que, potencialmente, pode incluir todos os participantes da comunidade

geral de referência, o ordenamento geral cuja normatividade protege tal tipo de interesse"¹²⁰.

Os interesses colectivos correspondem também a situações jurídicas materiais supraindividuais ou metaindividuais, sendo, no entanto, mais restritos do que os interesses difusos em sentido estrito, pois a comunidade a que pertencem as pessoas titulares destes interesses é mais pequena. Trata-se de interesses protegidos por uma entidade sem cuja intervenção eles não poderiam ser defendidos na sua dimensão de grupo, mas os interesses não são apropriáveis pela pessoa colectiva, pertencendo aos membros de uma categoria enquanto tais.

Segundo JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, a conexão que se estabelece entre as pessoas colectivas criadas para a defesa destes interesses e os próprios interesses não é de titularidade, mas funcional¹²¹.

Os interesses colectivos são para NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES interesses individuais, egoístas e particulares, organizados em ordem a adquirir "... uma estabilidade unitária e organizada, de tal forma que se agregam a um determinado grupo ou categoria de indivíduos relacionados com um determinado bem jurídico. Não deixa de ser interesse colectivo o interesse individual de um sujeito colectivo ou de qualquer dos seus órgãos. A diferenciação destes interesses, face aos interesses difusos, é feita com base numa diversa realidade ontológica, pois os interesses colectivos são interesses que apesar de pluri-individuais, são titulados num determinado grupo de indivíduos que os prosseguem de forma egoística"¹²².

LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES sufraga o entendimento de que os interesses colectivos, fazendo apelo a uma pluralidade de cidadãos,

¹¹⁷ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex, 2003, pp. 34-35.

¹¹⁸ Cfr. Idem, p. 30.

¹¹⁹ Qualificação esta que, de acordo com MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, foi atribuída por Barbosa Moreira. Cfr. op. cit., p. 30.

¹²⁰ Cfr. LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: para uma Legitimação Procedimental*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 20-21.

¹²¹ Cfr. op. cit., p.p. 652.

¹²² Cfr. op. cit., pp. 37 e 38.

diferenciam-se em categorias de interesses, os quais têm um portador concreto e determinado, ao passo que os interesses difusos não têm um sujeito concreto, mas indeterminado¹²³. Para o mesmo autor, a diferença entre ambos situa-se ao nível ontológico, pois “... o interesse difuso não deixa de ser a forma concreta, plural e heterogénea do interesse público, enquanto o interesse colectivo é um interesse privado, ... um interesse corporativo. ... O interesse difuso é um interesse pluralista, solidário, comunitário e não patrimonial enquanto o interesse colectivo é um interesse de grupo, de categoria, um interesse egoístico”¹²⁴.

Segundo MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, os interesses individuais homogéneos consubstanciam a refração dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses colectivos na esfera de cada um dos seus titulares, ou seja, são os interesses de cada um dos titulares de um interesse difuso ou de um interesse colectivo¹²⁵.

JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO diz-nos que a acção popular para defesa ou protecção dos interesses dos investidores consagrada no artigo 31.º do Código do Mercado dos Valores Mobiliários destina-se a proteger interesses colectivos e interesses individuais homogéneos dos investidores. Não se trata de interesses individuais, porque se contrapõem a colectivos, mas também não consubstanciam interesses difusos, pois estes são interesses de todas as pessoas de uma comunidade, pelo facto de fazerem parte dela¹²⁶.

JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS sustenta que os interesses individuais homogéneos são direitos subjectivos clássicos, divisíveis por natureza, mas que correspondem a um feixe de interesses que pode ser tratado colectivamente,

sem prejuízo da sua tutela clássica, individualizada para cada um¹²⁷.

3.6-A Legitimidade

Ao atribuir o direito de acção popular a “todos”, o legislador está a permitir que qualquer um defenda interesses que não são seus, mas nos quais todos são interessados pelo facto de integrarem a comunidade a que os bens protegidos respeitam.

A legitimidade é um pressuposto processual que se reporta ao objecto do processo e não uma condição de procedência da acção. Apesar de merecer tratamento autónomo no CPTA, em virtude das especificidades do contencioso administrativo, isso não significa que tenha um tratamento substancialmente distinto do que lhe é conferido pelo Código de Processo Civil¹²⁸.

Por regra, ela afere-se pela titularidade da relação jurídica controvertida tal como é configurada pelo autor e corresponde à detenção de uma posição subjectiva face a um determinado objecto processual (cfr. n.º 1 do artigo 9.º do CPTA). O regime geral do n.º 1 do artigo 9.º tem depois de ser conjugado com as restantes disposições do CPTA que se referem à legitimidade, a saber, com o disposto nos seus artigos 55.º, 68.º, 73.º e 77.º.

Na acção popular, não tem de existir uma delimitação da legitimidade processual activa em função da lesão ou potencial lesão do direito (cfr. n.º 2 do artigo 9.º do CPTA). O legislador concretizou uma extensão da legitimidade processual activa “...a quem não alegue ser parte numa relação material que se proponha submeter à apreciação do tribunal”¹²⁹.

¹²³ Cfr. op. cit., p. 31.

¹²⁴ Cfr. op. cit., p. 35.

¹²⁵ Cfr. op. cit., p. 53.

¹²⁶ Cfr. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, «A acção popular e a protecção do investidor», in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 11, Agosto 2011, pp. 65-75.

¹²⁷ Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, «Os efeitos da sentença na Lei de Acção Popular», *Revista do centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 3, 1999, pp. 47-64.

¹²⁸ Neste sentido, veja-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime...*, p. 26.

¹²⁹ Cfr. Idem, p. 27.

O que caracteriza a acção popular é o facto de a legitimidade ser averiguada “... não concretamente com base na natureza do objecto de cada processo, mas abstractamente a partir da integração objectiva de certas qualidades e da inserção em determinadas categorias de indivíduos”¹³⁰.

Antes de concluir que a acção popular vem baralhar o esquema clássico, JOSÉ LEBRE DE FREITAS faz o seguinte exercício de raciocínio: “devendo coincidir o titular do direito ou do interesse *porventura existente* com aquele que exerce o direito de acção, segundo uns em termos objectivos, isto é, abstraindo apenas da efectiva existência do direito ou interesse material, e segundo outros em termos subjectivos, isto é, com abstracção também da sua efectiva titularidade, a legitimidade processual verifica-se quando ocorre essa coincidência e dá lugar à ilegitimidade quando, em vez dela, ocorre um desfasamento. Esta última consequência só não se verificará, segundo a doutrina tradicional, quando estamos perante um dos casos em que, a título extraordinário, a lei admite a substituição processual. Acontece então que, dada a conexão existente entre o interesse principal dum terceiro relativamente ao processo e o interesse dependente da parte, é esta admitida a litigar em nome próprio, mas por conta do terceiro, ainda que reflexamente também no seu próprio interesse. É o que ... se dá na acção sub-rogatória (art. 606 CC), na transmissão do direito litigioso sem habilitação (art. 271 CPC) ou na execução, pelo exequente dum crédito do executado (art. 860-3 CPC)”¹³¹.

Segundo o mesmo autor¹³², tem sido perfilhada a ideia de que o autor popular tem uma legitimidade originária específica, baseada numa norma que a consagra e independente da radicação

de qualquer direito ou interesse material, que não tem¹³³.

De acordo com JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “... não há que proceder a uma aferição da pertença material do agente da acção popular ao círculo de portadores do interesse difuso...”¹³⁴. Para este autor, no âmbito da acção popular individual, o legislador não teve o propósito de condicionar a legitimidade processual activa a uma conexão substantiva entre o agente e o bem tutelado, pois o que “... releva como fonte de legitimidade é o direito fundamental do cidadão de participação política na condução dos assuntos públicos, incluindo o direito de participação no controlo jurisdicional da actividade administrativa”¹³⁵.

Em sentido diverso, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA defende que a exigência de um interesse em demandar impõe que a legitimidade popular não seja atribuída a qualquer cidadão, mas apenas aos titulares dos interesses difusos ameaçados ou lesados, ou seja, a quem, por ser titular do interesse difuso que se pretende defender, tenha uma relação com o objecto da acção popular ou possa exigir algo do demandado nessa acção¹³⁶.

Segundo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, há casos em que não é necessário delimitar os intervenientes, pois qualquer cidadão tem interesse na preservação do património cultural ou na defesa do domínio público, mas situações há em que parece ser de exigir a integração numa comunidade quando a problemática é, de alguma maneira, delimitável¹³⁷.

Como refere JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA a respeito do Ac. do STA de 15 de Dezembro de 1999, publicado nos CJA, n.º 30,

¹³³ Note-se que o autor tece estas considerações a respeito das associações enquanto autoras populares.

¹³⁴ Cfr. op. cit., p. 661.

¹³⁵ Cfr. Idem, p. 665.

¹³⁶ Cfr. a referência feita ao autor por JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, op. cit., p. 655.

¹³⁷ Cfr. Idem, pp. 655-656.

¹³⁰ Cfr. Idem, p. 3.

¹³¹ Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, «A acção popular do direito português», in *sub iudice justiça e sociedade*, n.º 24, Janeiro/Março 2003, pp. 15-26.

¹³² Cfr. Idem, Ibidem.

2001, a páginas 20 e seguintes, se o grau de conexão entre uma pessoa e o interesse protegido for ao ponto de se falar em apropriação individual do interesse difuso, já não poderemos falar de acção popular, pois estaria então em causa a titularidade individualizada do interesse alegadamente ofendido¹³⁸.

Já não podemos, no entanto, acompanhar o autor quando defende que o modo pelo qual a CRP admite a circunscrição da legitimidade processual activa na acção popular é o da aferição da qualidade de eleitor dos órgãos da pessoa colectiva pública que seja parte da situação jurídica administrativa controvertida¹³⁹.

Aquele autor considera não fazer sentido que um eleitor recenseado num município do Sul do país, por exemplo, instaure uma acção popular contra um município do Norte, pois não existiria entre ambos qualquer nexo de participação política e o eleitor não seria parte activa no desempenho das atribuições do demandado¹⁴⁰. O mesmo autor apenas admite que as coisas seriam diferentes se no município no qual o eleitor não está recenseado ocorresse um início de obras não licenciado num monumento em vias de classificação como de interesse nacional, pelo facto de estar em causa matéria da competência de órgãos e serviços do Estado, para cuja defesa não importa o local do recenseamento, pois a Administração do Estado é assunto público sujeito à participação de todos os cidadãos¹⁴¹.

Claro que o elemento de conexão do recenseamento eleitoral sustentado por JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, de acordo com o próprio autor, não serve para aferir a legitimidade das associações e fundações¹⁴². Nestes casos, há

que procurar o elemento de conexão entre o fim estatutário das pessoas em causa e o bem tutelado.

Para nós, o autor popular singular não tem de ser eleitor, nem a letra da lei parece comportar uma semelhante restrição (cfr. o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA e o corpo do n.º 3 do artigo 52.º da CRP), apesar de a LAP se referir no n.º 1 do seu artigo 2.º aos cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos.

Consideramos que também os cidadãos europeus, os estrangeiros e os apátridas têm legitimidade activa para lançar mão de uma acção popular administrativa. Se assim não se entendesse quanto aos cidadãos europeus, estaria posto em causa o princípio da igualdade entre os cidadãos da União. No tocante aos estrangeiros e apátridas, e à semelhança do que defendem JORGE MIRANDA e PEDRO MACHETE, a inserção sistemática do artigo 52.º da CRP no âmbito dos direitos, liberdades e garantias de participação política, não pode valer contra o seu sentido literal e teleológico, sendo que o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA atribui o direito de acção popular a qualquer pessoa, o que permite conferir legitimidade processual aos estrangeiros e apátridas, pois a remissão para a LAP apenas se faz em relação aos aspectos não especificamente regulados no CPTA, como sucede com a legitimidade processual activa¹⁴³.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA criticam a atribuição do direito de acção popular ao Ministério Público, na medida em que “...a generalização da intervenção do Ministério Público como actor popular poderá determinar *de lege ferenda* a necessidade de compatibilização com o regime que decorre do artigo 16.º da Lei n.º 83/95, que atribui igualmente ao MP a representação processual do Estado e de outras entidades públicas quando estas forem intervenientes na

¹³⁸ Cfr. Idem, p. 657.

¹³⁹ Cfr. Idem, p. 660.

¹⁴⁰ Cfr. Idem, pp. 660-661.

¹⁴¹ Cfr. Idem, Ibidem.

¹⁴² Cfr. Idem, p. 662.

¹⁴³ Cfr. JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, op. cit., p.1035 e p. 1041.

causa. Ou seja, o MP poderá figurar como autor, por iniciativa própria, ou como réu, em representação processual do Estado. E se o eventual conflito de poderes poderá solucionar-se através do recurso aos mecanismos de substituição processual e não suscita especial dificuldade, parece inadequado que, ao menos no domínio da acção popular administrativa, em que frequentemente a agressão ao interesse difuso é imputável à Administração Pública, caiba ao MP o exercício da acção popular e, simultaneamente, em representação processual, a defesa dos interesses contrapostos, que nada justifica¹⁴⁴.

Em suma, tem legitimidade para instaurar uma acção popular qualquer das pessoas e entidades a que a lei se refere no artigo 2.º da LAP e no n.º 2 do artigo 9.º do CPTA, sem que seja necessário aferir se o autor popular é ou não titular dos interesses a defender na acção, até porque essa radicação do interesse tutelado no autor popular faria deslocar a questão levada a juízo para fora do domínio da acção popular.

Quanto às associações e fundações, a alínea b) do artigo 3.º da LAP condiciona a respectiva legitimidade à inclusão expressa nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários da defesa dos interesses em causa.

Diz-nos EURICO FERRARESI que “o modelo português de acção popular, ao legitimar o cidadão, aproximou-se do sistema da *common law* (representative plaintiff), afastando-se, assim, dos modelos brasileiro e francês, assentados sobre uma legitimidade institucional (principalmente Ministério Público). Afastou-se, porém, do critério da representatividade adequada das *class actions*”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3ª. ed. revista, 2010, Almedina, pp. 76-77.

¹⁴⁵ Cfr. EURICO FERRARESI, «A pessoa física como legitimada ativa à ação colectiva», in *Direito Processual...*, Coord. de ADA PELLEGRINI GRINOVER, et al., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 140 e ss..

CAPÍTULO III O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.7-Legitimidade da autarquia local como autora popular

A CRP Portuguesa consagra o direito de acção popular em benefício de todos, “...pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa ... nos casos e termos previstos na lei”.

A Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, diz-nos que são igualmente titulares do direito de acção popular, além dos cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos, das associações e fundações, “...as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição” (cfr. o n.º 2 do artigo 2.º).

Quis o legislador nacional, numa iniciativa pioneira e inédita entre nós, consagrar a favor das autarquias locais o direito de acção popular.

Com a publicação do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o legislador português reafirmou a legitimidade popular das autarquias locais e estendeu a legitimidade popular ao Ministério Público no âmbito do contencioso administrativo de modo genérico, o qual havia ficado apartado da titularidade do direito de acção popular na LAP¹⁴⁶.

Quando se referem ao direito de acção popular de que são titulares as autarquias locais, há autores que consideram que esta acção não consubstancia uma verdadeira acção popular, mas antes uma acção pública¹⁴⁷, à semelhança da acção pública de

¹⁴⁶ Não obstante ter-lhe sido atribuída legitimidade popular em sede de contencioso civil com o D.L. n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro (vide o seu artigo 26.º-A), pouco tempo após a publicação da LAP. Por outro lado, há que ter em consideração que já antes da publicação da LAP o Ministério Público dispunha de várias disposições avulsas que lhe atribuíam legitimidade para instaurar acções relativas à abstenção de uso de cláusulas contratuais gerais, para defesa de valores relativos ao ambiente e a bens culturais, bem como no domínio da defesa dos interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos dos consumidores.

¹⁴⁷ Nesse sentido, JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, op. cit., p. 1041; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, op. cit., p. 668;

que o Ministério Público pode lançar mão. A razão de ser destas posições prende-se sobretudo com o facto de para estes autores a acção popular, tal como o nome indica, significar uma manifestação da sociedade civil, o que não sucederia com as autarquias locais, que são pessoas colectivas de direito público e, por outro lado, por se tratar de um meio que as autarquias locais utilizariam no âmbito da prossecução das suas atribuições e competências.

Divergimos destas posições, por duas ordens de razões: mesmo quando é a autarquia local a instaurar a acção popular, ela promove os interesses da sociedade civil e não os seus interesses; por seu turno, a acção popular de que as autarquias locais podem lançar mão não consubstancia um mero autocontrolo do poder público, nem está balizada pelas atribuições e competências das autarquias locais, o que a afasta da acção pública de que é titular o Ministério Público, como tentaremos demonstrar.

Quando as autarquias locais actuam como autoras populares, não pode afirmar-se que elas sejam interessadas ou titulares dos interesses protegidos, ainda que de forma mediata, enquanto veículos da expressão dos interesses das pessoas que pertencem à sua comunidade, porquanto elas detêm legitimidade processual activa para defender os interesses e bens protegidos de que são titulares não as autarquias, mas sim os residentes na área da sua circunscrição territorial.

Mesmo que, porventura, em determinado caso concreto, haja uma coincidência entre os interesses de que são titulares os residentes no seu território e os interesses de que sejam titulares as próprias autarquias locais, no exercício do direito de acção popular, tal como ele se encontra legalmente configurado, as autarquias locais não são titulares dos interesses e bens aí defendidos.

De harmonia com o disposto no artigo 14.º da LAP, “nos processos de acção popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei”.

Esta disposição legal pode levar-nos a questionar se as autarquias locais, quando actuam como autoras populares, estarão a actuar como representantes dos residentes da área da sua circunscrição, ou se serão antes seus substitutos processuais ou ainda se a sua actuação não se enquadra em qualquer destas figuras processuais.

PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO diz-nos que na acção popular supletiva, o autor actua em vez do poder público, para suprir a sua inércia, representando-o, mas já na acção popular correctiva, uma vez que aquilo que se pretende é corrigir o mal consumado, o autor estaria a actuar em substituição processual¹⁴⁸.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS diz-nos que quer a teoria da representação, quer a da substituição partem da visão individualista do direito, quando a tutela dos interesses colectivos e difusos faz apelo a uma concepção objectiva do direito. Para o autor, o direito de acção já não será uma manifestação de um direito material concreto, mas o exercício de um direito abstracto, integrado no direito à jurisdição e dirigido contra o Estado e independente da existência de um direito material que quem o exerce afirma ter¹⁴⁹.

Temos para nós que quando as autarquias locais actuam como autoras populares, elas não estão a actuar em representação dos residentes na área da sua circunscrição.

NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES, op. cit., p. 78; PAULO OTERO, op. cit., p. 885.

¹⁴⁸ Cfr. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, «A ação popular constitucional», in *Revista Forense*, vol. 157, 1955, pp. 21-33.

¹⁴⁹ Cfr. op. cit., pp. 15-26

Desde logo, cremos ser possível defender a inaplicabilidade do disposto no artigo 14.º da LAP às autarquias locais. Aquele normativo parece estar apenas direccionado para as pessoas singulares, na medida em que prevê que o autor popular está a representar “todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa”. Se representa todos os “demais” titulares, isso significa que o autor popular é, também ele, titular dos direitos ou interesses em causa, ainda que de forma conjunta com todos os outros, o que não sucede com as autarquias locais, pois quando elas actuam como autoras populares, defendem interesses de que são titulares os residentes na área da sua circunscrição, e não também interesses próprios.

Por outro lado, as autarquias locais não actuam em nome e no interesse alheio, mas sim em seu nome, por sua conta e no exercício de um direito próprio, pese embora para defesa de interesses alheios.

Sucede, porém, que também não nos parece que as autarquias locais actuem como substitutos processuais dos residentes na área da sua circunscrição. Para que se pudesse falar em substituição processual, necessário seria que se verificasse um fenómeno de dupla legitimidade, bem como uma situação de legitimação anómala e indirecta, para utilizar as expressões de JOSÉ ROBIN DE ANDRADE¹⁵⁰.

Ora, em nosso entender, na medida em que as autarquias locais não “representam” os interesses de um residente, mas, de modo indistinto, os interesses da população residente na sua área de circunscrição, não se consegue descobrir aqui uma legitimidade originária dessa comunidade, que tivesse de ser averiguada a par da legitimidade que é atribuída às autarquias locais.

Por outro lado, a legitimidade atribuída às autarquias locais não é uma legitimidade anómala e indirecta, que lhes permita beneficiar reflexamente

da satisfação dos interesses de que são titulares os residentes na sua área de circunscrição. As autarquias locais não são admitidas a litigar por terem um interesse dependente do interesse principal de um terceiro, por conta de quem também actuariam. Às autarquias locais é conferida uma legitimidade originária, para exercer um direito próprio, em defesa de interesses alheios.

Também LIVIO PALADIN considera que o autor popular não é um substituto processual, pois essa posição iria brigar com a autonomia do próprio direito de acção popular¹⁵¹.

As autarquias locais actuam, sim, ao abrigo de uma legitimidade processual activa originária, usando a expressão de JOSÉ LEBRE DE FREITAS¹⁵², em nome próprio, por sua conta, no exercício de um direito próprio, mas em defesa de interesses alheios, baseadas numa norma jurídica que lhes atribui essa legitimidade independentemente da titularidade de qualquer direito subjectivo material ou interesse material, que não têm¹⁵³.

A outorga de legitimidade popular às autarquias locais por parte do legislador ordinário compreende-se bem, a nosso ver, pelo facto de se encontrarem numa posição privilegiada de proximidade com os titulares dos interesses difusos que podem defender contenciosamente.

3.8-A legitimidade popular das autarquias no processo civil

Em sede de processo civil, o artigo 26.º-A do CPC, introduzido pelo D.L. n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, veio consagrar no âmbito da tutela de interesses difusos que “têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da

¹⁵⁰ Cfr. op. cit., p. 87.

¹⁵¹ Cfr. LIVIO PALADIN, «Azione Popolare», *Novissimo Digesto italiano*, vol. II, 1958, Torino, pp. 88-93.

¹⁵² Cfr. op. cit., p. 19.

¹⁵³ Cfr. Idem, *Ibidem*.

saúde pública, do ambiente e da qualidade de vida e do património cultural o Ministério Público, as associações de defesa dos interesses em causa e qualquer cidadão, nos termos previstos no diploma regulador do exercício do direito de acção popular”.

O D.L. n.º 180/96, de 25 de Setembro, alargou a legitimidade popular civil às autarquias locais, além de ter ampliado o leque exemplificativo de interesses susceptível de ser protegido neste âmbito ao domínio público e ao consumo de bens e serviços.

3.9-Distinção da legitimidade da alínea c) do n.º 1 do art.º 55.º do CPTA

Quando uma autarquia local seja parte de uma relação jurídica administrativa no âmbito da qual outra entidade lhe cause um prejuízo ou um perigo de prejuízo, ela terá um interesse pessoal e directo na resolução da questão, podendo actuar em juízo ao abrigo da legitimidade que lhe é conferida pelo disposto na al. c) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA.

A respeito do interesse pessoal e directo, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA considera impor-se a distinção entre ambos os requisitos, defendendo que apenas o carácter pessoal do interesse respeita ao pressuposto processual da legitimidade, ao passo que o carácter directo do interesse tem que ver com o interesse em agir¹⁵⁴.

Assim, o carácter pessoal do interesse corresponde à exigência de que a utilidade que o interessado pretende obter com a anulação ou a declaração de nulidade do acto impugnado seja reivindicada para si próprio, de modo a poder afirmar-se que o interessado é parte legítima por alegar ser o titular do interesse em nome do qual actua em juízo¹⁵⁵.

Quanto ao carácter directo do interesse, ele tem que ver com a questão de saber se existe um interesse “actual e efectivo” em pedir a invalidade do acto que se impugna, isto é, se o interesse é de repercussão imediata na esfera jurídica do autor¹⁵⁶.

Situação diversa é a de reintegração de um interesse difuso ofendido, ou de prevenção da sua ofensa¹⁵⁷, para as quais a autarquia local tem legitimidade processual activa, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 9.º do CPTA e no n.º 2 do artigo 2.º da LAP.

No caso de a autarquia local ter igualmente um interesse pessoal e directo na resolução da questão, ela pode optar por lançar mão da acção popular administrativa ou da acção administrativa especial, ficando depois condicionada à escolha processual que efectuar.

3.10-Interesse em agir

O pressuposto da legitimidade é distinto do requisito do interesse em agir, o qual não se encontra consagrado no CPTA enquanto pressuposto processual geral. Ele vem especialmente previsto no artigo 39.º do CPTA, a respeito das acções de simples apreciação, e manifesta-se “... na exigência de um carácter «directo» ao interesse individual para impugnar actos administrativos”, ou seja, de um interesse actual¹⁵⁸.

Uma coisa é ter legitimidade para estar em juízo e outra, diferente, é ter necessidade de tutela judicial, a qual nos é revelada pela utilidade que pode advir para o interessado da procedência da acção.

Estando excluída da acção popular a defesa de interesses meramente individuais, podemos

¹⁵⁴ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual...*, pp. 235-236.

¹⁵⁵ Idem, *Ibidem*.

¹⁵⁶ Idem, *Ibidem*.

¹⁵⁷ Mesmo que tal interesse faça parte do leque de atribuições da autarquia local.

¹⁵⁸ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime...*, p. 62.

questionar-nos acerca de qual seja o interesse em agir da autarquia local enquanto autora popular.

De acordo com JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, o interesse em agir da autarquia local como autora popular estará no facto de o interesse difuso a defender constar das suas atribuições¹⁵⁹.

Na mesma linha de orientação, ELIANA PINTO defende que as autarquias locais têm interesse em demandar quando defendam interesses dos titulares de interesses difusos com residência na sua circunscrição territorial e quando os interesses difusos se incluam no âmbito das suas atribuições e competências¹⁶⁰.

Não podemos concordar com os autores, por um lado, porque a lei não faz essa exigência no tocante às autarquias locais, contrariamente ao que sucede com as associações e fundações na alínea b) do artigo 3.º da LAP e, por outro lado, porque o que verdadeiramente está em causa é o benefício que o autor popular pode retirar da acção, não para si, mas para a comunidade enquanto tal, ou seja, é a refracção actual e efectiva do benefício na comunidade residente na área da circunscrição da autarquia local.

Neste sentido, vejamos o que nos diz CARLA AMADO GOMES: "... uma acção promovida ao abrigo da legitimidade singular tem reflexos individuais directos ..., e pode ter reflexos colectivos indirectos ...- o objecto do processo é, no entanto, um só e traduz-se na defesa de uma posição individual. Por seu turno, uma acção promovida ao abrigo da legitimidade popular tem efeitos colectivos imediatos ..., mas não tem necessariamente efeitos mediatos na esfera pessoal – o objecto do processo traduz-se na defesa de um bem do interesse colectivo"¹⁶¹.

O interesse em agir da autarquia local enquanto autora popular é o do ganho directo que a acção pode trazer para a comunidade residente na sua circunscrição, independentemente de se verificarem ou não efeitos mediatos na esfera pessoal de cada um dos seus residentes e ou na própria esfera jurídica da autarquia local autora.

3.11-A causa de pedir e o pedido

Por regra, o objecto do processo define-se em função da pretensão que é deduzida pelo autor, e esta pretensão resulta da causa de pedir e do pedido que o autor plasma na petição ou no requerimento inicial. A causa de pedir corresponde aos factos sobre os quais o autor faz assentar a sua pretensão de reconhecimento da existência ou inexistência de uma situação, de um efeito ou de um facto jurídico. Por seu turno, a pretensão do autor há-de resultar do pedido que é deduzido perante os tribunais administrativos.

Podem conjugar-se na causa de pedir da acção popular a ilegalidade da conduta dos órgãos da Administração (bem como dos particulares) e a sua lesividade, ou potencial lesividade, relativamente a interesses metaindividuais. A par delas, o objecto da tutela pode abranger um pedido indemnizatório decorrente da responsabilidade pela ofensa do interesse tutelado.

Quanto às pretensões, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA distingue entre as que podem ser deduzidas no âmbito da acção administrativa comum e as que podem ser deduzidas no quadro da acção administrativa especial. No primeiro caso, temos as pretensões de conteúdo declarativo ou de simples apreciação, as prestações de conteúdo condenatório, e as prestações de conteúdo constitutivo. No segundo caso, temos as pretensões relativas aos actos administrativos e as referentes a normas regulamentares¹⁶².

¹⁵⁹ Cfr. op. cit., p. 668.

¹⁶⁰ Cfr. ELIANA PINTO, «Os Municípios Titulares da Acção Popular», in *Direito Administrativo das Autarquias Locais, Estudos*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 291-322.

¹⁶¹ Cfr. CARLA AMADO GOMES, «A ecologização ...», p. 36.

¹⁶² Cfr. op. cit., *Manual...*, pp. 74 e ss..

No tocante aos actos administrativos, é possível configurar uma pretensão de anulação (que é constitutiva), uma pretensão de declaração de nulidade e uma pretensão de declaração de inexistência, bem como uma pretensão de condenação à emissão de um acto administrativo legalmente devido e uma pretensão de condenação à abstenção da prática de um acto administrativo cuja emissão é provável, mas ainda não sucedeu¹⁶³. Esta última, no entanto, está inserida no âmbito da acção administrativa comum.

3.12-Meios de tutela contenciosa

O legislador começa por distinguir entre a acção popular administrativa e a acção popular civil.

De harmonia com o disposto no n.º 1 do artigo 12.º da LAP, “a acção popular administrativa compreende a acção para defesa dos interesses referidos no artigo 1.º e o recurso contencioso com fundamento em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos lesivos dos mesmos interesses”.

Quando a LAP foi publicada, em 31 de Agosto de 1995, estavam em vigor a LEPTA e os artigos 369.º e 822.º do CA. A acção popular supletiva prevista no artigo 369.º do CA era exercida no domínio do contencioso civil e a acção popular correctiva prevista no artigo 822.º do CA¹⁶⁴ exercia-se por intermédio do recurso contencioso de anulação. Quanto às demais decisões ilegais da Administração que não fossem deliberações das autarquias locais, elas eram impugnáveis em sede de acção popular por via do recurso contencioso de anulação previsto nos artigos 24.º e seguintes da LEPTA. Também era possível lançar mão da acção para reconhecimento de direito, prevista nos artigos 69.º e seguintes da LEPTA, bem como dos meios processuais acessórios dos artigos 76.º e seguintes do mesmo diploma legal.

Actualmente, o recurso à acção popular administrativa faz-se através da utilização da acção administrativa comum, da acção administrativa especial, dos processos urgentes¹⁶⁵ e dos processos cautelares.

Quanto à acção administrativa comum, é admissível qualquer dos meios processuais que tenha por objecto litígios cuja apreciação se inscreva no âmbito da jurisdição administrativa, quer se trate de um dos meios expressamente previstos no n.º 2 do artigo 37.º do CPTA, quer de outro meio que não conste daquele elenco.

No tocante à acção administrativa especial, podem usar-se todos os meios processuais que encerrem como pedidos principais os de impugnação de actos administrativos ou de normas, o de condenação à prática de acto legalmente devido, bem como o de declaração de ilegalidade por omissão (vide o artigo 46.º do CPTA). Com qualquer destes pedidos principais podem ser cumulados outros que com eles apresentem uma relação material de conexão (vide o n.º 1 do artigo 47.º do CPTA), nomeadamente, os que são indicados a título de exemplo no n.º 2 do artigo 47.º do CPTA.

Os processos urgentes e os processos cautelares constituem outros dos meios admissíveis para defesa dos interesses difusos ofendidos ou ameaçados. Mesmo que a LAP lhes não faça qualquer referência no n.º 1 do seu artigo 12.º, e que a letra da lei no n.º 2 do mesmo preceito legal opere uma remissão em bloco para qualquer dos meios previstos no Código de Processo Civil, a não admissibilidade do uso dos processos urgentes e dos processos cautelares no domínio da acção popular administrativa consubstanciaria, em nosso entender, uma violação do princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva (vide artigo 20.º da CRP). O n.º 2 do artigo 9.º do CPTA sempre

¹⁶³ Cfr. Idem, *Manual...*, pp. 75-76.

¹⁶⁴ Para impugnação de deliberações ilegais dos órgãos autárquicos.

¹⁶⁵ Apesar de o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA não fazer referência expressa aos processos urgentes, contrariamente com o que sucede com a menção aos processos principais e cautelares.

superaria qualquer eventual lacuna que pudesse considerar-se existir nesta matéria, uma vez que consagra expressamente a possibilidade de utilização de processos principais e cautelares por parte do autor popular.

PARTE III

A AUTARQUIA LOCAL COMO AUTORA POPULAR

CAPÍTULO I

ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS

4.1- A acção popular e o limite de atribuições e competências

Podemos questionar se uma autarquia local pode ser autora popular quando defende interesses difusos que não constem do elenco de atribuições e competências que pode prosseguir e exercer ou se, pelo contrário, tem de ter os interesses difusos a tutelar em sede de acção popular inseridos no âmbito das suas atribuições e competências, como modo de a legitimar a actuar como autora popular. Colocada a questão de outro modo, será que as autarquias locais têm de ter atribuições e competências em matéria de interesses difusos como condição de adquirirem interesse em agir para poderem defender os bens tutelados pela acção popular?

A questão coloca-se, pois, por um lado, as autarquias locais apenas podem actuar no âmbito das suas atribuições, por meio das competências legais que lhes são legalmente fixadas, sob pena de a respectiva actuação ser inválida e, por outro lado, há quem considere que a forma pela qual as autarquias locais têm interesse em agir em sede de acção popular é através da integração dos interesses difusos a defender nas suas atribuições e competências. Para os autores que defendem esta posição, será essa integração que dota as autarquias locais do necessário interesse em agir para a propositura de uma acção popular em defesa dos

interesses dos residentes na área da sua circunscrição.

Relacionada com esta questão está ainda a de saber se a acção de que as autarquias locais podem lançar mão ao abrigo do n.º 2 do artigo 2.º da LAP e do n.º 2 do artigo 9.º do CPTA é uma verdadeira acção popular ou, ao invés, uma acção pública, como aquela que o legislador outorga a favor do Ministério Público, quer seja por força do facto de a autarquia local ser uma pessoa colectiva de direito público, quer seja em virtude de se considerar, eventualmente, que a titularidade do direito de acção popular pelas autarquias locais corresponde a uma sua competência jurídico-pública.

Comecemos por observar a nossa jurisprudência.

No Ac. do STA de 30 de Setembro de 1999, proferido no processo n.º 41668¹⁶⁶, em que estava em causa a legitimidade activa da Junta de Freguesia da Vila do Prado para interpor recurso contencioso de anulação de deliberações da Câmara Municipal de Vila Verde que deferiram um pedido de licenciamento de construção de um edifício comercial apresentado por um particular, o Tribunal decidiu-se pela legitimidade da autarquia, nos termos do disposto nos art.ºs 821.º do Código Administrativo e 46.º do RSTA, aplicável por força do art.º 24.º, alínea b), da LPTA, e considerando o disposto no art.º 268.º, n.º 4, da CRP. Sustentou o STA a sua posição no facto de a defesa do património cultural se inserir no acervo de bens e interesses legalmente protegidos que constituem as atribuições da freguesia enquanto autarquia local, com o que se verificaria a radicação nos órgãos autárquicos de um interesse pessoal e directo em sede de tutela de interesses difusos.

O Ac. do STA de 29 de Abril de 2003, lavrado no processo n.º 47545¹⁶⁷, decidiu que a Junta de

¹⁶⁶ Cfr. CJA, n.º 31, Janeiro/Fevereiro 2002, pp. 3 e ss.

¹⁶⁷ Cfr. <http://jusnet.coimbraeditora.pt/>, com a referência 2883/2003.

Freguesia da Morreira, concelho de Braga, com base no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 83/95, tem legitimidade para impugnar contenciosamente o acto administrativo do Senhor Secretário de Estado Adjunto e das Obras Públicas, que aprovou a localização de um troço de auto-estrada.

No interessante Ac. do TCA Sul de 22 de Junho de 2006, proferido no processo n.º 1590¹⁶⁸, decidiu-se que uma junta de freguesia de Lisboa tem legitimidade para deduzir pedido cautelar de suspensão dos trabalhos de construção de um condomínio licenciados pelo Município de Lisboa. Afirma-se no acórdão que a legitimidade popular das autarquias locais não tem como fundamento a defesa das suas atribuições e interesses, mas dos interesses da respectiva comunidade de pessoas, sendo, como tal, duvidoso, que possa falar-se de um limite de competência. Tendo o acórdão decidido pela legitimidade da autarquia local, afirma depois que resta "...enquadrá-la ou em sede de legitimidade difusa para o elenco de interesses catalogados nos art.ºs 52.º n.º 3 CRP, 53.º n.º 2 CPA e Lei 83/95, 31.08, art.º 1.º n.º 2 ou de legitimidade pública em função das atribuições e competências dos órgãos, tudo dependendo de saber se a ora Recorrente se apresenta por si em juízo por interesses públicos refractados sobre a esfera jurídica individual dos cidadãos residentes na área territorial da Junta de Freguesia ou se está por si em juízo por interesses públicos próprios. E se a Doutrina procura centrar em termos de coerência dogmática o binómio autarquia local/actor popular, não é adjectivamente exigível que o Requerente cautelar assumia explicitamente que teça armas por uma das teses, sendo certo que por banda do Tribunal a selecção da factualidade levada ao probatório deve reflectir as várias soluções plausíveis da questão de direito" (cfr. p. 12 do acórdão).

Se considerarmos que todos os interesses difusos consagrados no n.º 3 do artigo 52.º da CRP

constam das atribuições e competências das autarquias locais, como afirma JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA relativamente aos municípios e, no tocante a alguns daqueles interesses, também quanto às freguesias¹⁶⁹, no fundo, as autarquias locais nunca chegariam a ver-se colocadas perante a situação de poderem actuar fora do âmbito das suas atribuições e competências no domínio da acção popular e, como tal, sem interesse em agir. O eventual problema pareceria estar resolvido por si mesmo à partida e a discussão seria travada no plano meramente teórico.

Ainda que assim se entendesse, parece-nos possível travar a discussão de saber se é ou não necessário que os interesses difusos que as autarquias locais vão defender contenciosamente constem das suas atribuições e competências para que elas possam agir como autoras populares, por um lado, porque quando as autarquias locais actuam no exercício do direito de acção popular, ainda que haja coincidência entre o interesse da sua comunidade residente e o seu próprio interesse, elas actuam para tutela do interesse dos residentes na área da sua circunscrição e, por outro lado, porque consideramos que nem todos os interesses e bens tutelados pelo n.º 3 do artigo 52.º da CRP, pelo n.º 2 do artigo 1.º da LAP e pelo n.º 2 do artigo 9.º do CPTA constam das atribuições e competências das autarquias locais.

Senão vejamos:

a) Quanto ao bem da vida saúde pública, ele não corresponde com exactidão à atribuição da saúde que é conferida aos municípios¹⁷⁰ e, no que toca às freguesias¹⁷¹, elas apenas têm atribuições no domínio dos cuidados primários de saúde, o que é coisa diversa. A saúde pública é uma noção que faz apelo à organização de sistemas e serviços de saúde para controlo do processo de saúde e doença nas

¹⁶⁸ Cfr. www.dgsi.pt, acedida em 25 de Julho de 2011.

¹⁶⁹ Cfr. op. cit., nota 375 da p. 667 e pp. 667-668.

¹⁷⁰ Cfr. a alínea g) do n.º 1 do artigo 13.º da LTACA.

¹⁷¹ Cfr. a alínea e) do n.º 1 do artigo 14.º da LTACA.

populações, mediante acções de vigilância e de intervenção do Estado, não se confundindo com a noção de saúde *tout court*. Nos termos da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, na sua redacção actual, enquanto a protecção da “saúde” constitui um direito dos indivíduos e da comunidade, que se efectiva pela responsabilidade conjunta da sociedade, dos cidadãos e do Estado, a promoção e a defesa da “saúde pública” são efectuadas através da actividade do Estado e de outros entes públicos (cfr. n.ºs 1 e 3 da Base I da Lei n.º 48/90). De acordo com a Base IX da lei em apreço, “sem prejuízo de eventual transferência de competências, as autarquias locais participam na acção comum a favor da saúde colectiva e dos indivíduos, intervêm na definição das linhas de actuação em que estejam directamente interessadas e contribuem para a sua efectivação dentro das suas atribuições e responsabilidades”;

b) Relativamente ao bem da vida ambiente, ele consta das atribuições quer dos municípios, quer das freguesias¹⁷²;

c) No que respeita ao bem da vida urbanismo, ele consta das atribuições dos municípios, mas já não das freguesias¹⁷³;

d) Em relação ao bem da vida ordenamento do território, ele consta das atribuições dos municípios, mas as freguesias têm a atribuição do “ordenamento urbano e rural” e não do território¹⁷⁴;

e) No que concerne ao bem da vida qualidade de vida, não o encontramos enquanto tal

no quadro de atribuições dos municípios e das freguesias¹⁷⁵;

f) No que tange ao bem da vida património cultural, as autarquias locais dispõem da atribuição da cultura, mas não do património cultural, que faz apelo a uma noção diversa¹⁷⁶;

g) Já no tocante aos bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, os municípios têm a atribuição do património, mas apenas do património autárquico, sendo que as freguesias não têm tal atribuição¹⁷⁷.

Apesar de a alínea m) do n.º 1 do artigo 13.º da LTACA consagrar a atribuição da defesa do consumidor a favor dos municípios, o mesmo não sucedendo com as freguesias, o n.º 2 do artigo 9.º do CPTA não consagra a tutela deste bem no âmbito do contencioso administrativo.

Vejamos agora como se posiciona a doutrina quanto às questões levantadas.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA considera que a acção popular conferida à autarquia local é uma verdadeira acção pública, na medida em que os interesses protegidos pelo n.º 3 do artigo 52.º da CRP são também atribuição dos municípios e, em alguma medida, das freguesias. Estaríamos perante interesses públicos, que a lei coloca a cargo das autarquias na medida em que tenham refracção na área do território das autarquias¹⁷⁸.

Do mesmo passo, considera o mesmo autor que a distinção entre acção pública e acção popular se encontra na oposição entre a iniciativa processual de uma pessoa colectiva pública para defesa da legalidade, no âmbito de uma lesão ou ameaça de lesão a um interesse público protegido, e a

¹⁷² Cfr. a alínea l) do n.º 1 do artigo 13.º da LTACA e alínea h) do n.º 1 do artigo 14.º da LTACA.

¹⁷³ Cfr. a alínea o) do n.º 1 do artigo 13.º da LTACA e n.º 1 do artigo 14.º da LTACA.

¹⁷⁴ Cfr. a alínea o) do n.º 1 do artigo 13.º da LTACA e alínea j) do n.º 1 do artigo 14.º da LTACA.

¹⁷⁵ Cfr. os artigos 13.º e 14.º da LTACA.

¹⁷⁶ Cfr. a alínea e) do n.º 1 do artigo 13.º da LTACA e alínea d) do n.º 1 do artigo 14.º da LTACA.

¹⁷⁷ Cfr. a alínea e) do n.º 1 do artigo 13.º da LTACA e artigo 14.º da LTACA.

¹⁷⁸ Cfr. op. cit., p. 668.

iniciativa processual de um cidadão como forma de participação nos assuntos públicos para defesa dos mesmos interesses¹⁷⁹.

JORGE MIRANDA e PEDRO MACHETE afirmam que a legitimidade processual atribuída às autarquias locais consubstancia um direito de acção pública, que cabe na liberdade de conformação do legislador. Estaria em causa a prossecução, directa ou indirecta, de atribuições públicas, ou o exercício de uma competência pública, razão pela qual estaríamos fora do direito de acção popular¹⁸⁰.

Para aqueles autores, a “...acção popular configura uma manifestação da sociedade que se contrapõe a expressões da organização dos poderes públicos. A acção popular e a acção pública podem coexistir e visar os mesmos objectivos (...), mas nem por isso se confundem: a primeira corresponde a uma liberdade de defesa *uti cives* de determinados interesses qualificados e é oponível aos poderes públicos e a terceiros particulares; a segunda é instituída como autocontrolo do poder público (tutela da legalidade, em geral) ou como instrumento de prossecução das suas atribuições ... sendo, em qualquer dos casos, uma competência jurídico-pública, e não um direito fundamental”¹⁸¹.

Já MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA sustentam que, de harmonia com o disposto no n.º 2 do artigo 2.º, da Lei n.º 83/95, o direito de acção popular foi delimitado em função dos interesses de que sejam titulares os residentes na área da circunscrição das autarquias locais, “...o que faz supor que a autarquia pode agir em defesa de interesses difusos nas mesmas condições em que o poderá fazer qualquer cidadão, desde que se trate de interesses que relevem no âmbito da respectiva área territorial, não se encontrando condicionada, nesse ponto, ao contrário do que sucede com as

instituições associativas, por qualquer critério de competência funcional”¹⁸².

E defendem os mesmos autores que as atribuições e competências dos municípios e freguesias apenas relevam para legitimar as autarquias locais a actuar em juízo em defesa de um interesse pessoal, como sucede quando elas se situam no domínio de uma relação inter-administrativa, no âmbito da qual prosseguem um interesse próprio que lhes cabe defender¹⁸³. “Mas para além disso, poderão exercer o direito de acção popular, em substituição dos cidadãos residentes na respectiva circunscrição, sempre que esteja em causa algum dos interesses ou valores mencionados neste artigo 9.º, n.º 2, independentemente de se tratar de matéria relativamente à qual a autarquia possua um específico campo de intervenção”¹⁸⁴.

Por seu turno, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE sustenta que as autarquias locais apenas podem defender interesses difusos através da acção popular no âmbito das suas atribuições e relativamente ao seu território¹⁸⁵.

À semelhança de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e de CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA consideram que as autarquias locais não têm um limite de competência, pois a legitimidade popular das autarquias locais não tem como fundamento a defesa das suas atribuições¹⁸⁶.

NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES advoga que a atribuição às autarquias locais de legitimidade popular é um mero corolário da descentralização administrativa do Estado, como modo de prosseguir os interesses comunitários de forma mais eficaz e como mais um meio de as

¹⁸² Cfr. op. cit., p. 74.

¹⁸³ Cfr. a alínea j) do n.º 2 do artigo 37.º, a alínea c) do n.º 1 do artigo 55.º, e a alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º, todos do CPTA.

¹⁸⁴ Cfr. op. cit., p. 74.

¹⁸⁵ Cfr. op. cit., pp. 177-178.

¹⁸⁶ Cfr. op. cit., p. 163.

¹⁷⁹ Cfr. op. cit., p. 670.

¹⁸⁰ Cfr. idem, p. 1041.

¹⁸¹ Cfr. idem, p. 1030.

autarquias locais prosseguirem os interesses colocados a seu cargo pela CRP¹⁸⁷.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA considera igualmente que a defesa do interesse difuso que a autarquia pretende tutelar através da acção popular tem de se incluir nas competências da autarquia¹⁸⁸.

Para ELIANA PINTO, as autarquias locais têm interesse em demandar quando os interesses difusos a tutelar se incluam no âmbito das suas atribuições e competências¹⁸⁹.

Finalmente, também PAULO OTERO considera que o legislador atribuiu às autarquias locais uma forma de acção popular pública e não uma verdadeira acção popular, na acepção de acção popular de que são titulares os cidadãos¹⁹⁰.

Admitir que a atribuição de legitimidade popular às autarquias locais fosse a outorga de uma competência jurídico-pública, na medida em que a competência corresponde ao conjunto de poderes, jurídicos ou funcionais, que a lei coloca a cargo dos órgãos das pessoas colectivas públicas para a prossecução das suas atribuições, seria ter de admitir que ela serve para a prossecução das atribuições da autarquia.

Ora, não nos parece ter sido esse o escopo do legislador ordinário, até porque a utilização do direito de acção popular consubstancia uma faculdade das autarquias locais, que elas podem ou não utilizar, em função do juízo de oportunidade e conveniência que efectuem sobre a situação em causa. As autarquias locais são livres de tomar a iniciativa de exercer o direito de acção popular e a sua actuação processual não se encontra exteriormente condicionada.

O facto de as autarquias locais serem entidades públicas não afasta a nossa convicção, pois a situação legalmente configurada pelo legislador

ordinário português leva-nos a afastar as autarquias locais da situação do Ministério Público enquanto autor popular.

Para nós, a acção popular de que as autarquias locais podem lançar mão não consubstancia um mero autocontrolo do poder público, em defesa do princípio da legalidade no âmbito do exercício da actividade administrativa, razão pela qual afastamos a acção popular de que as autarquias locais podem lançar mão da acção pública de que o Ministério Público pode ser titular.

Também a actividade dos particulares é averiguada e fiscalizada pelas autarquias locais, ainda que a actuação desses particulares apenas seja contenciosamente sindicável no domínio do contencioso administrativo desde que inserida no contexto de uma relação jurídica administrativa, ou corresponda ao desempenho de uma função materialmente administrativa ou se encontre sujeita a normas de direito administrativo.

Por outro lado, ao passo que o Ministério Público actua no exercício das suas funções, defendendo o princípio da legalidade, ele sim, num autocontrolo do poder público, as autarquias locais não actuam para mera defesa da legalidade administrativa. Em sede de acção popular, elas actuam como se de um mero particular se tratasse, em defesa, não apenas da legalidade objectiva, mas, *prima facie*, dos interesses difusos da sua comunidade residente.

O Ministério Público pode substituir-se ao autor popular que instaurou a acção, precisamente, para exercer a fiscalização da legalidade, no caso de o autor desistir da instância, ou de celebrar transacção lesiva dos interesses tutelados ou ainda no caso de adoptar um comportamento lesivo de tais interesses (cfr. n.º 3 do artigo 16.º da LAP). Ora, as autarquias locais não têm este poder substitutivo do autor popular, nas mesmas circunstâncias, o que faria sentido caso o direito de acção popular atribuído às autarquias locais fosse uma verdadeira acção pública.

¹⁸⁷ Cfr. op. cit., p. 78.

¹⁸⁸ Cfr. op. cit., p. 200.

¹⁸⁹ Cfr. op. cit., pp. 291-322.

¹⁹⁰ Cfr. op. cit., p. 882.

Ainda no que ao Ministério Público diz respeito, veja-se a restrição operada à legitimidade processual activa pela alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º do CPTA, por comparação com o tratamento que é conferido às autarquias locais na alínea d) da mesma disposição legal. No âmbito da condenação à prática de um acto legalmente devido, o Ministério Público apenas pode ter impulso processual quando o dever de praticar o acto resulte directamente da lei, estejam ou não em causa os bens a que se refere o n.º 2 do artigo 9.º do mesmo Código. Trata-se de uma ilegalidade qualificada, na expressão de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e de CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA¹⁹¹.

O direito de acção popular de que as autarquias locais são titulares é, pois, uma verdadeira acção popular e não uma acção pública ou uma acção popular autárquica, na expressão de PAULO OTERO¹⁹². No âmbito do seu exercício, a autarquia local actua como se se tratasse de um mero particular, promovendo os interesses da sociedade civil, não sendo o facto de a autarquia local ser uma entidade pública que tem a capacidade de transmutar a acção popular de que pode lançar mão numa acção pública, até porque semelhante transmutação dificilmente se harmonizaria com a configuração legal do direito de acção popular das autarquias locais no ordenamento jurídico português.

Se o interesse difuso a defender pela autarquia local constar em determinado caso das suas atribuições e competências, essa coincidência não faz com que a autarquia local vá prosseguir essa sua atribuição quando actua como autora popular, em defesa dos interesses de que são titulares os residentes na área da sua circunscrição. Se o fizesse, estaria a actuar em defesa de um interesse pessoal e directo e não em defesa do interesse difuso da sua comunidade residente. Quando exista uma

coincidência entre o interesse difuso e o interesse pessoal e directo da autarquia, essa coincidência não interfere com a necessidade de se encontrarem reunidos os requisitos e pressupostos da instauração da acção popular por parte das autarquias locais.

Em sentido diverso, veja-se o que afirma CARLA AMADO GOMES a este respeito: "... em caso de coincidência entre interesse público local e interesse difuso, a invocação do mecanismo do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 83/95 consubstancia, não uma situação de legitimidade popular, mas antes uma representação processual implícita e atípica de titulares de interesses difusos. Ou seja, a autarquia, agindo com base no art.º 2.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95, estará a defender um interesse titulado difusamente pelos seus fregueses ou municípios, que é também um interesse seu, porque integrado nas suas atribuições. Porém, não pode, ao abrigo de tal dispositivo, invocá-lo como tal, sob pena de ser considerada parte ilegítima, devendo substituir o fundamento da legitimidade pelo art.º 46.º do RSTA"¹⁹³. Para a autora, em caso de coincidência entre o interesse público local e o interesse difuso, o interesse da autarquia seria sempre directo e pessoal, porque as vantagens da acção popular recaem sempre na sua esfera de atribuições¹⁹⁴.

Para nós, a acção promovida ao abrigo da legitimidade colectiva tem, *prima facie*, efeitos colectivos imediatos, verifiquem-se ou não simultaneamente efeitos individuais mediatos, quer na esfera jurídica da autarquia autora, quer na esfera jurídica dos seus residentes (de cada um deles), pois o objecto do processo corresponde à prossecução da defesa de um bem do interesse colectivo. O mesmo sucede, e por regra sucederá, quando a acção popular for instaurada por um particular para defesa de interesses difusos que são

¹⁹¹ Cfr. op. cit., p. 457.

¹⁹² Cfr. op. cit., p. 882.

¹⁹³ Cfr. «Um por todos e todos pela protecção ambiental», in CJA, n.º 31, Janeiro/Fevereiro de 2002, p. 11, em anotação ao Ac. do STA de 30 de Setembro de 1999, processo n.º 41668.

¹⁹⁴ Cfr. Idem, Ibidem.

de “todos”. Esta acção terá efeitos colectivos imediatos, ainda que se verifiquem reflexos individuais indirectos, pois o objecto do processo traduz-se na prossecução da defesa de um bem do interesse colectivo.

As autarquias locais actuam como autoras populares ao abrigo de uma legitimidade processual activa originária, em seu nome e no seu próprio interesse, o que afasta a ideia de representação dos residentes na sua área de circunscrição, até porque entendemos que o disposto no artigo 14.º da LAP se aplica apenas ao autor popular individual. As autarquias locais actuam por sua conta, no exercício de um direito próprio, que é o direito de acção, pese embora em defesa de interesses alheios.

Por seu turno, as autarquias locais também não actuam, a nosso ver, enquanto substitutas dos residentes na sua área de circunscrição, porquanto não há uma legitimidade originária da comunidade residente que cumpra averiguar a par da legitimidade da autarquia local, nem a legitimidade atribuída às autarquias locais é uma legitimidade anómala e indirecta, que lhes permitiria beneficiar reflexamente da satisfação dos interesses dos residentes na sua área de circunscrição.

Quando actuam como autoras populares, as autarquias locais baseiam-se numa norma jurídica que lhes atribui essa legitimidade, independentemente da titularidade de qualquer direito subjectivo material ou interesse material, que, no domínio da acção popular, não têm. Mesmo quando existe a mencionada coincidência nos interesses em presença, os interesses contenciosamente tutelados não são interesses pessoais e directos das autarquias locais, sob pena de a acção instaurada deixar de ser uma acção popular, para passar a ser qualificada como uma acção de defesa de um interesse pessoal e directo, instaurada ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA.

Se a autarquia local optou por ser autora popular, em caso de coincidência de interesses, que é meramente accidental, ela vai defender um interesse difuso da sua comunidade residente e não um interesse seu, independentemente de se verificarem ou não efeitos mediatos na esfera jurídica da autarquia local.

A LAP obriga ao preenchimento prévio de requisitos condicionais de verificação da legitimidade activa no seu artigo 3.º, no caso das associações e fundações. Estas entidades têm de incluir expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate.

Ora, a LAP não contém previsão semelhante para as autarquias locais, sendo certo que se o legislador quisesse que assim fosse, tê-lo-ia dito expressamente, como fez com as associações e fundações. Não há, como tal, que tentar descobrir um elemento de conexão funcional entre a autarquia local autora popular e o objecto do processo.

Como afirma JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “para a lei, o interesse que justifica e fundamenta a acção popular está ínsito, a priori, nas qualidades das pessoas a quem a lei atribui objectivamente esse direito de acção judicial”¹⁹⁵. E continua o autor, dizendo que “em suma, a natureza objectiva de uma certa espécie de legitimidade contenciosa é caracterizada primariamente, não só pela forma abstracta da sua atribuição (a promoção da acção judicial dependendo da posse de uma qualidade objectiva), mas também pelo seu carácter constitutivo (e não declarativo), sendo portanto irredutível à acção particular estabelecida em termos normais”^{196 197}.

¹⁹⁵ Cfr. op. cit., p. 35.

¹⁹⁶ Idem, p. 45.

¹⁹⁷ O autor conclui que na acção popular correctiva não há que invocar nem demonstrar a existência e titularidade de um prejuízo concreto causado pelo acto impugnado, quer no que respeita ao próprio autor popular, quer no que toca aos interesses da colectividade autárquica, bastando para ser parte legítima que se alegue a posse objectiva das qualidades que definem a categoria de

Quanto ao interesse em agir das autarquias locais, ele não pode deixar de corresponder ao benefício que a autora popular pode retirar da acção, não para si, mas para a comunidade enquanto tal, ou seja, o interesse em agir corresponde à refracção actual e imediata do benefício na comunidade residente na área da circunscrição da autarquia local, independentemente de se verificarem ou não efeitos mediatos na esfera pessoal da autarquia local¹⁹⁸.

A atribuição de legitimidade popular às autarquias locais pelo legislador ordinário deve-se ao facto de estas entidades se encontrarem numa posição privilegiada de proximidade com os titulares dos interesses difusos, o que lhes permite assumir-se como a entidade mais apta a defender os interesses da sua comunidade residente.

O objecto da tutela da acção popular instaurada por uma autarquia local são os interesses que são defendidos nessa acção popular, que não são os interesses da autarquia local, mas sim os interesses difusos ameaçados ou ofendidos de que são titulares os residentes na área da sua circunscrição.

Dizer que os interesses difusos têm de constar das atribuições e competências das autarquias locais seria o mesmo, em nosso entender, que exigir a subjectivação desses interesses nas autarquias, um pouco à semelhança do que a jurisprudência italiana tem vindo a fazer com a interpretação da legitimidade activa das associações

na defesa dos interesses colectivos dos seus membros.

Essa não é, para nós, a interpretação correcta a fazer da legitimidade activa e do interesse em agir das autarquias locais enquanto autoras populares, na medida em que o legislador português configurou essa legitimidade e esse interesse em agir de modo diverso. Caso se verificasse a subjectivação dos interesses a tutelar na esfera jurídica das autarquias locais, deixaríamos pura e simplesmente de estar perante a figura da acção popular para passar a estar perante o exercício de um direito pessoal e directo das mesmas.

Não são, assim, as atribuições e competências das autarquias locais que estão em causa na acção popular, mesmo quando exista uma coincidência entre o interesse difuso a tutelar contenciosamente e o interesse constante do elenco de atribuições e competências das autarquias. Essa coincidência será sempre meramente accidental e não apaga a opção que tiver sido feita pela instauração da acção popular, com todas as consequências que a escolha acarreta.

As autarquias locais actuam, pois, como autoras populares sem que se coloque em cima da mesa um limite de competência ou do fim, pelo que podem instaurar a acção popular para defesa de interesses que não constem das suas atribuições e competências.

CAPÍTULO II O TERRITÓRIO

4.2-O território e o exercício do direito de acção

Num segundo passo, podemos questionar se a autarquia local apenas se pode socorrer da acção popular quando os interesses a tutelar por via contenciosa estão situados ou sejam afectados na sua circunscrição territorial, uma vez que a

peçoas a quem o direito de acção é atribuído, e sendo suficiente alegar que o acto impugnado viola a legalidade e a ordem jurídica. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE sustenta esta posição, porquanto considera ser inconcebível que uma colectividade indeterminada de peçoas seja titular de um direito, estando em causa, apenas, a defesa da legalidade objectiva. Já na acção popular supletiva, defende o autor que o autor popular tem de alegar prejuízos concretos sofridos pela entidade cujos interesses prossegue e a protecção jurídica com que os interesses se encontram tutelados (cfr. op. cit., p. 121). Aqui, já o autor considera que o autor popular actua como substituto processual da entidade cujos direitos são prosseguidos em juízo.

¹⁹⁸ E ou também na esfera jurídica de cada um dos residentes na área de circunscrição da autarquia local autora.

actuação das autarquias está limitada do ponto de vista territorial à sua circunscrição.

Entendem que existe semelhante limitação JORGE MIRANDA e PEDRO MACHETE¹⁹⁹, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA²⁰⁰, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA²⁰¹ e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE²⁰².

A este propósito, afirmam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA: “quanto às **autarquias locais**, a sua legitimidade difusa assenta no facto de os bens ou valores constitucionalmente tutelados, embora radicados em toda a colectividade, terem (ou poderem ter) particular incidência na área de uma ou mais freguesias ou municípios – o que, naturalmente, restringe a sua legitimidade aos processos em que se discutam questões respeitantes aos efeitos da medida administrativa na sua própria circunscrição (art.º 2/2 da Lei n.º 83/95), não podendo agir judicialmente para defesa de *interesses difusos* postos em causa noutra local do território nacional”²⁰³.

Também no Ac. do STA de 30 de Setembro de 1999, proferido processo n.º 41668²⁰⁴, decidiu-se que a junta de freguesia aí autora tinha legitimidade para estar em juízo, entre outros fundamentos, pelo facto de o imóvel a implantar se situar no logradouro de um imóvel situado na área territorial da autarquia autora popular.

Não cremos que exista um limite territorial no sentido de as autarquias locais apenas poderem actuar quando a medida administrativa tomada tenha efeitos na circunscrição da autarquia autora.

O que o n.º 2 do artigo 2.º da LAP nos diz é que as autarquias são titulares do direito de acção popular “...em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição”.

Ora, esta norma não restringe os efeitos da medida administrativa que afecta os interesses dos residentes ao território da autarquia autora, nem obriga a que os bens ameaçados ou ofendidos se situem no território da autarquia. O que ela refere é uma coisa distinta, consagrando que as autarquias apenas podem actuar nas situações em que os interesses dos residentes na sua área de circunscrição tenham sido afectados ou ameaçados. Quem está ligado à circunscrição são os residentes da autarquia local e não os interesses de que os mesmos são titulares.

Claro que, por regra, a afectação dos interesses de que os residentes na área de circunscrição das autarquias são titulares terá refracção na mesma área territorial, ou os bens afectados estarão situados na área de circunscrição das autarquias, mas isso não tem de ser forçosamente assim.

Os interesses de que os residentes na área de circunscrição das autarquias são titulares, e os efeitos da sua afectação, não têm de se confinar, obrigatoriamente, ao território da autarquia em apreço, ainda que, por regra, seja isso que acaba por suceder na maioria das vezes.

Pensemos, por exemplo, no património cultural ou na qualidade de vida. A afectação do Castelo de Almourol, situado em Vila Nova da Barquinha, enquanto património cultural não corresponde à afectação do interesse dos residentes no município de Abrantes ao património cultural, apesar de o mesmo não se encontrar situado na área de circunscrição daquela autarquia? A afectação ilegal de uma ciclovia situada num município confinante com aquele em que residem pessoas que a utilizam, por não disporem de nenhuma na área do município em que residem, não consubstancia a

¹⁹⁹ Cfr. JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, op. cit., p. 1042.

²⁰⁰ Cfr. *Comentário...*, p. 74.

²⁰¹ Cfr. op. cit., p. 163.

²⁰² Cfr. op. cit., pp. 177-178.

²⁰³ Idem, *Ibidem*.

²⁰⁴ Cfr. *CJA*, n.º 31, Janeiro/Fevereiro 2002, pp. 3 e ss.

afecção do interesse de tais pessoas à qualidade de vida?

Não há que considerar que a autarquia local apenas tem legitimidade para instaurar a acção popular administrativa no que respeita a bens radicados na sua comunidade ou na área da sua circunscrição, ou de algum modo aí afectados, porquanto a legitimação da autarquia local não lhe é conferida em virtude de semelhante critério.

O que permite que a autarquia local instaure uma acção popular é o facto de o interesse afectado ou ameaçado ser da titularidade dos residentes na sua área de circunscrição.

Nem a LAP, nem o CPTA exigem um nexo de proximidade territorial entre o autor popular e o bem lesado ou os efeitos da afectação desse bem, razão pela qual não há que exigir uma ligação entre o território e a localização do bem afectado ou a refracção dessa afectação no território correspondente à circunscrição da autarquia local.

CAPÍTULO III CONCLUSÕES

Aqui chegados, estamos em condições de alinhar algumas conclusões.

a) Na acção popular, as autarquias locais defendem os interesses difusos de que são titulares os residentes na área da sua circunscrição; elas não defendem interesses de que sejam, elas próprias, titulares, directa ou indirectamente;

b) O direito de acção popular de que as autarquias locais são titulares não consubstancia um mero meio de controlo da Administração, mas sim um meio de tutela jurisdicional de interesses difusos pertencentes à sua comunidade residente, cuja lesão ou ameaça de ofensa pode resultar da actividade quer de entidades públicas, quer de particulares;

c) O direito de acção popular das autarquias locais corresponde a uma verdadeira acção popular e não a uma acção pública, pois não só as autarquias actuam como se fossem um mero particular, como a configuração legal da acção popular das autarquias locais no ordenamento jurídico português a afasta da acção pública de que o Ministério Público é titular;

d) Quando o interesse difuso a defender pelas autarquias locais constar das suas atribuições e competências, essa coincidência accidental não faz com que as autarquias locais autoras populares prossigam as suas atribuições e competências, pois, se o fizessem, estariam a actuar em defesa de um interesse pessoal e directo e não em defesa do interesse difuso da sua comunidade residente;

e) O legislador ordinário atribuiu às autarquias locais uma legitimidade processual activa originária para que actuem em nome próprio, por sua conta e no exercício de um direito próprio, embora em defesa de interesses alheios, independentemente da titularidade de qualquer direito, que não têm; enquanto autoras populares, as autarquias locais não actuam em representação, nem em substituição dos residentes na área da sua circunscrição;

f) Ao contrário do disposto na alínea b) do artigo 3.º da LAP, relacionado com as associações e fundações, o legislador não exige que os interesses difusos a defender constem das atribuições e competências das autarquias locais, não sendo, assim, de exigir um nexo de conexão funcional entre estas e as suas atribuições e competências;

g) O interesse em agir das autarquias locais autoras populares corresponde ao benefício que podem retirar da acção para a comunidade enquanto tal; ele consiste na refracção actual e imediata do benefício na comunidade residente na área da sua circunscrição territorial, verifiquem-se

ou não efeitos mediatos na esfera jurídica da autarquia autora;

h) Ao atribuir legitimidade às autarquias locais para defender o interesse difuso da comunidade residente na sua área de circunscrição, o legislador não subjectivou o interesse difuso nas autarquias locais, pois o seu titular continua a ser a comunidade residente na respectiva área de circunscrição; caso se verificasse essa subjectivação, deixaríamos de estar perante a figura da acção popular para passar a estar perante o exercício de um direito pessoal e directo das autarquias;

i) As autarquias locais podem ser autoras populares quando actuam fora do âmbito das suas atribuições e competências, uma vez que não são estas que estão em causa na acção popular;

j) Por seu turno, as autarquias locais não estão limitadas no exercício do direito de acção popular ao âmbito espacial da respectiva circunscrição territorial;

k) O n.º 2 do artigo 2.º da LAP não restringe os efeitos da medida administrativa que afecta os interesses dos residentes em certa autarquia local ao território da autarquia autora; o que a norma refere é que as autarquias apenas podem actuar nas situações em que os interesses dos residentes na sua área de circunscrição tenham sido afectados ou ameaçados, pelo que o nexó territorial existente estabelece-se entre os residentes das autarquias e a sua área de circunscrição e não entre esta e os interesses de que aqueles são titulares;

l) A lei não exige um nexó de proximidade territorial entre o autor popular e o bem lesado ou os efeitos da afectação desse bem, não havendo que exigir uma conexão entre o território e a localização do bem afectado ou a refração dessa afectação no território correspondente à circunscrição da autarquia local.



BIBLIOGRAFIA

AGRIFOGLIO, SERGIO - «Riflessioni critiche sulle azioni popolare come strumento di tutela degli interessi collettivi», in *Le Azioni a tutela di interessi collettivi: Atti del Convegno di Studio, Pavia*, 11-12 giugno, 1974, Cedam, Padova, 1976.

ANTUNES, NUNO SÉRGIO MARQUES - *O Direito de Acção Popular no Contencioso Administrativo Português*, Lex, Lisboa, 1997.

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO - *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, 2004.

IDEM, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010.

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO; FERNANDES CADILHA, CARLOS ALBERTO - *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.

BRUNO, TOMMASO - «Azione Popolare», in *Il Digesto Italiano*, vol. IV, parte seconda, 1893-1899, pp.951-974.

CAETANO, MARCELLO - *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., 5ª reimpressão, vol. I, Almedina, Coimbra, 1991.

CÂNDIDO DE OLIVEIRA, ANTÓNIO - *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra, 1993.

CAPPELLETI, MAURO - «Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi», in *Le Azioni a tutela di interessi collettivi: Atti del Convegno di Studio, Pavia*, 11-12 giugno, 1974, Cedam, Padova, 1976, pp.191-221.

CARINGELLA, FRANCESCO - *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

CASSETTA, ELIO - *Manuale di Diritto Amministrativo*, quarta edizione riveduta ed aggiornata, Giuffrè Editore, 2002.

CAUPERS, JOÃO - *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª ed., Âncora, 2009.

IDEM, *A Administração Periférica do Estado, Estudo de Ciência da Administração*, Aequitas, Editorial Notícias, 1994.

COLAÇO ANTUNES, LUIS FILIPE - *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: para uma legitimação procedimental*, Almedina, Coimbra, 1989.

ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO; OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE - *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Anotados*, vol. I, reimpressão da ed. de Novembro de 2004, Almedina, 2006.

FÁBRICA, LUIS - «A Acção Popular no Projecto de Código do Processo Nos Tribunais Administrativos», in *Reforma do Contencioso Administrativo, Trabalhos Preparatórios*, O Debate Universitário, Ministério da Justiça, vol. I, pp. 167-177.

IDEM, «A Acção Popular no Projecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos», in *CJA*, n.º 21, Maio/Junho 2000, pp. 16-22.

IDEM - «A acção popular já não é o que era», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 38, Março/Abril 2003, pp. 35-54.

FERRARESI, EURICO - «A pessoa física como legitimada ativa à acção colectiva», in *Direito Processual...*, GRINOVER, ADA PELLEGRINI (Coord.), et al., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 140 e ss..

FIGUEIREDO DIAS, JOSÉ EDUARDO - «Os Efeitos da Sentença na Lei de Acção Popular», in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano II, n.º 3, 1999, pp. 47-64.

FIGUEIREDO DIAS, JOSÉ EDUARDO; OLIVEIRA, FERNANDA PAULA - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009.

FILHO, PAULO BARBOSA DE CAMPOS, «A Acção Popular Constitucional», in *Revista Forense*, vol. 157, 1955, pp. 21-33.

FREITAS DO AMARAL, DIOGO - *Curso de Direito Administrativo*, I, 3ª. ed., 2ª. reimpressão, Almedina, Lisboa, 2006.

GAROFOLI, ROBERTO; FERRARI, GIULIA - *Manuale di Diritto Amministrativo*, 4ª. ed., S.I.: Nel Diritto Editore, 2010.

GOMES, CARLA AMADO - «Acção Pública e Acção Popular na Defesa do Ambiente: reflexões breves», in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, pp. 1181-1208.

IDEM, «A ecologização da Justiça Administrativa: brevíssima nota sobre a alínea I) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF», in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Lisboa, Fevereiro de 2004, pp. 25-41.

IDEM, «Um por todos e todos pela protecção ambiental», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 31, Janeiro/Fevereiro de 2002, pp. 3-12.

GOMES CANOTILHO, J. J.; VITAL MOREIRA - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª. ed. revista, Coimbra.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI - «O Projecto de Lei Brasileira Sobre Processos Colectivos», in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 62, Coimbra, 2010, pp. 155-162.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI (Coord.); MENDES, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO; WATANABE, KAZUO - *Direito Processual Colectivo e o Anteprojecto de Código Brasileiro de Processos Colectivos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

LEBRE DE FREITAS, JOSÉ - «A acção popular do direito português», in *sub iudice, justiça e sociedade*, n.º 24, Janeiro/Março 2003, pp. 15-26.

MAIA, DIOGO CAMPOS MEDINA - «a Acção Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente», in *Direito Processual...*, GRINOVER, ADA PELLEGRINI (Coord.), et al., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 321-344.

MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO - *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*, 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

MENDES, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO - «O Anteprojecto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis», in *Direito Processual...*, GRINOVER, ADA PELLEGRINI (Coord.); et al., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 16-32.

MIRABELLA, MAURICIO; DI STEFANO, MASSIMO; ALTIERI, ANDREA - *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2009.

MIRANDA, JORGE - *As Constituições Portuguesas, de 1822 ao texto actual da Constituição*, 2ª. ed., Livraria Petrony, 1984.

MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI - *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Wolters Kluwer, Coimbra Editora.

OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE - «A Acção Popular e a Protecção do Investidor», in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 2001, n.º 11.

OTERO, PAULO - «A Acção Popular: configuração e valor no actual Direito português», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, Dezembro de 1999, pp. 871-893.

PALADIN, LIVIO - «Azione Popolare», in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, p. 88.

PINTO, ELIANA - «Os municípios titulares da acção popular», in *Direito Administrativo das Autarquias Locais, Estudos*, PINTO, ELIANA; et al., Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 291-322.

ROBIN DE ANDRADE, JOSÉ - *A Acção Popular no Direito Administrativo Português*, Coimbra, 1967.

SANTOS BOTELHO, JOSÉ MANUEL DOS - *Contencioso Administrativo*, 3ª ed., Almedina, 2000.

SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL - *Direito do Contencioso Administrativo*, Lex, Lisboa, 2005.

SILVA PAIXÃO, J. DA; ARAGÃO SEIA, J.; FERNANDES CADILHA, C.A. - *Código Administrativo atualizado e anotado*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 1989.

SOTTO MAIOR, MARIANA - «O Direito de Acção Popular na CRP», in *Documentação e Direito Comparado*, 1998, pp.239 e ss..

TEIXEIRA DE SOUSA, MIGUEL - *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS - *A Justiça Administrativa (Lições)*, 7ª. ed., Almedina, Coimbra, 2005.

ZAVASCKI, TEORI ALBINO - «Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais», in *Direito Processual...*, GRINOVER, ADA PELLEGRINI; et al., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 32-38.

A AUTORA

Joana Roque Lino é Advogada e Agente de Execução

1. EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL

» 1997 | Advogada.

Atuação nas áreas do Direito Administrativo, nomeadamente, Autárquico, Saúde, Farmacêutico, Aeroportuário, Urbanismo, Turismo e Restauração, Direito Cível, Direitos Reais, Contratos, bem como no Contencioso e Julgados de Paz. Atuação nas áreas do Direito Societário, Insolvência e Recuperação de Empresas, Processo Tributário, Laboral e Segurança Social. Na vertente mais tradicional, presta serviços relacionados com Direito Penal e Processo Penal, Processo Contraordenacional, Direito da Família, Menores, Sucessões e Arrendamento

» 2011 | Agente de Execução.

Tramitação de processos executivos, citações, notificações e notificações judiciais avulsas.

» 2011 | Jurista do grupo de revisão do Plano Director Municipal da Lourinhã

2. FORMAÇÃO ACADÉMICA E PROFISSIONAL

» 2011 | Doutoranda em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

2010-2012 | Mestrado em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Classificação final – 15 valores

2006-2007 | Pós-graduação em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Classificação final – 15 valores.

2002-2003 | Pós-graduação em Direito Público sobre o Novo Contencioso Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Católica. Classificação final – 15 valores.

1998 | DECO - Formação profissional sobre Direitos dos Consumidores (250 horas)

1996-1997 | Pós-graduação em Ciências Político-Administrativas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Classificação final – 14 valores

1995 | Licenciatura pela faculdade de direito da Universidade de Lisboa. Média de curso – 13 valores

3. APTIDÕES E COMPETÊNCIAS TÉCNICAS

Realização de traduções jurídicas do inglês, francês e espanhol para o português.

4. COMUNICAÇÕES E PUBLICAÇÕES

– Elaboração de artigos jurídicos em publicações periódicas 2006-2010

– Publicação de artigo no sítio da Internet da Wolters Kluwer, intitulado “A condenação da Administração à não emissão de um ato administrativo quando seja provável a emissão de um ato lesivo e a ação administrativa especial”, elaborado com base no trabalho final apresentado na pós-graduação de contencioso administrativo (2003).

– Publicação de livro com minutas de contratos civis, da coleção jusformulários, editado pela Wolters Kluwer e pela Coimbra Editora (Julho 2009), com 2ª edição em Dezembro de 2012.

5. PARTICIPAÇÕES EM CONGRESSOS E SEMINÁRIOS

– Participação em mini mba, no IRR, sobre energias renováveis, em Janeiro de 2009.

– Participação nas primeiras jornadas da qualidade farmacêutica, em Setembro de 2009.

6. OUTRAS INDICAÇÕES

– Formadora titular de CAP

– Formação em ações relacionadas com diversas matérias na ANA, Aeroportos de Portugal, S.A.

– Membro da Ordem dos Advogados – desde 1997 (advogada); 1996-1997 (advogada estagiária).



O DIREITO À MENTIRA DA TRABALHADORA GRÁVIDA

MARLENE ALEXANDRA FERREIRA MENDES

Docente no Departamento de Ciências Empresariais do Instituto Politécnico de Beja

Doutoranda em Direito

RESUMO:

O presente trabalho sobre o direito à mentira da trabalhadora grávida é composto por duas partes. Numa primeira parte expõem-se as perspectivas moral, teológica, ético-filosófica e política sobre a mentira com o objectivo de definir em que consiste a/uma mentira. Daqui resulta que se por um lado se reconhece a onipresença da mentira na sociedade por outro lado a mentira é sempre objecto de reprovação.

Sendo a mentira reprovada em qualquer uma das vertentes supra identificadas, terá também de o ser no Direito enquanto ciência social. No entanto, é também ao Direito que cabe assegurar a defesa dos direitos dos cidadãos. Defesa essa que poderá passar pelo silêncio, pela omissão ou pela declaração de factos que constituam uma mentira.

Nesta perspectiva, como deverá reagir a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante que, numa entrevista de emprego ou perante a possibilidade de renovação de um contrato de trabalho a termo, se vê confrontada com a questão que lhe é colocada pelo empregador (ou futuro empregador) em relação ao seu estado de gravidez? Ou, mesmo que nada lhe tenha sido perguntado, essa mulher declare por iniciativa própria não estar grávida e/ou não pretender engravidar. Será a mentira admissível nesta situação?

No seio do Direito do Trabalho – enquanto ramo do direito regulador do contrato de trabalho, cujo *nomos* identificativo consiste na subordinação jurídica – a procura das respostas às questões supra colocadas é realizada, numa primeira fase, através da ponderação dos deveres e dos direitos que contratual e legalmente são atribuídos às partes, quer pelo Código do Trabalho Português quer pela Constituição da República Portuguesa. E, numa segunda fase através do recurso à comparação com a posição processual do arguido em Direito Penal e em Direito Processual Penal.

Conclui-se que, não obstante a reprovação –moral, teológica, ético-filosófica, política e *grosso modo* jurídica – que sempre deve recair sobre a/uma mentira, admite-se que, em determinadas circunstâncias, a/uma mentira não produza quaisquer efeitos jurídicos, particularmente se essa mentira for o meio através do qual se tutelam e/ou protegem efectivamente direitos legal e constitucionalmente consagrados.

O DIREITO À MENTIRA DA TRABALHADORA GRÁVIDA

MARLENE ALEXANDRA FERREIRA MENDES

Docente no Departamento de Ciências Empresariais do Instituto Politécnico de Beja
Doutoranda em Direito

1. Introdução

*Menti? Não, compreendi.
Que a mentira, salvo a que é infantil e
espontânea e nasce da vontade de estar a sonhar, é
tão-somente a noção da existência real dos outros e
da necessidade de conformar a essa existência a
nossa, que se não pode conformar a ela.*

FERNANDO PESSOA

A mentira, quer queiramos quer não, assume um lugar importante na vida humana e na cultura contemporânea. KOYRÉ, filósofo do século XX, afirmou que, apesar de nunca se ter mentido tanto quanto em nossos dias e de forma descarada, sistemática e constante, é incontestável que o homem sempre mentiu a si mesmo e aos outros e que o homem moderno está mergulhado na mentira, respira a mentira e está submetido à mentira em todos os instantes da sua vida ¹. Também OSCAR WILDE, no seu ensaio “O declínio da mentira”, afirma, com a extrema ironia e cinismo que lhe eram peculiares, o lugar proeminente da mentira na sociedade vitoriana (“O que devemos cumprir, o que em todo caso constitui o nosso dever, é renovar esta velha arte da

mentira. (...) Mentir pelo aperfeiçoamento da mocidade é a base de uma educação na família inglesa; (...) Há o jeito de mentir para o qual todas as boas mães sentem particulares disposições, mas que ainda pode ser incrementado e mais cultivado na escola.”)².

Se atentarmos bem, a própria natureza é pródiga em mentiras ou enganos, desde a planta carnívora que se disfarça para melhor poder atrair a si as suas vítimas ou a relativa invisibilidade da teia da aranha para que os insectos voadores a não vejam e nela fiquem presos, até aos diversos tipos de camuflagens com que presas e predadores se dotam para poder melhor iludir o seu adversário, nessa luta directa e diária que é a luta pela sobrevivência e pela autopreservação, sempre tendo como pano de fundo o “objectivo darwiniano” de conseguir, com maior probabilidade, transmitir os seus genes para as gerações futuras. Não deixa contudo de ser espantoso o grau de sofisticação a que alguns seres vivos conseguiram chegar não só nas máscaras que disfarçam (por exemplo os camaleões que mudam de cor ou as orquídeas que simulam tão bem a forma e o cheiro das fêmeas de insectos que conseguem que os insectos-machos tenham um contacto próximo com os órgãos reprodutores das

¹ KOYRÉ, Alexandre. *Reflexões Sobre a Mentira*. Lisboa, Frenesi, 1996.

² WILDE, Óscar. *O Declínio da Mentira*. Lisboa, Passagens, 1991.

plantas, conseguindo assim o transporte de pólen para os órgãos reprodutores de outra planta) mas também nos gestos que ludibriam (por exemplo, nalgumas variedades de mosca doméstica o macho corteja a fêmea oferecendo-lhe alguma comida e enquanto esta se alimenta o macho acasala com ela. O engano acontece quando surge um outro macho que *travestidamente* faz a mímica da fêmea e que recebe a oferta para logo de seguida fugir do acasalamento).

No caso das camuflagens o engano deriva de uma ilusão negativa, ou seja, de induzir o outro organismo a não perceber o que lá está. Nos últimos exemplos o engano deriva de uma ilusão positiva (a que também poderíamos chamar de desinformação), ou seja, de induzir o outro organismo a perceber algo que, de facto, não está lá.

Certamente que parece inquestionável o direito à sobrevivência, quer no mundo animal quer no mundo humano, mas a situação torna-se muito mais complexa quando pensamos se deve existir ou não uma forma ética ou moral de se sobreviver (e de transmitir os genes) ou se a sobrevivência é um bem que se deve procurar a qualquer custo. Embora nos textos sagrados seja sugerido que a verdade se deve sempre sobrepor (“Fala a verdade, mesmo que ela esteja contra ti.”³), a realidade humana é bem diferente e a relação do conceito de necessidade de sobrevivência com a admissibilidade do engano ou da mentira é assim imediatamente evidente, no sentido de se discutir se há ou não um possível direito a mentir, se isso for necessário à sobrevivência do indivíduo.

Para vários pensadores, é inquestionável que a mentira é algo extraordinariamente negativo, que é sempre prejudicial ou para o indivíduo ou para a sociedade (“Efectivamente ela (a mentira), ao inutilizar a fonte do direito, prejudica sempre outrem, mesmo se não é um homem determinado

mas a humanidade em geral”⁴), e que deve ser evitada a todo o custo. No entanto, muitos outros autores reconhecem que a mentira faz habitualmente parte da existência e do quotidiano humano e que, longe de ser considerada uma conduta anti-social, a mentira ou pelo menos algumas formas de mentira, pode ser vista como uma forma de adaptação ou de relação social aprendida desde a infância.

Para alguns filósofos clássicos e modernos (desde PLATÃO em *A República*⁵ a NIETZSCHE no seu livro *Verdade e Mentira no sentido extramoral*⁶) o nosso mundo é tão falso, contraditório, enganador, ilusório e insensível, que a mentira é vista como parte da essência humana e elemento necessário para a sobrevivência. E, para essa mesma sobrevivência, pode ser até necessária uma capacidade de auto-ilusão ou, em última análise, de se mentir a si próprio. Para NIETZSCHE, o intelecto é um órgão fingidor que opera ocultando o fundo trágico da existência, o intelecto ilude, dissimula e forja imagens luminosas, tudo para lançar um véu sobre esse fundo trágico e assim continuar a viver.

A respeito de uma “necessidade” da mentira, é atribuída ao francês ANATOLE FRANCE, Nobel da Literatura em 1921, a seguinte afirmação: “Gosto da verdade. Acredito que a humanidade precisa dela; mas precisa ainda mais da mentira que a lisonjeia, a consola, lhe dá esperanças infinitas. Sem a mentira, a humanidade pereceria de desespero e de tédio”.

Adicionalmente às questões da existência disseminada da mentira e da sua eventual necessidade à vivência humana, muitos pensadores têm questionado também as próprias noções

⁴ KANT, Immanuel. “Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade” in *Paz Perpétua e outros Opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 1989. Também disponível em www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf (consultado em 15/03/2010).

⁵ PLATÃO. *A República*. Lisboa, Edições 70, 1997.

⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Acerca da verdade e da mentira*. Lisboa, Relógio D’Água, 2000.

³ Alcorão

apriorísticas sobre a verdade e a mentira, tornando-se por vezes difícil determinar precisamente onde começa uma e termina a outra. WITTGENSTEIN⁷ caracteriza nas suas *Investigações Filosóficas* a mentira como um “jogo de linguagem”, com regras e que deve ser aprendido como qualquer outra matéria. NIETZSCHE avança com a ideia que “(...) a verdade e a mentira são construções que decorrem da vida no rebanho e da linguagem que lhe corresponde. O homem do rebanho chama de verdade aquilo que o conserva no rebanho e chama de mentira aquilo que o ameaça ou exclui do rebanho. (...) Portanto, em primeiro lugar, a verdade é a verdade do rebanho”⁸. E o homem que, tal como no mito da caverna de PLATÃO⁹, consegue sair e ver a verdade, quando retorna à caverna é ridicularizado e maltratado pelos seus concidadãos pois essa pretensa verdade não é a verdade do rebanho (ou nesse momento ainda não é a verdade do rebanho) e, portanto, é mentira. Também neste conceito de que a temporalidade poderá fazer a diferença entre o que é hoje considerado uma mentira mas que amanhã poderá já ser considerado uma verdade, de acordo com a afirmação atribuída a SCHOPPENHAUER segundo a qual este filósofo alemão do século XIX defende que a verdade atravessa três fases: na primeira ela é ridicularizada, na segunda contrariada e na terceira é finalmente aceite como verdade. Ou, como o poeta brasileiro MÁRIO QUINTANA escreveu, “a mentira é uma verdade que se esqueceu de acontecer”.

Independentemente das considerações acima expostas, a mentira e a questão da sua admissibilidade ou inadmissibilidade levanta inúmeras dúvidas em várias áreas do Direito, ciência social por excelência que reflecte nas suas

normas os valores e princípios inerentes à vida humana e à vida em sociedade.

E estas dúvidas existem também porque, de uma forma geral, a mentira nunca é analisada *per se*, isoladamente, encontrando-se sempre em confronto com outros direitos, alguns deles direitos fundamentais dos cidadãos. Porque se analisarmos a mentira isoladamente, descontextualizada, serão poucos os que não lhe atribuirão um carácter eminentemente negativo. Mas tomemos o exemplo do tema deste trabalho: a mulher grávida e candidata ao primeiro emprego que crê, face aos circunstancialismos do mercado de trabalho, que se for sabido que ela está grávida ninguém lhe dará a possibilidade de trabalhar e, nessa situação, a sua capacidade de sobrevivência e a do seu filho estará posta em causa. Quando questionada sobre se está grávida tem de responder? E se responder tem de o fazer com verdade? Um outro exemplo destes dilemas ético-morais é o exemplo clássico da guardida a fugitivos perseguidos injustamente (por exemplo os judeus na Alemanha nazi). Se, nesse caso, os perseguidores vierem perguntar pelos perseguidos, o que lhes dá guardida tem de responder? E se responder tem de o fazer com verdade, incriminando-se e provavelmente sentenciando os inocentes à morte? Ou seria mais defensável, do ponto de vista ético-moral, a hipótese cínica de nem sequer lhes dar guardida para depois não ter de mentir, mas desrespeitando dessa forma princípios de compaixão e de auxílio a indefesos, tidos como muito importantes em todas as sociedades e religiões? E haverá diferença entre mentiras e não-verdades, haverá mentiras melhores, mais justificadas, do que outras?

Decorre do exposto que teremos que começar por nos questionar sobre o que é, de facto, uma mentira e para isso iremos iniciar este trabalho não só com uma reflexão sobre a definição de mentira, mas também com uma reflexão sumária sobre algumas das vastíssimas questões morais que lhe estão conexas. Só depois iremos tentar abordar a questão do direito à mentira, nomeadamente do

⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações Filosóficas*, 2ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Acerca da verdade e da mentira*, cit.

⁹ PLATÃO. *A República*. Lisboa, Edições 70, 1997.

direito à mentira da trabalhadora grávida, perspectivando-o também em comparação com o direito ao silêncio (e eventual direito à mentira) do arguido em processo penal.

2. A mentira: definição e a questão moral

*Dizem que finjo ou minto
Tudo o que escrevo. Não.
Eu simplesmente sinto
Com a imaginação.*
FERNANDO PESSOA

*Ai quem me dera uma feliz mentira
que fosse uma verdade para mim!*
JÚLIO DANTAS

*Tu julgas que eu não sei que tu me mentes
Quando o teu doce olhar pousa no meu?
Pois julgas que eu não sei o que tu sentes?
Qual a imagem que alberga o peito meu?
Ai, se o sei, meu amor! Em bem distingo
O bom sonho da feroz realidade...
Não palpita d'amor, um coração
Que anda vogando em ondas de saudade!
Embora mintas bem, não te acredito;
Perpassa nos teus olhos desleais
O gelo do teu peito de granito...
Mas finjo-me enganada, meu encanto,
Que um engano feliz vale bem mais
Que um desengano que nos custa tanto!*
FLORBELA ESPANCA

2.1. Definição

*O inverso da verdade tem dez mil formas e um
campo ilimitado.*
MONTAIGNE

Em termos de definição, e segundo o dicionário da língua portuguesa da Porto Editora, podemos considerar mentira como um “engano propositado” ou “afirmação contrária à verdade, com a intenção de enganar”, ou seja, afirmar como verdadeiro o que se sabe ser falso, ou negar o que se sabe ser verdade. Num mesmo sentido vai o Webster's Dictionary ao defini-la como “*A falsehood uttered*

or acted for the purpose of deception; an intentional violation of truth; an untruth spoken with the intention to deceive”. No entanto, ambos os dicionários também utilizam outros termos definidores, relacionados mas não obrigatoriamente com o mesmo sentido da anterior definição, como sejam no caso português “embuste; erro; ilusão” e, no caso inglês, “*a fiction; a fable; an untruth*”, sinónimos estes que não contêm obrigatoriamente o elemento volitivo da intenção de enganar que domina claramente a primeira definição apresentada. Estas diferenças, intuitiva e imediatamente perceptíveis e de certa forma reflectidas nos conceitos de mentira apresentados no excerto de um poema de FERNANDO PESSOA¹⁰, fazem-nos claramente perceber a necessidade de analisar em maior detalhe essa definição, que provém muito do pensamento de SANTO AGOSTINHO que remonta aos séculos IV-V d.C..

Nas suas obras *De Mendacio* e *Contra Mendacium*¹¹ defende que “ninguém duvida que seja uma mentira, quando uma pessoa alega propositadamente uma falsidade com o propósito de enganar: pois uma alegação falsa defendida com o propósito de enganar é, manifestadamente, uma mentira”. E, de forma análoga, classifica como mentiroso “todo aquele que tem uma coisa na sua mente, mas expressa algo diferente por suas palavras ou por qualquer outro sinal possível”. Para este Doutor da Igreja, mentir não é simplesmente dizer uma inverdade mas sim negar o próprio Deus.

Com essa sua clássica definição de mentira, SANTO AGOSTINHO deixa claro logo de início, não somente o que é, mas também o que não é mentira: dizer algo que se achou verdadeiro,

¹⁰ PESSOA, Fernando. *Cancioneiro*. Disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/texto/pe000006.pdf. (consultado em 20/05/2010).

¹¹ SANTO AGOSTINHO. *De Mendacio e Contra Mendacium*. Citado no livro de SCHAFF, Philip. *On the Holy Trinity; Doctrinal Treatises; Moral Treatises*. Grand Rapids: Christian Classics Ethereal Library. Disponível em <http://www.ccel.org/ccel/schaff/npnf103.pdf> (consultado em 17/06/2010).

estando “sinceramente enganado”, ou dizer uma verdade que prejudique alguém, por mais grave que seja este prejuízo e por pior que seja o pecado efetivamente cometido contra o outro, não constitui de facto uma mentira. Pelo contrário, é mentiroso todo aquele que mente para aparentemente atingir um bem. A mentira será sempre corruptora e escravizante, enquanto só a verdade pode libertar: não é certamente por acaso que SANTO AGOSTINHO repete várias vezes nas suas obras o dito bíblico de que “a boca que mente escraviza a alma”. Adicionalmente, é elaborada por este autor uma teorização sobre os diversos tipos de mentira a que, embora sucintamente, regressaremos mais tarde.

Contudo, a definição de mentira acima indicada (“afirmação contrária à verdade, com a intenção de enganar”), embora pareça clara, coloca alguns problemas. Por exemplo, uma pessoa que faz uma declaração que acredita ser verdadeira mas com intenção de enganar a outra pessoa estará ou não a mentir se, sem que ele o saiba, a declaração afinal for falsa. Neste caso, se A disser a B que não vai haver reunião da Direcção na 5ª feira (o que A julga ser verdade) com a intenção de levar B a crer que já não irá haver reunião de Direcção nessa semana (o que A julga ser falso pois julga ir haver reunião na 4ª feira), então A estará a mentir a B só se A estiver enganado e se, de facto, houver uma reunião na 5ª feira. Mas será que pode estar a mentir se se estiver enganado? Um outro exemplo poderá ser o de dois conspiradores que, sem qualquer desejo de se enganarem um ao outro, fazem mutuamente falsas declarações que ambos sabem que são falsas mas cuja intenção é enganar bisbilhoteiros, pessoas que eventualmente possam estar a escutar sem se mostrarem. Estarão estas duas pessoas a mentir?

De facto, ambos os casos são controversos e não é claro que os devamos considerar a ambos como mentiras.

Assim, surge uma outra definição de mentira, proposta por WILLIAMS em 2002, que, para ultrapassar estes problemas, postula que a mentira é “uma asserção cujo conteúdo o emissor acredita ser falso e que é feita com o intuito de enganar o ouvinte em relação a esse conteúdo”¹² ou, por outras palavras, mentir é fazer uma afirmação que se acredita falsa a uma determinada audiência com o intuito de enganar essa audiência sobre o conteúdo dessa afirmação. Nesta definição há pelo menos quatro condições necessárias para se poder considerar uma mentira:

- 1- Mentir requer que a pessoa que mente faça uma declaração ou afirmação: condição da declaração (*statement condition*);
- 2- Mentir requer que a pessoa que mente acredite que a declaração é falsa: condição da falsidade (*untruthfulness condition*);
- 3- Mentir requer que a falsa declaração seja feita ou endereçada a uma outra pessoa: condição do endereçamento (*addressee condition*);
- 4- Mentir requer que a pessoa que mente tenha a intenção de fazer outra pessoa acreditar que a falsa declaração é verdadeira: condição da intenção de enganar o destinatário (*intention to deceive addressee condition*).

Iremos, de seguida, tentar analisar, um pouco mais em pormenor, cada uma destas quatro condições desta definição e algumas das objecções que lhe são colocadas.

A **condição da declaração** requer que a pessoa que mente efectue uma declaração. Pode considerar-se que uma pessoa faz uma declaração quando a pessoa acredita que há a expressão de uma proposição que se destina a ser compreendida por outra pessoa, sendo que essa expressão pode

¹² WILLIAMS, B. *Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy*. Princeton, Princeton University Press, 2002.

assumir a forma de linguagem oral ou escrita ou ser efectuada através de sinalética convencionalmente compreensível. Assim, é perfeitamente possível efectuar uma declaração (e portanto mentir) através de linguagem gestual, de código Morse, de sinais de fumo ou até através de gestos corporais cujos significados estão perfeitamente bem convencionados (por exemplo dizer não ou sim com a cabeça). No entanto, já não existirá uma proposição declarativa quando, por exemplo, a pessoa use uma aliança sem ser casada ou um uniforme sem ser militar. E, por esse motivo, ainda que essa utilização seja feita com o objectivo de enganar outras pessoas, essa atitude não poderá ser considerada uma mentira. Ainda dentro deste conceito, e considerando a necessidade de uma declaração, uma pessoa não pode mentir por omissão. No entanto, se o silêncio for um sinal, previamente combinado e com um determinado significado, então o permanecer em silêncio pode ser equivalente a uma declaração e, por isso, pode constituir uma mentira, embora nunca seja considerada uma mentira por omissão.

Como objecção a esta condição tem sido referido por outros autores que qualquer forma de comportamento que faça os outros acreditar em falsidades ou que prive os outros da verdade pode constituir uma mentira, mesmo que se trate só de omitir informação sem fazer qualquer afirmação que seja falsa.

A **condição da falsidade** requer que a pessoa que mente faça uma declaração que acredite ser falsa. Mas deve notar-se que, neste ponto, a condição é o emissor acreditar ser falso o que declara, não sendo relevante se a declaração é, de facto, falsa ou verdadeira. Ou seja, de acordo com esta condição, uma pessoa pode mentir mesmo que depois se venha a verificar que o que disse era verdade se, no momento da declaração, o emissor estiver convencido da falsidade da sua declaração. É o que ocorre na situação narrada num conto de

SARTRE¹³, em que a acção decorre durante a Guerra Civil Espanhola, no qual um prisioneiro condenado à morte pelos fascistas (Pablo Ibbieta) é interrogado sobre o paradeiro do seu camarada (Ramón Gris). Pablo Ibbieta, convencido que Gris se escondia com os seus primos afirma que Gris se encontra escondido no cemitério, com a intenção de que os seus captores acreditassem nele e fossem procurar Gris a um local onde ele não se encontraria. Contudo, por ironia do destino, vem a verificar-se que a afirmação afinal é verdade: Gris é preso no cemitério e Ibbieta colocado em liberdade. Segundo esta definição de mentira que estamos a analisar, Ibbieta mentiu, embora a declaração falsa que ele emitiu afinal se tenha vindo a revelar verdadeira. De forma análoga, uma pessoa pode não estar a mentir mesmo quando faz uma declaração que se vem a provar falsa, desde que, no momento da declaração, o emissor estiver convencido, ainda que erroneamente, da verdade do que declara e pretender convencer a outra pessoa dessa mesma verdade. Se A declara a B que “o inimigo tem armas de destruição maciça”, com a intenção de que B acredite nessa afirmação, então A só estará a mentir se acreditar que essa declaração é falsa; A não estará a mentir se acreditar que essa declaração não é falsa.

Assim, de acordo com esta condição, se a pessoa que faz a declaração não acredita que a mesma seja falsa então não estará a mentir, mesmo que ela faça essa declaração com intenção de enganar outra pessoa. Consideremos duas pessoas que se encontram num comboio que sai de Moscovo e que A pergunta a B para onde é que ela vai. B responde que vai para Pinsk, ao que A responde:

–“Estás a mentir. Tu queres-me enganar e fazer crer que vais para Pinsk quando eu sei muito bem que vais para Minsk”. Neste caso, mesmo que seja verdade a intenção de enganar, atribuída a B por A,

¹³ SARTRE, Jean-Paul. *O muro*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1974.

não se pode considerar que B esteja a mentir pois B acredita que a declaração que fez é plenamente verdadeira.

Finalmente, uma última implicação desta condição da falsidade é que uma pessoa não está a mentir quando fizer uma declaração que ela saiba que nem é falsa nem é verdadeira. Por exemplo, se uma pedinte que traz ao colo uma criança de uma vizinha ao pedir dinheiro disser “O meu filho tem fome” e acreditar que essa afirmação não é verdadeira nem falsa porque a pedinte não tem filhos, então ela, de facto, não estará a mentir, ainda que esteja a tentar enganar o seu possível benemérito. A propósito desta situação tem sido contra-argumentado que não deve ser considerado necessário que o emissor saiba que a declaração é falsa, sendo provavelmente suficiente para se considerar a condição da falsidade que o emissor acredite que a declaração seja provavelmente falsa ou que não acredite que a declaração seja verdadeira.

Como objecção a esta condição da falsidade, tem sido referido por alguns autores que a falsidade não é necessária para mentir, que basta a intenção de enganar para que se possa considerar essa afirmação como uma mentira, incluindo uma afirmação que é julgada verdadeira mas que é proferida com intenção de enganar. Por exemplo, duas pessoas estão na plataforma de um comboio da linha Lisboa-Porto e A, que afirma querer ir para o Porto, pergunta a B se este sabe para onde se dirige o comboio que está a chegar à plataforma. Se B afirmar que “o comboio vai para Coimbra”, ainda que saiba que o comboio vai para o Porto, passando e parando em Coimbra, B estará a mentir pois pretende enganar A e, embora esteja a dizer uma afirmação que crê verdadeira, está implicitamente a afirmar que o comboio irá ter como destino final Coimbra e não o Porto, o que, se assim fosse dito, constituiria uma afirmação falsa. Donde decorre que, e ligando com o que se referiu anteriormente, a declaração que intencionalmente omite partes da informação, que

são consideradas pelo emissor como essenciais para o receptor formar o seu juízo, deverá ser considerada uma mentira. O mesmo se aplica ao criminoso que, questionado sobre quem são os seus outros cúmplices, identifica apenas dois dos três cúmplices efectivos. Assim, a declaração que voluntariamente omite dados que o emissor sabe fundamentais para o receptor deverá ser considerada uma mentira, pois tem como objectivo enganar o receptor ou induzi-lo em erro. Nesta mesma direcção vai o aforisma popular que diz: “Com a verdade me enganas”.

A **condição do endereçamento** requer que a pessoa que mente faça uma declaração para outrem. De acordo com esta condição não é possível mentir se não se está a falar para ninguém ou mentir para alguém que esteja à escuta, sem que o emissor tenha disso conhecimento. Se A simula estar a falar ao telefone e afirma ter a certeza que as acções da companhia XPTO irão ter uma valorização rápida nos próximos dias, com o objectivo de enganar quem quer que seja que esteja a escutar a conversa sem autorização de A, então A não estará a mentir. Nesta situação, tal como na dos dois conspiradores acima referida que, sem qualquer desejo de se enganarem um ao outro, fazem mutuamente falsas declarações que ambos sabem que são falsas mas cuja intenção é enganar bisbilhoteiros, não se pode considerar que exista, de facto, uma mentira pois não se encontra cumprida esta condição do endereçamento.

No entanto, é possível mentir a uma audiência num congresso, mentir por afirmação efectuada num *e-mail* e enviada para uma lista, mais ou menos extensa, de endereços, mentir através de um relatório falso, de uma falsa declaração de impostos ou mentir através de declarações falsas prestadas num anúncio publicitário. Todas estas últimas formas têm um ou mais destinatários, enquanto os dois exemplos acima não comportam

a certeza da existência de um qualquer destinatário.

Contra esta condição do endereçamento tem sido argumentado que a emissão de uma declaração falsa deve ser suficiente para se considerar tal declaração como uma mentira, independentemente de essa declaração não ser feita para ninguém, propondo-se que se pode mentir quando se faz uma declaração falsa a um animal ou a uma máquina ou mesmo a um ladrão imaginário. A base de algumas destas objecções também se prende com a possibilidade, inerente e que não pode ser excluída totalmente, de que poderá sempre haver alguém que esteja a escutar e, portanto, poder haver um destinatário/receptor da afirmação, ainda que não totalmente intencional.

Um outro argumento contra a condição do endereçamento prende-se com o conceito de mentir a si próprio. Segundo esta condição, não será possível uma pessoa mentir a si própria. No entanto, a pessoa pode emitir uma declaração falsa enquanto está a “falar sozinho” com a expectativa de que alguém, não intencionalmente, venha a receber essa mensagem falsa e, por ela, seja enganada. Nessas circunstâncias, e particularmente se a emissão dessa declaração, pelo próprio e para o próprio, for efectuada repetidamente, com o objectivo consciente de, em alguma dessas vezes, poder ser recebida não intencionalmente por outrem, poderemos estar perante um acto de mentir.

Adicionalmente, a pessoa pode mentir a si própria para tentar alterar as suas crenças ou para se convencer de que é verdadeiro algo que sabe ser falso, no que alguns autores designam por auto-sugestão ou auto-engano. Aliás, como GIANETTI afirma, “Mentimos para nós o tempo todo: adiantamos o despertador para não perder a hora, acreditamos nas juras de amor eterno que fazemos e recebemos da pessoa amada, só levamos realmente a sério os argumentos que sustentam nossas crenças. Além disso, temos a nosso respeito

uma opinião que quase nunca coincide com a extensão dos nossos defeitos e qualidades. Sem o auto-engano a vida seria excessivamente dolorosa e desprovida de encanto”¹⁴.

Finalmente, a última condição, a **condição da intenção de enganar o destinatário** requer que a pessoa que mente (emissor) faça uma declaração que julga ser falsa mas com a intenção de que a outra pessoa (receptor) acredite que essa declaração é verdadeira. Desta forma, a escrita ficcionada, as metáforas ou a ironia não constituem mentiras pois não têm o objectivo de levar o receptor a acreditar que essas afirmações são verdadeiras. Na mesma linha de raciocínio, não é possível mentir a animais irracionais, a crianças pequenas ou a adultos sem capacidade de entendimento porque estes não possuem, em princípio, capacidade para entender a declaração e, portanto, não pode haver a intenção de que o receptor acredite que a declaração é verdadeira se o receptor não tem qualquer capacidade de entendimento. À semelhança do exposto em alguns dos pontos anteriores, também se a intenção de enganar não se dirigir directamente ao destinatário ou receptor, e sim a terceiros que possam estar a escutar, não se poderá considerar que exista mentira.

Também não existirá mentira se o emissor fizer uma declaração falsa mas sem ter a intenção de que o receptor acredite na veracidade dessa declaração. Por exemplo, se alguém telefona para A para falar com uma outra pessoa da casa, que nesse momento está na casa de banho, a declaração de A de que essa pessoa nesse momento não está é socialmente compreendida como uma indicação de que esse não é um momento apropriado para estabelecimento desse contacto e não propriamente como uma indicação de que essa pessoa está ausente dessa casa. Se

¹⁴ GIANETTI, Eduardo. *Auto-engano*. Disponível em www.fgospel.com.br/portal/img/bd/536.pdf (consultado em 20/06/2010).

assim for, então A não estará a mentir. Contudo A estará a mentir se, por exemplo, pretender de facto fazer crer ao receptor da mensagem que essa pessoa não se encontra nesse local (o que seria lógico se se tratasse de alguém que queria prender ou matar essa pessoa). Expressões como “agora não posso” ou “não tenho tempo” são também exemplos de declarações frequentemente não verídicas mas que, não pretendendo de facto enganar ninguém, são socialmente mais aceitáveis do que a afirmação verdadeira “não quero”.

Já um exemplo em que existe intenção de enganar poderá ser o de um chefe do crime organizado que, julgando que um seu empregado é na realidade um informador da polícia, lhe afirma que tem a certeza que na organização não existe nenhum informador. Embora esta afirmação seja reconhecidamente falsa, segundo a óptica do chefe criminoso, e tenha o óbvio propósito de enganar o pretenso informador, mantendo-o descansado e menos alerta, não poderemos dizer, à luz da definição supra-enunciada, que se trate de uma mentira já que o emissor (chefe criminoso) crê que o receptor (empregado/informador) saberá que essa informação é não verdadeira já que o próprio receptor é um informador dentro da organização. Neste caso, pode considerar-se que não existe mentira porque não há a intenção que o receptor acredite na veracidade dessa declaração; a intenção de tal afirmação é que o receptor acredite que o emissor (chefe criminoso) julga de facto não existirem informadores na organização.

Ainda, de acordo com esta condição da intenção de enganar o destinatário, é suficiente que o emissor pretenda que o receptor acredite na veracidade da sua declaração falsa; contudo não é necessário que o receptor acredite, de facto, na veracidade dessa declaração. Assim, uma mentira pode não ser acreditada e, nem por isso, deixar de ser uma mentira. Ou, dito de outra forma, o acto de mentir não depende de qualquer resultado que se possa produzir no receptor, depende apenas de características do emissor.

Por último, esta condição permite também estabelecer uma diferenciação entre mentira e perjúrio, na qual a mentira não é condição nem necessária nem suficiente para perjúrio. Assim, se alguém sob juramento afirmar algo que sabe ser falso mas sem intenção que ninguém acredite que tal falsidade é verídica então estará a cometer perjúrio mas não estará a mentir. Por exemplo, se uma testemunha diz, em tribunal, que é o filho de Buda sabendo que isso não é verdade, estará a cometer perjúrio mas não estará a mentir pois não estará à espera que ninguém acredite nessa sua afirmação e, portanto, não estará cumprida a condição da intenção de enganar o destinatário relativamente ao conteúdo dessa afirmação. Por outro lado, se alguém sob juramento afirmar algo que sabe ser falso e com intenção de enganar (à semelhança do sucedido no acima indicado conto de SARTRE) mas que, afinal, se vem a revelar verdade, essa pessoa não terá cometido perjúrio mas terá mentido.

No entanto, tem-se objectado a esta condição da intenção de enganar o destinatário que, no caso supra-enunciado do informador da organização criminosa, bastará que o emissor queira enganar o receptor para se considerar que há uma mentira, independentemente do conteúdo da afirmação. E que, no caso da afirmação falsa que não se pretende que seja acreditada, se essa afirmação for efectuada para se obter um qualquer benefício para o emissor através do engano do receptor, essa afirmação constituirá também uma mentira (por exemplo, a testemunha de um homicídio ao se identificar no tribunal como o filho de Buda, sabendo que o não é, pode pretender fazer crer que o seu testemunho não tem qualquer valor, tentando assim fugir de eventuais represálias por parte do homicida). Apesar de não haver intenção de enganar o destinatário relativamente ao conteúdo dessa afirmação há uma clara intenção de enganar o destinatário relativamente à veracidade atribuível aos outros conteúdos do testemunho.

Com estas várias críticas formuladas, têm sido avançadas outras definições de mentira¹⁵, que não iremos analisar em detalhe neste trabalho, e que procuram colmatar este ou aquele aspecto menos conseguido da definição de WILLIAMS. Embora se lhe reconheça algumas insuficiências, a discussão detalhada dessas insuficiências, bem como das formas de as melhor colmatar, ainda que seja muito interessante, sai fora do âmbito da análise do direito à mentira e, portanto, não será mais explanada.

Contudo, atrever-nos-íamos a propor uma definição de mentira, adaptada livremente da de WILLIAMS e das propostas efectuadas por alguns dos seus críticos. De um modo geral, a definição de mentira que utilizaremos no presente trabalho é a seguinte:

Uma asserção cujo conteúdo o emissor acredita não ser totalmente verdadeiro mas que é feita como se de uma asserção totalmente verdadeira se tratasse, com o intuito de enganar o receptor em relação a esse conteúdo ou em relação a outros conteúdos com ele relacionados.

2.2. A questão moral

A verdade é a essência da moralidade.

T. H. HUXLEY

Na abordagem moral da mentira há que considerar as perspectivas religiosa ou teológica e a ética ou social, traduzida por filósofos, pensadores e escritores. Afloraremos também, ainda que muito superficialmente, a questão da perspectiva política da mentira.

2.2.1. A perspectiva teológica

Ficarão de fora os cães e os feiticeiros, e os que se prostituem, e os homicidas, e os idólatras, e qualquer que ama e comete a mentira.

Apocalipse 22:15

Desde logo, na perspectiva teológica cristã em que o próprio Deus é equiparado à Verdade, a mentira, como contraste da verdade, tem, em si mesma, um carácter demoníaco. Inclusivamente, no Novo Testamento, Jesus chama a Satanás o “pai da mentira” (“Vós tendes por pai ao diabo e quereis satisfazer os desejos de vosso pai. Ele foi homicida desde o princípio, e não se firmou na verdade, porque não há verdade nele. Quando ele profere mentira, fala do que lhe é próprio, porque é mentiroso e pai da mentira.” João 8:44). A questão da mentira encontra-se extensamente tratada (e criticada) no Velho Testamento, desde o nono mandamento que ordena não levantar falso testemunho contra o próximo (também reafirmado por Jesus nos Evangelhos de São Marcos), até várias passagens que recorrentemente afirmam que Deus abomina a mentira e os lábios mentirosos (Provérbios 12:22) e ama os que praticam a verdade. Inclusivamente, é reconhecida aos homens uma certa propensão para a mentira (“Suave é ao homem o pão da mentira, mas, depois, a sua boca se encherá de cascalho”(Provérbios 20:17)) que, contudo, é sempre apresentada com consequências nefastas visando a prevenção de tal comportamento (“O que usa de engano não ficará dentro da minha casa; o que profere mentiras não estará firme perante os meus olhos” Salmos 101:7). Há ainda vários exemplos de mentirosos que, com os seus actos, acabam por trazer sobre si a desgraça e a perda (por exemplo, a mentira de Jacob que se faz passar por Esaú (Livro do Génesis 27) ou a mentira de Ananias e Saphira quanto ao valor de venda de uma propriedade (Actos dos Apóstolos,

¹⁵ STANDFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. *The definition of lying and deception.* disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/lying-definition/> (consultado em 14/04/2010).

5), que lhes causa a morte) e no livro do Êxodo (23:7) está presente, com força, a exortação às pessoas para que estas se afastem da palavra mentirosa (“De palavras de falsidade te afastarás, e não matarás o inocente e o justo; porque não justificarei o ímpio”).

Em livros sagrados de religiões monoteístas não cristãs também a mentira é fortemente criticada e vista claramente como um acto contrário a Deus e que deve ser absolutamente evitado:

- no **Talmude**, a religião judaica considera a mentira o pior dos roubos (“Existem sete classes de ladrões e a primeira é daqueles que roubam a mente de seus semelhantes através de palavras mentirosas”) afirmando-se adicionalmente que “Deus odeia a pessoa que fala uma coisa com a boca e outra com o coração”;

- no **Alcorão** a mentira é inúmeras vezes criticada, por exemplo sendo dito “Que pereçam os inventores de mentiras! Que estão descuidados, submersos na confusão! Perguntam: Quando chegará o Dia do Juízo? (Será) o dia em que serão testados no fogo!”.

Mas voltando à **Bíblia**, e apesar de nunca aí ser afirmado que seja possível haver circunstâncias em que a mentira seja admissível nem que haja qualquer circunstância em que a mentira seja a atitude certa a tomar, há pelo menos três situações narradas em que a mentira ou o engano produziram um resultado favorável ou, pelo menos, não produziram um resultado desfavorável:

- No livro do Êxodo, capítulo primeiro, as parteiras das hebreias são mandadas pelo Faraó matar à nascença todos os bebês hebreus do sexo masculino (para evitar que os hebreus se multiplicassem mais e pudessem constituir uma ameaça ao Egito). Contudo elas, por temor a Deus não o fazem e, quando chamadas à presença do Faraó para explicar o não cumprimento da ordem dizem-lhe uma mentira (“É que as mulheres hebreias não são como as egípcias (...) e já têm dado à luz antes que a parteira venha a

elas”. Esta atitude de mentira provavelmente salvou a vida a muitos bebês hebreus e, segundo o mesmo texto, foi recompensada por Deus (“Portanto Deus fez bem às parteiras (...) E aconteceu que como as parteiras temeram a Deus, ele estabeleceu-lhes casas”);

- a mentira de Raabe para proteger os espiões (“uns homens dos filhos de Israel”), em que esta mulher, tendo escondido esses dois espiões em sua casa, responde, mentindo, ao rei de Jericó, dizendo que eles já se tinham ido embora (Josué 2:4-6);

- a pretensa loucura do Rei David quando, fugindo de Saul, chega ao reino de Gate e aí é identificado e levado ao rei Aquis. Perante o risco de vida que comportava essa identificação o rei David “fez-se como doido entre as suas mãos, e esgravatava nas portas de entrada, e deixava correr a saliva pela barba”. Este comportamento enganoso leva o rei Aquis a questionar “faltam-me a mim doidos, para que trouxésseis a este para que fizesse doidices diante de mim?”, pelo que David se pôde retirar dali ileso.

Ou seja, mesmo nos textos sagrados existem narrações de actos mentirosos que não tiveram como resultado nem a crítica nem o castigo divinos embora, se volte a salientar que nunca é referida qualquer circunstância em que se condescenda com a mentira ou em que esta seja defendida.

Na perspectiva teológica cristã podemos encontrar três grandes posições sobre a mentira, todas elas críticas da mentira mas com diferentes “matizes” relativamente à sua admissibilidade. Podemos designá-las da seguinte forma, relativamente ao “absolutismo” das leis morais:

- “Absolutismo gradativo” – as leis morais são absolutas mas existem algumas que são superiores a outras e, quando duas leis entrem em conflito, deve-se sempre respeitar a lei superior. Assim, de acordo com esta posição, defendida entre outros por Lutero, mentir pode estar certo

porque, por exemplo, mostrar piedade para com um inocente é uma obrigação maior que dizer a verdade a um culpado. Os exemplos bíblicos acima referidos são muitas vezes utilizados na apologia desta visão teológica;

- “Absolutismo conflituante” – nesta visão, parte-se do princípio que todo o mundo está envolto em maldade e, por isso, poderá haver circunstâncias em que exista conflito entre leis morais absolutas. Neste caso, a obrigação do ser humano é fazer o menor mal possível e, por exemplo, a mentira seria um mal menor do que a indução da perda de uma vida. Repare-se que esta visão está claramente distanciada da anterior, na medida em que considera sempre errado a mentira, mas considera que também é errado não mentir para salvar uma vida e que se deve escolher o mal menor. Embora diferentes sob o ponto de vista dos princípios, ambas as visões admitem a prática da mentira;

- “Absolutismo não qualificado” – nesta última visão todas as leis morais absolutas são igualmente importantes e invioláveis. Neste caso, não existe nenhum conflito possível que justifique a quebra de qualquer destas leis e, portanto, a mentira é sempre inadmissível. É nesta visão que se situam a maioria dos teólogos e dos pensadores religiosos, como é o caso de Santo Agostinho ou São Tomás de Aquino, que inclusivamente afirma que a mentira é um mal em si mesmo, sendo em determinadas circunstâncias possível o recurso à omissão mas nunca à mentira.

Meramente a título de curiosidade, refere-se aqui a classificação que SANTO AGOSTINHO elaborou sobre a gravidade de diversos tipos de mentiras, aqui apresentadas por ordem decrescente da sua gravidade:

- a) a mentira relativa aos princípios e, nomeadamente, a relativa à doutrina religiosa. Aqui incluem-se os falsos profetas mas também todos aqueles que usem de mentiras para, por exemplo, catequizar ou convencer outros a aderir à

sua religião. Esta é uma perversidade atroz, que corresponde ao mais alto grau de mentira detestável;

- b) a mentira que prejudica alguém de forma injusta. Não deve existir mentira deste tipo pois nenhum homem deve ser prejudicado pela mentira;

- c) a mentira contada em nosso benefício mas de mais ninguém. Não devemos considerar qualquer bem de um homem em detrimento ou injúria de outro;

- d) a mentira contada só pelo prazer de mentir. Não deve haver mentira pelo prazer de mentir, o que é em si mesmo vicioso;

- e) a mentira contada para agradar pela “fala doce”. Não deve haver mentira deste tipo, pois, nem mesmo a própria verdade deve ser proclamada com o objectivo de agradar a homens, quanto menos uma mentira, que por si mesma, como mentira, é coisa grosseira;

- f) a mentira contada em benefício próprio e em detrimento ou em prejuízo de alguém mas não de forma física. Não é certo corromper a verdade do testemunho para a conveniência e segurança temporal de quem quer que seja;

- g) a mentira contada em benefício próprio mas que não prejudica ninguém nem ajuda ninguém. Não deve haver mentira deste tipo pois não é adequado que a comodidade de qualquer homem seja preferida ao aperfeiçoamento da fé;

- h) a mentira que não prejudica ninguém e que liberta alguém de sofrimento físico. Nem tão pouco deve haver mentira deste tipo, pois tanto a castidade da mente quanto a maior pudicidade do corpo encontram-se entre as coisas boas; e entre as ruins, encontram-se aquelas que nós cometemos por nós mesmos, e não as que nós sofremos.

Nesta perspectiva não existem nenhuma mentiras que sejam aceitáveis, embora as duas últimas formas sejam menos condenáveis.

Os conceitos de **mentira branca** (do inglês “white lie”) que seria aquela que julgamos incapaz de causar dano a alguém ou que, em alguns casos, até é socialmente aceitável e que é apelidada de branca por se pensar que não há infracção (por exemplo, dizer falsos elogios a uma amiga “essa saia fica-te mesmo bem” ou dar desculpas esfarrapadas “não pude fazer os trabalhos de casa porque faltou a luz”) ou **mentira piedosa**, definida como a afirmação falsa proferida com intenção benevolente e que pode ter como objectivo tornar mais aceitável uma verdade que lhe está subjacente, causando o menor dano possível ou ainda o conceito platónico de **mentira nobre** justificado com o objectivo da obtenção de um bem público maior e explanado no livro *A República* (“se há alguém a quem seja concedido o privilégio de poder mentir são os governantes do Estado; e eles no trato com os inimigos ou com os próprios cidadãos poderão ser autorizados a mentir para o bem público”) são, assim, nesta perspectiva, totalmente falsos e erróneos, sendo perfeitamente categorizáveis segundo a classificação proposta por SANTO AGOSTINHO, referida acima.

Nessa mesma perspectiva JEAN-JACQUES ROUSSEAU comenta na sua obra, *Os devaneios do passeante solitário*, que “é raro e difícil que uma mentira seja completamente inocente. Mentir para a vantagem de outrem é fraude, mentir para prejudicar é calúnia; é a pior espécie de mentira. Mentir sem proveito nem prejuízo para si nem para outrem não é mentir: isso não é mentira, é ficção...”¹⁶.

2.2.2. A perspectiva ético-filosófica

O homem é um ser essencialmente mentiroso, sempre e em tudo.

ARISTÓFANES

A mentira constitui uma realidade indesmentível inerente à humanidade e à sua vida em sociedade. Como afirma LUIGI BATTISTELLI¹⁷ “(...) a vida em sociedade ainda hoje exige uma certa dose de dissimulação e de mentira. A delicadeza, a modéstia, a moral, a obrigação de não ofender ou ferir os sentimentos alheios, a necessidade de não estragar as boas relações com as pessoas que estão perto de nós e de quem, no momento oportuno, poderemos vir também a precisar, com frequência nos fazem calar a verdade, nos induzem a esconder as nossas impressões e os nossos pensamentos. O que não sucederia se cada um de nós se achesse a dizer a todo o momento, livremente e sem entraves, tudo o que pensa?...”¹⁸.

¹⁷ BATTISTELLI, Luigi. *A mentira – nos normais, nos criminosos e nos loucos*, Coleção Stvdvdm – temas filosóficos, jurídicos e sociais. Coimbra, Editor Arménio Amado, 1943. Este autor realiza uma impressionante exposição na qual, em termos comparativos, ilustra a necessidade da existência de mentira, de engano como se se tratasse de uma questão de sobrevivência. A comparação é realizada com recurso a inúmeros exemplos da vida animal e da vida vegetal, reconhecendo que nesta matéria da mentira, o homem foi buscar inspiração quer ao mundo animal quer ao vegetal. A título de exemplo, são comuns ao longo da obra referências como: “Observai a Orvalhinha (*Drosera rotundifolia*), a pequena planta que cresce no meio dos musgos; a plantazinha de elegantes folhinhas redondas, cobertas, na página superior, de inúmeros filamentos vermelhos, cujos cílios, engrossados à maneira de clavas, estão permanentemente cheios de um líquido denso e viscoso, maravilhosamente parecido com o néctar, de que o insecto é muito ávido. Mas aí, que terrível insídia!...A mosquinha, atraída pela viva cor daqueles filamentos e pelo líquido iridescente que brilha nas suas extremidades, qual orvalho matutino, aproxima-se da folha e, quando procura sugar o suposto néctar, fica presa como um passarinho no visco. Os filamentos, logo que estimulados, curvam-se perante a presa e, como se fossem tentáculos, fecham-se à volta dela, apertando-a e premindo-a como entre mandíbulas. Em vão o insecto se debate e procura fugir à morte iminente (...)”; “(...) o caso de uma raposa, que, surpreendida num galinheiro, se fingiu morta e como tal de lá foi retirada, sendo atirada para um monte de estrume, sem ter dado sinais de vida. Logo que se viu em segurança, endireitou-se nas pernas e desatou a fugir”, entre outros inúmeros e maravilhosos exemplos que este autor nos proporciona, sempre com o intuito comparativo ao comportamento do homem.

¹⁸ BATTISTELLI, Luigi. *A mentira – nos normais, nos criminosos e nos loucos*, cit.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Os devaneios do caminhante solitário*. Lisboa, Livros Corovia, 2004.

Será a mentira um instrumento que permita a vida em sociedade e a sobrevivência dos indivíduos? Existirá assim um “direito” à mentira?

Vários filósofos, confrontando-se com tais dificuldades e realidades, formularam concepções sobre o assunto, algumas das quais já abordámos anteriormente. Aqui iremos desenvolver um pouco mais as perspectivas sobre o assunto de três filósofos que consideramos sumamente interessantes e que nos proporcionam ampla matéria para reflexão: IMMANUEL KANT, BENJAMIN CONSTANT e ARTHUR SCHOPENHAUER.

KANT acredita que os indivíduos não têm direito de mentir; CONSTANT defende que devemos dizer a verdade apenas quando o ouvinte tiver direito a ela e SCHOPENHAUER acredita que temos o direito de mentir em determinadas condições.

2.2.2.1. Immanuel Kant

Na *Metafísica dos costumes*, KANT afirma que “a maior violação do dever do homem para consigo mesmo (...), é o contrário da veracidade: a mentira (*aliud lingua promptum, aliud pectore inclusum gerere*)”¹⁹, na medida em que a “desonra que a acompanha (ser objecto de desprezo moral) acompanha também, como sua sombra, o mentiroso”²⁰. A mentira pode apresentar-se como externa (converte o mentiroso em objecto de desprezo aos olhos dos outros) ou como interna (converte o mentiroso em objecto de desprezo aos seus próprios olhos, e lesa a dignidade da humanidade na sua pessoa). Esta segunda formulação da mentira é a mais gravosa na medida em que “a mentira é a recusa e – por assim dizer – a destruição da sua dignidade humana. Um

homem que pessoalmente não crê no que diz a outrem (ainda que fosse apenas uma pessoa ideal) tem um valor ainda menor do que se fosse simplesmente uma coisa”²¹ na medida em que “a comunicação de seus pensamentos a alguém mediante palavras que contêm (intencionalmente) o contrário do que pensa o falante é um fim oposto à finalidade natural da sua faculdade de comunicar os seus pensamentos, logo uma renúncia à sua personalidade, uma mera aparência enganosa de homem, não o próprio homem”²².

Este horror à mentira de KANT é derivado do imperativo categórico “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”²³. Ao mentir, um indivíduo prejudica não somente aquele que ouve, mas a ideia de direito, pois age de forma que a máxima da sua acção não pode ser tomada como lei universal e apenas como um dos meios para alcançar determinado fim, usando o ouvinte também como meio para determinado fim e não como um fim em si mesmo. Ora, na medida em que para KANT todo o ser racional existe como um fim em si mesmo, e não deve ser tratado como meio, isso faria com que os indivíduos não tivessem valor por si mesmos (um valor absoluto), se todo valor fosse adquirido conforme os interesses alheios, não poderia haver um princípio prático supremo de toda a razão “(...) em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais,

¹⁹ KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes, Parte II – Princípios metafísicos da doutrina da virtude*, cit.

²² KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes, Parte II – Princípios metafísicos da doutrina da virtude*. cit. Para Kant, “o homem, como ser moral (homo noumenon), não se pode usar a si mesmo, enquanto ser físico (homo phaenomenon), como um simples meio (uma máquina falante) que não estivesse ligado ao fim interno (à comunicação do pensamento), mas está sujeito à condição da concordância com a declaração (declaratio) do primeiro e está obrigado, perante si mesmo, à veracidade”.

²³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução de Paulo Quintela. Porto, Porto Editora 1995, “(...) todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”; “(...) se a acção é representada como boa em si, por conseguinte, como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico”.

¹⁹ KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes, Parte II – Princípios metafísicos da doutrina da virtude*, tradução de Artur Mourão. Lisboa, Edições 70, 2004.

²⁰ KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes, Parte II – Princípios metafísicos da doutrina da virtude*, cit.

ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.

Para KANT, “a veracidade nas declarações (que não se podem evitar), é o dever formal do homem em relação seja a quem for, por maior que seja a desvantagem que daí decorre para ele ou para outrem; e se não cometo uma injustiça contra quem me força injustamente a uma declaração, se a falsificar, cometo em geral, mediante falsificação, que também se pode chamar mentira, uma injustiça na parte mais essencial do Direito: isto é, faço, tanto quanto de mim depende, que as declarações não tenham em geral crédito algum, por conseguinte, também que todos os direitos fundados em contratos sejam abolidos e percam a sua força – o que é uma injustiça causada à humanidade em geral”²⁴. Continua este autor que, mesmo uma mentira bem intencionada pode ser passível de penalidade, segundo a lei civil. Mas, o que apenas por acaso se subtrai à punição pode igualmente julgar-se como injustiça, segundo leis externas. Adianta o autor a título de exemplo que “mediante uma mentira, a alguém ainda agora mesmo tomado de fúria assassina, o impediste de agir és responsável, do ponto de vista jurídico, de todas as consequências que daí possam surgir. Mas se te ativeres fortemente à verdade, a justiça pública nada em contrário pode contra ti, por mais imprevistas que sejam as consequências”²⁵ e no âmbito deste raciocínio “é, pois, possível que, após teres honestamente respondido com um sim à pergunta do assassino sobre a presença em tua casa da pessoa por ele perseguida, esta se tenha ido embora sem ser notada, furtando-se assim ao golpe do assassino e que, portanto, o crime não tenha ocorrido; mas se tiveres mentido e dito que ela não estava em casa e tivesse realmente saído (embora sem o teu conhecimento) e, em seguida, o assassino a encontrasse a fugir e levasse a cabo a acção, poderias com razão ser acusado como autor da sua morte, pois se tivesses dito a verdade, tal

como a conhecias, talvez o assassino, ao procurar em casa o seu inimigo, fosse preso pelos vizinhos que acorreram, e ter-se-ia impedido o crime”²⁶, concluindo KANT que “quem, pois, mente, por mais bondosa que possa ser a sua disposição, deve responder pelas consequências, mesmo perante um tribunal civil, e por ela se penitenciar, por mais imprevistas que essas consequências possam também ser; porque a veracidade é um dever que tem de se considerar como a base de todos os deveres a fundar num contrato e cuja lei, quando se lhe permite a mínima excepção, se torna vacilante e inútil”²⁷.

Para KANT a verdade é “um princípio supremo”²⁸, um dever que tem de ser considerado como base de todos os outros deveres. Se há um dever²⁹ ele é incondicionado, pois senão não seria dever. Dever é uma necessidade da acção, que deve ser válida para todos os homens, por meio da representação da lei. Age por dever aquele que pratica acções sem nenhuma motivação egoísta. E existe verdade quando o conhecimento é adequado ao seu objecto. O indivíduo não tem pois, um direito à verdade, pois a verdade é uma questão lógica e objectiva e não psicológica e subjectiva, isto é, a verdade não é algo de subjectivo que pode pertencer ou não a determinado indivíduo, ela é por si própria³⁰, “a coisa em si (...) seria precisamente a pura verdade sem consequências”³¹.

²⁴ KANT, Immanuel. *Sobre um suposto Direito de Mentir*, cit.

²⁵ KANT, Immanuel. *Sobre um suposto Direito de Mentir*, cit.

²⁶ KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes, Parte II – Princípios metafísicos da doutrina da virtude*, cit.

²⁷ Sobre o conceito de dever, cfr. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, cit.

³⁰ Esta uma das críticas que KANT faz a CONSTANT como resposta à sua observação, *vide infra*.

³¹ BELO, Fernando. *Leituras de Aristóteles e de Nietzsche – a poética sobre a verdade e a mentira*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

²⁴ KANT, Immanuel. *Sobre um suposto Direito de Mentir*, cit.

²⁵ KANT, Immanuel. *Sobre um suposto Direito de Mentir*, cit.

2.2.2.2. Benjamin Constant

No *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier – des réactions politiques*, CONSTANT, comenta que a moral é uma ciência mais profunda que do que a política e que não tem dúvidas de que os princípios principais não podem ser aplicados sem a existência de princípios intermediários que possibilitem a sua aplicabilidade. Sempre que exista um princípio que parece inaplicável, o que se deve fazer é descobrir os princípios que lhes estão subjacentes. Assim, CONSTANT escreve: “O princípio moral de que dizer a verdade é um dever, se fosse considerado incondicionalmente e isoladamente, tornaria impossível qualquer sociedade³². Temos a prova disso nas consequências directas que um filósofo alemão³³ tirou desse princípio, chegando até mesmo a pretender que a mentira seria um crime em relação a um assassino que nos perguntasse se o nosso amigo, perseguido por ele, não estaria refugiado em nossa casa”. Embora para CONSTANT dizer a verdade seja inequivocamente um dever, o filósofo considera também que “o conceito de dever é inseparável do de direito: um dever é o que, em um ser, corresponde aos direitos de um outro”. Nesta sequência, CONSTANT afirma que “dizer a verdade só é um dever para quem tem direito à verdade”³⁴ e que “onde não existem direitos não existem deveres”³⁵ e “nenhum homem, porém, tem o direito a uma verdade que prejudica

outro”³⁶. Portanto, perante um determinado princípio, por exemplo, o citado “é um dever dizer a verdade”, através da definição do princípio descobrem-se princípios que com ele estão relacionados ou subjacentes e desta relação surge o modo de aplicação. Como se pode depreender do que ficou dito acima, CONSTANT não está, de modo nenhum, a rejeitar o princípio moral da veracidade ou sinceridade, mas a afirmar que o mesmo tem de comportar exceções, de tal modo que não acarrete uma drástica e altamente indesejável consequência: a de tornar simplesmente inviável a sociabilidade. Por outras palavras, CONSTANT aceita uma regra de conduta universal, mas, ao mesmo tempo, admitindo que há exceções em que a mentira passa a ser moralmente aceitável.

A propósito desta discussão, COMTE-SPONVILLE afirma que “a boa-fé é uma virtude, é claro, o que a mentira não poderia ser. Mas isto não quer dizer que toda mentira seja condenável nem que devamos sempre nos proibir de mentir. Nenhuma mentira é livre, por certo, mas quem pode ser sempre livre? E como o seríamos, diante dos maus, dos ignorantes, dos fanáticos, quando eles são os mais fortes, quando a sinceridade para com eles seria cúmplice ou suicida? (...) A mentira nunca é uma virtude, mas a tolice também não, o suicídio também não. Simplesmente, às vezes é preciso contentar-se com o mal menor, e a mentira pode sê-lo.”³⁷. Ou seja, e fazendo um paralelismo com o que se afirmou na perspectiva teológica, esta seria a posição semelhante ao do absolutismo conflituante, enquanto a de KANT seria a posição do absolutismo não qualificado.

³² Ainda que CONSTANT não tenha explicitado concretamente como é que a completa ausência de mentiras resultaria na insociabilidade, cremos ser possível demonstrar essa ideia embora não o façamos neste texto.

³³ Pelo facto de CONSTANT ter exemplificado este princípio e ter referido a determinada altura do seu comentário “um filósofo alemão”, KANT empreende uma resposta, intitulada “Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade”, cit. Nesta resposta, KANT reafirma a sua dogmática filosófica, afirmando para além do já referenciado *supra* que “Ser verídico (honesto) em todas as declarações é, portanto, um mandamento sagrado da razão que ordena incondicionalmente e não admite limitação por quaisquer conveniências (...)”.

³⁴ CONSTANT, Benjamin. *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier, des réactions politiques, des effets de la terreur*. Paris, Flammarion, 1988.

³⁵ CONSTANT, Benjamin. *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier, des réactions politiques, des effets de la terreur*, cit.

³⁶ CONSTANT, Benjamin. *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier, des réactions politiques, des effets de la terreur*, cit.

³⁷ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Edições Martins Fontes, 1999. Disponível em www.pfilosofia.pop.com.br/03_filosofia/03_03_pequeno_tratado_das_grandes_virtudes/pequeno_tratado_das_grandes_virtudes.htm (consultado em 13/07/2010).

2.2.2.3. Arthur Schopenhauer

Na sua obra *O Mundo como vontade e representação*, SCHOPENHAUER equaciona a questão da mentira, a propósito dos conceitos de justiça e de injustiça. As injustiças podem ser cometidas através ou da violência ou da astúcia, que este filósofo considera em termos morais “a mesma coisa”³⁸. Considera SCHOPENHAUER que muitos dos casos de injustiça “são redutíveis ao fato de eu, praticando-a, obrigar outro indivíduo a servir, em vez de à sua, à minha vontade, a agir, em vez de em conformidade com a sua, em conformidade com a minha vontade. Se sigo a via da violência, alcanço isso mediante causalidade física; se sigo a via da astúcia, entretanto, alcanço isso mediante motivação, isto é, por meio da causalidade que passa pelo conhecimento, logo, apresento à vontade de outrem motivos aparentes, em função dos quais segue a minha vontade, embora acredite seguir a sua. Ora, visto que o médium no qual residem os motivos é o conhecimento, se consigo obter sucesso em semelhante tarefa recorrendo à falsificação do conhecimento alheio, trata-se da mentira, a qual intenta todas as vezes exercer influência sobre a vontade do outro, não exclusivamente sobre o seu conhecimento, para si e enquanto tal, mas servindo-se dele como meio, ao determinar sua vontade”³⁹. Ou seja, para este filósofo, injusto⁴⁰ é aquele indivíduo que provoca dano a outrem, tanto em relação à sua liberdade, como à sua pessoa, à sua propriedade ou à sua honra. A imposição de uma mentira é sempre uma injustiça, admitindo, no entanto, que a não emissão de uma declaração (uma omissão) não constitui uma injustiça⁴¹.

³⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como vontade e como representação*, tradução de Sá Correia. Porto, Rés-Editora, 2005.

³⁹ SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como vontade e como representação*, cit.

⁴⁰ Conceito de injustiça: índole da conduta de um indivíduo na qual este estende tão longe a afirmação da sua vontade, que provoca a negação da vontade alheia. Cfr. SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como vontade e como representação*, cit.

⁴¹ Quem se recusa a mostrar o caminho ao andarilho perdido não comete uma injustiça, mas já o faz quem lhe indica o caminho errado.

Ao contrapor os conceitos de justiça e de injustiça considerados como simples determinações morais (conhecimentos morais que permitem o auto-conhecimento da vontade de cada um), SCHOPENHAUER defende que uma pessoa se pode defender de uma violência que está a ser exercida contra si através do recurso à astúcia, à mentira, sem que com esse acto esteja a cometer injustiça. Quando cada um de nós mente tem um motivo para o fazer, mas esse motivo, diz SCHOPENHAUER, na maioria das vezes é um motivo injusto, pois se mentimos é porque não podemos usar de outro artifício para fazer com que o outro aja de acordo com nossa vontade. Ou seja, para SCHOPENHAUER existem situações nas quais podemos fazer uso da mentira mas sem injustiça. E esses casos seriam os casos em que usáramos a força para nos defendermos de uma agressão, isto é, podemos fazer uso da astúcia quando precisarmos da força para nos defender mas não formos suficientemente fortes fisicamente para nos defendermos da agressão física.

De acordo com esta perspectiva, e retomando ao caso do assassino que nos pergunta por alguém com o objectivo de prosseguir a perseguição e matar essa pessoa, SCHOPENHAUER deixa bem claro que, nessa situação, não seria injusto mentir sobre o paradeiro da pessoa procurada, pois aquele que promete algo sob coacção, sob a ameaça da força ou acreditando em falsas premissas, não é obrigado a cumprir a promessa; e no caso exemplificado, o dono da casa está a ser coagido pelo assassino. Nesta linha de pensamento, todos têm o direito de mentir para se livrarem de assaltantes e violentos de qualquer espécie, para defender a própria vida, liberdade, bens ou honra.

A argumentação schopenhauriana, a favor do uso da mentira defende inclusive que podemos mentir em qualquer situação na qual uma pergunta seja intromissiva, indevida, indiscreta, ou se refira a algo que não nos convém dizer. E quando a

Cfr. SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como vontade e como representação*, cit.

manifestação de não querer responder a determinada pergunta puder vir a causar suspeita, também podemos mentir para preservar nossa intimidade contra a curiosidade alheia.

Afirma o autor: “Pois que tenho o direito de previamente contrapor, quando há perigo de dano, à vontade malvada de outrem e, pois, à violência física presumida uma resistência física e, portanto, de guarnecer o muro do meu jardim com pontas aguçadas e de soltar cães bravos no meu quintal e, mesmo, sob certas circunstâncias, de pôr armadilhas e armas que disparam sozinhas, cujas más consequências o invasor tem de atribuir a si próprio, também tenho o direito de manter de todo o modo em segredo aquilo cujo conhecimento me poria a nu diante da agressão do outro e também tenho causa para isto, porque admito aqui como facilmente possível a vontade má do outro e tenho de encontrar antes as providências contrárias”⁴². Ou seja, perante a possibilidade de sofrer danos, podemos apresentar uma astúcia prévia com o objectivo de prevenir esse dano. E, no caso de se usar uma mentira como defesa, o risco dessa declaração levar alguém ao engano é da total responsabilidade desse alguém, pois foi ele que não nos deixou nenhuma outra alternativa para nos proteger da sua curiosidade.

Contudo, SCHOPENHAUER tem noção das potencialidades da mentira como instrumento perigoso e passível de abuso e, por isso, neste caso limita o uso da mentira às situações de autodefesa: “mas como, apesar da paz no país, a lei permite a todos levar armas e usá-las, a saber, no caso da autodefesa, assim a moral consente, para o mesmo caso, e só para este, o uso da mentira”⁴³.

2.2.3. A perspectiva política

Governar é fazer crer!
NICOLAU MAQUIAVEL

A afirmação popular, frequentemente proferida em todo o mundo, que proclama que “os políticos são mentirosos e corruptos” apesar de ser abusiva, desde logo porque generalizada, não pode deixar de ser considerada como representando, infelizmente em muitos casos, uma realidade tão recorrente que passa a ser vista, quase sempre, como a regra e não como a excepção. Assim, no campo político, quase que nos atreveríamos a afirmar que, embora não exista verdadeiramente um direito à mentira dos políticos e estes sejam os primeiros a criticar as mentiras dos seus opositores, existe como se fosse um direito consuetudinário, baseado nos costumes de falsas declarações dos políticos que fazem com que ninguém fique surpreendido nem ofendido por se verificar tal situação. A frase atribuída ao general DE GAULLE “Como os políticos jamais acreditam no que dizem, costumam ficar surpresos quando os outros acreditam” reflecte bem esta questão. No mesmo sentido vai também um comentário recente do jornalista VITOR MATOS: “A mentira em política não é um escândalo: é uma arte. Sobrevive-se na política embrulhando com mestria a verdade”⁴⁴.

O potencial da mentira na política tem a sua explicação na origem da palavra, que vem do latim *mentire*, que quer dizer inventar, de *mens*, mente, que, por oposição a corpo, designa a actividade de pensar. Explica HANNAH ARENDT que a acção requer imaginação, ou seja, para mudarmos as coisas há que ter a capacidade de pensar que as coisas podem ser diferentes do que são⁴⁵.

⁴² SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da Moral*, tradução de Maria Lúcia Cacciola. São Paulo, Edições Martins Fontes, 1995;

⁴³ SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da Moral*, cit.

⁴⁴ MATOS, Vítor. *Freakpolitics*. Revista SÁBADO, 30/07/2010.

⁴⁵ ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*, tradução de Manuel Alberto. Lisboa, Relógio d'Água, 1995.

Entretanto, esta mesma imaginação, que permite contestar os factos para se ter a iniciativa de transformá-los, permite desconsiderá-los, o que, em outras palavras, quer dizer que a capacidade de mudar factos e negar factos através da imaginação está inter-relacionada. Esta autora considera que “existe uma afinidade inegável da mentira com a acção, com a mudança do mundo, ou seja, com a política”. Nesta lógica da mentira como moduladora da acção percebe-se que o emissor de mentiras não tem, nem remotamente, qualquer compromisso com a verdade, o que ele deseja é exercer influência, fazer acreditar e conduzir o alvo das suas mentiras para a sua posição, para o seu interesse. Assim, quanto menos instruído e menos crítico o alvo for mais fácil será conseguir este objectivo. Por isso é que pensadores como RUSSEL ao afirmarem que “aquilo que é preciso não é a vontade de acreditar, mas o desejo de descobrir, que é exactamente o contrário”⁴⁶, estavam a defender a necessidade de ser encorajado um “desejo de duvidar”⁴⁷ por oposição à crença, que traduz um desejo de acreditar.

Também é desnecessário lembrar que a própria História, como registo de factos políticos, é feita de factos que não raramente são mentiras, lembrando-se o aforisma popular de que “a História é escrita pelos vencedores”. Há quem cinicamente sugira que a história é constantemente escrita de forma errada, pelo que é sempre necessário reescrevê-la e SAMUEL BUTLER completou esta proposição acrescentando, ironicamente, que “Deus não pode alterar o passado mas os historiadores podem”.

Na análise da perspectiva política, para além da obra já citada de PLATÃO⁴⁸, que define um direito de mentir limitado aos governantes, assume

importância crucial o pensamento de MAQUIAVEL⁴⁹. Embora tenha sido considerado imoralista, MAQUIAVEL não rejeita a moral, simplesmente ele separa a moral da política, considerando que o bom homem de estado não tem de ser moralmente bom ou virtuoso, já que seguir a moral nos assuntos públicos pode vir até a revelar-se uma desgraça para o interesse público. Em nome deste interesse público pode permitir-se, quando necessário, infracções à moral (mentiras, astúcias, crimes), já que a política não pode subordinar-se à moral. Segundo os critérios do realismo político (ou mais recentemente designado por *realpolitik*), se o governante quiser ser virtuoso, que o seja na sua vida privada, defende MAQUIAVEL⁵⁰.

No plano político, a utilização da fraude ou da mentira confunde e aumenta a opacidade e a incerteza na arena política e MAQUIAVEL avalia que a fraude é até mais importante do que a força (os mesmos dois elementos –astúcia e violência– que SCHOPENHAUER⁵¹ considera serem igualmente maus no cometimento de injustiças) para assegurar o poder e consolidá-lo. É por este motivo que a simulação, o segredo e a mentira são armas da *razão de Estado* e a veracidade não é usualmente considerada uma virtude característica de governantes. Não será por acaso que o animal político por excelência é a raposa, seguramente devido às suas capacidades ardilosas e de iludir os adversários.

Em conclusão, parece que na perspectiva política a mentira é, de forma ainda mais nítida, um elemento que reconhecidamente é fulcral para a sobrevivência do animal político. Inclusivamente, muito se tem escrito sobre como a tornar mais eficaz no campo político, o que é desde logo um reconhecimento implícito não só da sua admissibilidade mas (e muito mais grave) também

⁴⁶ RUSSEL, Bertrand. *Ensaio Cépticos*, tradução de Marisa Motta. Porto Alegre, L&PM Editores, 2008.

⁴⁷ RUSSEL, Bertrand. *Ensaio Cépticos*, cit.

⁴⁸ PLATÃO. *A República*, cit.

⁴⁹ Particularmente na sua obra mais conhecida: *O Príncipe*.

⁵⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Coimbra, Atlântida, 1935.

⁵¹ SCHOPENHAUER, Arthur, *O Mundo como vontade e como representação*, cit.

da sua utilidade. Mas apesar da mentira fazer, de alguma forma, parte integrante da vida política, é neste campo que, paradoxalmente ela é mais demonizada. O aforisma popular “À mulher de César não basta ser séria, tem de parecer séria” mostra bem como é imprescindível ao homem político parecer verdadeiro. E hoje, numa sociedade tão extensamente mediatizada como a nossa, é muitas vezes a imagem (o parecer) e não tanto o conteúdo (o ser) que realmente importa, porque é a imagem que serve melhor os propósitos da eficácia. É seguramente também por isso que o político é ensinado a evitar, acima de tudo, a mentira factual pois é aquela que pode ser muito mais facilmente comprovada como mentira (*vide* o caso Bill Clinton e Mónica Lewinski). Podemos então considerar que, na política, existe infelizmente uma clara dicotomia entre o ser e o parecer, entre o poder ser mentira mas ter de parecer verdade, sob pena da ineficácia dessa mentira, enquanto moduladora do comportamento de outros, independentemente de ser para o bem comum da sociedade ou para o bem individual do emissor.

3. A trabalhadora grávida e a mentira

*“Mentir, eis o problema:
minto de vez em quando
ou sempre por sistema?”*

*Ou mentirei apenas
no varejo da vida,
sem alívio de penas,*

*sem suporte e armadura
ante o império dos grandes,
frágil, frágil criatura?”*

CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE

3.1. Considerações gerais

O direito é uma ciência social e humana, paradigma de coexistência social⁵², porquanto centrado na pessoa humana como seu valor programático e determinante⁵³. Assim, a pessoa humana - toda e qualquer pessoa humana - é o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim, e este entendido em termos de igualdade e da universalidade⁵⁴. A dignidade da pessoa humana como objecto de protecção independentemente do género - trata-se simplesmente do ser humano.

Como ciência social, é objectivo do Direito regular a vida em sociedade de homens e mulheres. Como ciência social cabe ao Direito o papel de igualar os seres humanos independentemente do seu género, pelo que se verifica existir socialmente uma diferenciação, cabe ao direito tentar eliminá-la. “A maior parte da legislação é de género neutro e o objectivo é, se possível, que toda ela o venha a ser”⁵⁵, “ser mulher é um atributo pessoal a que, de acordo com o Direito (...), só algumas leis atribuem relevância jurídica”⁵⁶ em termos de consagrar a aplicabilidade das normas em função do género. A regra é de facto, a da generalidade e abstracção das normas jurídicas, tendo presente a igualdade como um conceito prévio e subjacente à iniciativa legislativa. No entanto, esta circunstância não obsta a que se reconheça que por razões culturais, sociais, educacionais existam efectivas diferenças de tratamento consoante se seja do género masculino ou do género feminino.

⁵² LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo* (a relevância da vontade na configuração do seu regime), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 21

⁵³ LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 192

⁵⁴ LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 196

⁵⁵ DAHL, T.S., *O Direito das Mulheres: Uma introdução à Teoria do Direito Feminista*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1992, pp. 3-4, citada por REBELO, Glória, *Trabalho e Igualdade*, Celta Editora, Oeiras, 2002, p. 28.

⁵⁶ Como refere DAHL, T.S., *O Direito das Mulheres*, citado por REBELO, Glória, *Trabalho e Igualdade*, cit., p. 28.

É com base nesta consciência que subjaz à realidade social que, desde logo a nível do direito internacional, vários instrumentos visam a garantia de igualdade entre homens e mulheres. Nessa sequência vem o reconhecimento pela ONU de doze direitos das mulheres:

- o direito à vida;
- o direito à liberdade e à segurança pessoal;
- direito à liberdade e a estar livre de todas as formas de discriminação;
- direito à liberdade de pensamento;
- direito à informação e à educação;
- direito à privacidade;
- direito à saúde e à protecção desta;
- direito a construir relacionamento conjugal e a planear a sua família;
- direito a decidir ter ou não ter filhos e quando tê-los;
- direito aos benefícios do progresso científico;
- direito à liberdade de reunião e participação política;
- direito a não ser submetida a torturas e maus-tratos.

Estes direitos são proclamados em vários instrumentos legislativos, de que constituem exemplo:

a) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres⁵⁷, adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução nº 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1979, que entrou em vigor na ordem internacional a 3 de Setembro de 1981. Portugal assina a convenção em 24 de Abril de 1980 tendo esta entrado em vigor na ordem jurídica portuguesa em 3 de Setembro de 1981. Através da presente convenção

reafirma-se a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres. No art. 5º deste instrumento internacional prevê-se que: "Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para: a) modificar os esquemas e modelos de comportamento sócio-cultural dos homens e das mulheres com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e das práticas costumeiras, ou de qualquer outro tipo, que se fundem na ideia de inferioridade ou de superioridade de um ou de outro sexo ou de um papel estereotipado dos homens e das mulheres"⁵⁸;

b) no mesmo sentido a Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher proclamada pela Assembleia Geral na Resolução 2263 (XXII), de 7 de Novembro de 1967⁵⁹ afirma no seu artigo 1º que: "a discriminação contra a mulher, porque nega ou limita sua igualdade de direitos com o homem, é fundamentalmente injusta e constitui uma ofensa à dignidade humana" pelo que, de acordo com o art. 2º "deverão ser tomadas todas as medidas apropriadas para abolir leis, costumes, regras e práticas existentes que constituam discriminação contra a mulher" e para o efeito "deverão ser tomadas todas as medidas apropriadas para educar a opinião pública e dirigir as aspirações nacionais para a erradicação do preconceito e abolição dos costumes e de todas as outras práticas que estejam baseadas na ideia de inferioridade da mulher", de acordo com o art. 3º.

⁵⁸ Posteriormente, o Protocolo opcional à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução nº A/54/4, de 6 de Outubro de 1999 e aberto à assinatura em 10 de Dezembro de 1999, assinado por Portugal em 16 de Fevereiro de 2000 e onde entrou em vigor em 26 de Julho de 2002, reconhece a importância do Comité para Eliminação da Discriminação contra as Mulheres ("o Comité") como entidade para receber e apreciar as participações que lhe sejam apresentadas, acessível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dm-prot>, consultado em 11/10/2010.

⁵⁹ Acessível em <http://www.nepp-dh.ufjf.br/onu5-5.html>, consultado em 11/10/2010.

⁵⁷ Acessível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dm-con> consultado em 11/10/2010.

Embora a adopção destes instrumentos internacionais de protecção e de garantia dos direitos do homem na ordem interna só tenha ocorrido depois da entrada em vigor da Constituição de 1976, esses instrumentos foram no entanto, de influência decisiva na elaboração da própria lei fundamental portuguesa⁶⁰.

A consagração de direitos, liberdades e garantias na senda da consagração do princípio da dignidade humana no artigo 2º da CRP, apresenta-nos a pessoa como o fim último do direito – “*Personae est definitio: naturae rationabilis individua substantia*”⁶¹. “E essa dignidade humana, no quadro do Estado Social de Direito, é já não a dignidade do homem isolado do liberalismo mas sim a dignidade da pessoa humana, a um tempo indivíduo e cidadão, ser livre e situado na sociedade, ela tem uma das suas principais revelações no direito que cada indivíduo deve ter “à realização e desenvolvimento da personalidade em quaisquer direcções”, o que implica a defesa do indivíduo em relação, não só ao Estado, mas também a terceiros, à sociedade civil. O princípio da dignidade do homem, encarado na sua actual dimensão, vem pois fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas”⁶².

E os Direitos Fundamentais como categoria de posições jurídicas activas “são talvez a realidade ético-jurídica mais próxima dos cidadãos, bandeira dos processos emancipatórios e das pretensões justificadas de liberdade e igualdade dos indivíduos e dos grupos”⁶³. A teoria dos direitos fundamentais integra os direitos fundamentais como categoria dogmática preocupada com a

construção sistemático-conceptual do direito positivo, tendendo a assinalar uma única dimensão (subjectiva) e apenas uma função (protecção da esfera livre e individual do cidadão), entrecruzando-se a dimensão constitutiva e declarativa dos princípios que, eles mesmos, na sua fundamentalidade principal, exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional⁶⁴. Estes princípios assentam numa base antropológica comum, numa “triade mágica” do homem como pessoa, cidadão e trabalhador, e articulam-se em termos de complementariedade, condicionando-se mutuamente”⁶⁵.

Na linha do consagrado nos instrumentos internacionais identificados, a CRP no título II prevê os direitos, liberdades e garantias onde se incluem, entre outros: o direito à liberdade e à segurança (art. 27º), o direito à identidade, ao bom nome à imagem e à intimidade (art. 26º), o direito do desenvolvimento da personalidade (art. 26º), a garantia da dignidade pessoal e identidade genética do ser humano (art. 26º, nº 3).

A nossa Constituição consagra o princípio da igualdade⁶⁶ como direito fundamental, na sequência da célebre forma do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798: “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”. Como direitos, liberdades e garantias, o texto constitucional consagra o direito à reserva da intimidade da vida privada⁶⁷ e o direito ao trabalho⁶⁸, enquanto direito económico e social.

Neste contexto, homens e mulheres são iguais perante a lei e, portanto, ambos abrangidos no âmbito de aplicação do direito à reserva da vida

⁶⁰ Neste sentido, LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 180.

⁶¹ Proémio citado em MÁRIO A. CATTANEO, *Persona e Stato di Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994, p. 25 *apud* LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 183.

⁶² Cfr. ABRANTES, José João, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, AAFDL, 1990, Lisboa, p. 27

⁶³ Citando GREGÓRIO PECES-BARBA MARTINEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoria General, Universidade Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 15 *apud* NETO, Luísa, *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 113.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 353.

⁶⁵ Cfr. NETO, Luísa, *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, cit., pp. 118-119.

⁶⁶ Artigo 13º da CRP.

⁶⁷ Artigo 26º da CRP.

⁶⁸ Artigo 58º da CRP.

privada e com igual direito ao trabalho. No entanto, geneticamente, homem e mulher são diferentes e, por imperativo da natureza, é a mulher que tem a missão de engravidar, dar à luz e assim assegurar a continuidade da espécie humana⁶⁹, o que, do ponto de vista social e laboral, coloca homem e mulher em diferentes posições, apesar da sua igualdade jurídico-formal⁷⁰. No entanto, e com vista à efectiva concretização do princípio da igualdade de género, abrangendo todos os direitos e/ou deveres, o ordenamento jurídico visa implementar medidas com vista a obter a igualdade real, jurídico-material e social.

Na área laboral, e porque todos têm direito ao trabalho, a concretização do princípio da igualdade⁷¹ fez-se, na legislação laboral, positivando regimes de protecção da maternidade e da paternidade, com previsão de direitos concedidos aos progenitores, quer em termos de gozo de licenças parentais, quer em termos de afastamento de alguns dos regimes laborais que podiam colidir com a vida familiar dos trabalhadores, prevendo-se ainda medidas de protecção da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante. O direito laboral tem como base o princípio de compensação das partes pelo débito alargado que assumem no contrato de trabalho⁷², princípio este que comporta duas vertentes: a protecção do trabalhador e a salvaguarda dos interesses de gestão⁷³. Esta segunda vertente, desde logo decorrente do também princípio constitucional de liberdade e direito de iniciativa económica⁷⁴, está consagrada,

tal como o direito ao trabalho, em sede de direitos económicos sociais e culturais.

A co-existência destes vários direitos facilmente proporciona conflitos entre si, e apesar da protecção legalmente conferida aos pais trabalhadores e em concreto às mulheres, a verdade é que, em termos de organização e gestão empresariais, substituir uma mulher que está de licença parental pode representar uma dificuldade acrescida e que pode importar alguns custos adicionais com a contratação do trabalhador substituto, por exemplo dando-lhe formação para desempenhar as suas funções, tendo de lhe proporcionar algum tempo de adaptação ao desempenho da tarefa, com a inerente perda de produtividade daí decorrente... E, por isso, muitas vezes os empregadores evitam contratar mulheres ou, quando o fazem, tentam prevenir-se questionando-as sobre questões que diríamos ser, do seu foro íntimo, como por exemplo em relação a uma eventual gravidez actual ou em relação às suas intenções futuras de engravidar. Estas mulheres, quando confrontadas com tais questões, podem optar por não responder mas o silêncio é muitas vezes entendido como uma resposta positiva, pelo que a trabalhadora pode considerar que o melhor modo de não perder o seu emprego ou de o vir a obter, é emitindo uma declaração que pode não corresponder à verdade, ou seja, uma mentira.

Como deve então reagir o direito face à mentira emitida pela trabalhadora ou pela candidata ao emprego que, com receio de perder o seu emprego ou de o não conseguir obter, emite uma declaração não verdadeira, assim ocultando a gravidez actual ou a sua intenção de vir a ser mãe, num futuro mais ou menos próximo. Não esqueçamos que, quer no momento da celebração do contrato de trabalho quer no seu decurso, o princípio geral da boa fé⁷⁵ foi expressamente

⁶⁹ Observação que não esquece, obviamente, o importante papel do homem nesta missão de perpetuação da espécie, sem cuja intervenção não seria possível sequer à mulher engravidar.

⁷⁰ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª edição*. Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 220.

⁷¹ Sobre a influência e aplicabilidade dos princípios constitucionais no direito do trabalho, cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra, Almedina, 1997, pp. 141 e ss.

⁷² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I – dogmática geral*. Coimbra, Almedina, 2005, p. 489.

⁷³ Pormenorizadamente, cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho – Parte I – dogmática geral*, cit., p. 489.

⁷⁴ Artigo 61º da CRP.

⁷⁵ Com previsão genérica no artigo 227º do CC: “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa

acolhido na redacção do artigo 102º do CT, como princípio estruturante da relação laboral (“o empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações”), princípio este já decorrente das regras gerais previstas no Código Civil, até porque durante algum tempo as normas laborais não se preocuparam com a fase de formação do contrato, com as negociações que precediam a celebração do contrato de trabalho⁷⁶, situações que eram tratadas no âmbito do direito civil, através da aplicação das regras contratuais gerais. Esta situação legislativa encontra alguma justificação no facto de serem raros ou nulos os litígios sobre responsabilidade pré-contratual no contrato de trabalho, afirmando alguma doutrina que a *culpa in contraendo* do trabalho subordinado era um tema sem especial interesse⁷⁷. Esta aparente irrelevância da conflitualidade pré-contratual laboral pode também encontrar justificação no facto de, depois de celebrado o contrato de trabalho, a questão se situar efectivamente no âmbito laboral. E as normas laborais dispõem de mecanismos, nomeadamente em termos de consagração de direitos e deveres das partes, que permitem e exigem a manutenção da boa fé ao longo da duração do contrato de trabalho⁷⁸.

Mas esta fase pré-contratual é fundamental, desde logo porque esta é uma das fases em que é maior a disparidade de poder e a desigualdade social, problemas que estiveram na própria génese do Direito do Trabalho, como refere JÚLIO

GOMES⁷⁹. Entre o candidato ao emprego, para quem o emprego constitui, normalmente, uma necessidade vital, não apenas em termos económicos mas também sociais, e o candidato a dador de emprego que, em regra, poderá facilmente substituir aquele candidato ao emprego por outro, sobretudo num clima de desemprego generalizado como o presente, não existe qualquer igualdade material e é bem visível a vulnerabilidade do candidato ao emprego. Como refere JÚLIO GOMES, todo o processo de recrutamento visa identificar, de entre os candidatos disponíveis, a pessoa mais qualificada para uma determinada posição, daí que o empregador tente através de uma bateria de testes e entrevistas recolher o máximo de informações para essa decisão, pelo que, nesta fase, existe um perigo potencial acrescido de invasão da intimidade do candidato ao emprego⁸⁰.

A observância das regras da boa fé, actualmente consagradas no CT, apresenta-se, nesta primeira fase, como regras a observar na fase de negociação do contrato de trabalho, ou seja, no âmbito da celebração do contrato, pelo que nesta sede se inserem o dever, de cada uma das partes, de fornecer informação relevante à outra parte que lhe permita formar a sua vontade negocial.

Depois de celebrado o contrato de trabalho, e devido ao carácter *intuitu personae* que caracteriza a relação laboral, outros direitos e deveres devem ser considerados por cada uma das partes na sua

fê, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

⁷⁶ Afirma JÚLIO GOMES que não era de surpreender que assim fosse, quer pelo facto de o contrato de trabalho ser, com frequência, um contrato de adesão, estipulado sem que as suas cláusulas sejam objecto de discussão ou de qualquer negociação individualizada, mas também porque, antes da celebração do contrato ainda, em bom rigor, estaríamos fora do âmbito de aplicabilidade do direito do trabalho e por isso das normas laborais. In GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*, Vol. I – *Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 337.

⁷⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*, Vol. I – *Relações Individuais de Trabalho*, cit., p. 337.

⁷⁸ Assim, os deveres das partes consagrados nos termos dos artigos 127º e seguintes do CT, em particular o dever de lealdade e o dever de mútua colaboração.

⁷⁹ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*, Vol. I – *Relações Individuais de Trabalho*, cit., pp 337-338.

⁸⁰ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*, Vol. I – *Relações Individuais de Trabalho*, cit., pp 337-338. Este autor refere ainda, citando JOHN D.R. CRAIG. *Privacy and Employment Law*. Oxford, Hart Publishing, 1999, que o perigo de se ser sujeito a testes genéticos ou a testes grafológicos, psicológicos ou psicotécnicos e até mesmo a testes de utilização de drogas é mais elevado para os candidatos a um emprego que para os trabalhadores propriamente ditos. Para este autor, a protecção concedida aos candidatos a emprego deve ser idêntica à protecção concedida aos trabalhadores porque os direitos humanos não devem depender da precisa natureza da relação jurídica, sendo suficiente o facto de existir uma assimetria de poder, não sendo, igualmente correcto alegar-se que o candidato a emprego pode sempre afastar-se, caso não deseje ser sujeito a determinados testes; o empregador oferece ao público um bem –o trabalho– que se reveste de grande importância e os candidatos podem ser pressionados a aceder às solicitações do empregador por força da sua necessidade de obter trabalho.

relação com a outra, no âmbito do cumprimento do contrato de trabalho. Assim, o CT procede à definição de um conjunto de direitos, deveres e garantias das partes contraentes de um contrato de trabalho (trabalhador e empregador). O CT contém, na secção VII relativa a direitos, deveres e garantias das partes, alguns artigos, que representam verdadeiros “ónus” que incidem sobre as partes, durante o cumprimento do contrato que celebraram. São exemplos os seguintes artigos:

- o 126º, nos termos do qual constituem deveres gerais das partes procederem de acordo com o princípio da boa fé no exercício dos seus deveres e no cumprimento das suas obrigações e trabalhador e empregador têm o dever de colaboração na obtenção da maior produtividade e na promoção humana, profissional e social do trabalhador;

- o 127º, que consagra os deveres do empregador, deveres que se distribuem nos deveres para com o trabalhador (tratar com respeito e probidade), deveres contratuais (pagamento pontual da retribuição, contribuir para a formação e qualificação profissionais, permitir o exercício de cargos em estruturas representativas dos trabalhadores), deveres no âmbito da tutela do ambiente de trabalho (prevenção de riscos e de doenças profissionais, adopção de medidas de modo a obter e manter a saúde laboral) e, em geral, observar o princípio geral da adaptação do trabalho ao homem, nomeadamente através da conciliação da actividade profissional com a vida pessoal do trabalhador;

- o 128º, que consagra os deveres do trabalhador, consistindo igualmente em deveres para com o outro (tratar com respeito e urbanidade o empregador e as restantes pessoas que com o trabalhador se relacionem hierarquicamente), deveres contratuais (pontualidade, assiduidade, zelo e diligência, obediência e lealdade) e deveres no âmbito da tutela do ambiente de trabalho (cooperar com o

empregador para a melhoria da segurança e saúde no trabalho, nomeadamente através do cumprimento das ordens e prescrições com esse fim);

- o 129º, que consagra as garantias do trabalhador que, revestindo carácter essencialmente contratual (relativas à vida e regimes do contrato de trabalho), se apresentam como verdadeiras obrigações para o empregador.

O nosso estudo incide então sobre duas questões fundamentais que, sendo conexas, são diferentes do ponto de vista formal:

- 1) a grávida candidata a emprego que, no âmbito da fase pré-contratual, sabendo do seu estado, quando questionada a esse respeito afirma “não estar grávida” e “não pretender engravidar”;

- 2) a trabalhadora grávida que, no contexto de uma possível renovação de contrato de trabalho a termo, sabendo do seu estado, quando questionada a esse respeito declara “não estar grávida” e “não pretender engravidar”.

Estas duas situações reportam-se a uma mesma questão, que é a de saber se uma mulher, no acesso ao emprego ou no âmbito da manutenção da sua relação laboral, tem a obrigação de responder à questão relativa ao seu estado actual de gravidez ou à sua intenção futura de engravidar e, se o fizer, se tem de responder com verdade. Entendemos tratar estas duas situações simultaneamente, na medida em que em ambos os casos estamos perante circunstâncias em que se acentua a posição de inferioridade de uma das partes (mulher candidata ao emprego ou mulher trabalhadora) em contraposição à posição de superioridade da outra parte (empregador), ou seja, embora no segundo caso a mulher já esteja a trabalhar, o carácter precário do vínculo que tem (contrato a termo)

continua a deixá-la numa posição de fragilidade face à posição da contraparte, o que justifica *in casu* a sua análise conjunta⁸¹.

A nossa base de análise é, realçamos, a situação concreta em que a trabalhadora, em vez de não responder à questão refugiando-se no silêncio, responde com uma mentira. Porque embora o silêncio possa sempre consubstanciar um meio de auto-defesa contra perguntas indesejadas ou indiscretas, existem situações em que esse silêncio pode ser encarado como resposta afirmativa e, desse modo, não produzir o efeito útil de permitir a auto-defesa. Efeito útil esse que, muitas vezes, só se consegue obter através da realização de uma afirmação consistente e coerente, que responda específica e concretamente à questão colocada, de preferência de forma rápida e convincente.

3.2. Os deveres e direitos do trabalhador

Embora uma análise do enquadramento jurídico desta situação necessite de ter em conta uma visão holística dos deveres e direitos da trabalhadora grávida, bem como das eventuais colisões entre esses deveres e direitos, por motivos de organização expositiva abordaremos sequencial e isoladamente os deveres e direitos, para depois abordarmos os eventuais conflitos entre estes.

Relativamente a deveres, o princípio geral da boa fé, enquanto instituto através do qual, nos preliminares conducentes à celebração de um contrato, as partes devem respeitar os valores fundamentais da ordem jurídica^{82, 83}, tem

subjacentes, segundo MENEZES CORDEIRO⁸⁴, dois tipos de deveres: o dever de informação e o dever de lealdade. Na trabalhadora já contratada acrescentaríamos, de acordo com o CT, um terceiro dever: o de colaboração.

i) Dever de informação

O dever de informação impõe às partes a troca de todos os elementos necessários ou úteis para a formação do contrato⁸⁵. Efectivamente, face ao carácter *intuitu personae* do contrato de trabalho, a prestação de informações é de peculiar importância.

Sob a epígrafe “dever de informação”, estipula o artigo 106º, no nº 1, que “o empregador deve informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho” e, no nº 2, que “o trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral”, devendo actualizar essas informações (caso seja necessário) no decurso do contrato de trabalho, nos termos do artigo 109º do CT.

Como verificamos, existe um dever mútuo de informação que incide sobre ambas as partes. Mas apesar de, em termos nominativos, a letra da lei se referir a “dever de informação” e até reunir a incidência desse dever sobre o empregador e sobre o trabalhador num único dispositivo legal, a verdade é que, consoante a parte contratual cujo dever de informação se analise, o conteúdo é distinto. Por revestir particular pertinência para o presente caso o dever de informação a prestar pelo trabalhador ao empregador, é nesta perspectiva que faremos a nossa análise – o trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral⁸⁶.

⁸¹ Com natural excepção para as situações que, em termos de regime, só se podem aplicar ou num caso ou no outro caso.

⁸² CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 557.

⁸³ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 557. Para este autor, os valores fundamentais da ordem jurídica trazidos pela boa fé são o valor da tutela da confiança e o valor da primazia da materialidade subjacente. Pela tutela da confiança verifica-se que não pode uma pessoa gerar noutra a convicção justificada de certo estado de coisas, procedendo depois de modo a defraudar a convicção criada. O valor da primazia da materialidade subjacente tem presente que o Direito ao prescrever soluções, faz relevar essencialmente as soluções materiais e as atitudes substantivas, em detrimento de meras actuações formais.

⁸⁴ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 558.

⁸⁵ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 558; GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho*, Vol. I – *Relações Individuais de Trabalho*, cit., pp. 339 e ss.

⁸⁶ Artigo 106º, nº 2 do CT.

Como o dever de informação se refere explicitamente a aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral⁸⁷, o seu âmbito restringe-se à exigibilidade de prestação de informações que sejam necessárias para aferir da capacidade física ou psíquica do trabalhador para o desempenho de determinada actividade e desde que funcional e objectivamente justificadas⁸⁸. Não basta uma ligação ou conexão remota com a prestação da actividade laboral para que se possa falar de relevância para a prestação da actividade laboral, “o empregador não tem legitimidade para perguntar ou, através de outros mecanismos, informar-se sobre as circunstâncias que, embora apresentem relevância para a formação da vontade contratual, só de forma remota se connexionam com a prestação da actividade laboral”⁸⁹, ou seja, situamo-nos no “domínio objectivo” porquanto as questões têm de estar relacionadas com a actividade que o trabalhador irá desempenhar.

Encontram-se na doutrina diferentes critérios com vista a determinar a relevância das informações para a prestação laboral⁹⁰, que acentuam:

1) a conexão objectiva com a actividade em causa⁹¹;

2) a relação objectiva com o trabalho a prestar⁹²;

3) a relação directa com o objecto negocial ou com as condições específicas do contrato⁹³;

4) os interesses do empregador, defendendo-se que apenas são relevantes as informações acerca das quais o empregador tenha um interesse justificado ou digno de protecção⁹⁴.

Independentemente do critério adoptado relativo à relevância das informações⁹⁵, que implica desde logo o reconhecimento de “limites qualitativos” ao dever de informação do trabalhador ao empregador, é por todos reconhecida a validade e pertinência deste dever de informação, porquanto fornece ao empregador elementos que lhe permitem ajuizar da capacidade, motivação e habilitações do trabalhador para o desempenho das funções objecto do contrato de trabalho.

ii) Dever de lealdade

O dever de lealdade vincula o trabalhador com o objectivo de prevenir comportamentos que coloquem em causa a confiança depositada no contrato celebrado⁹⁶. O dever de lealdade⁹⁷ é

⁸⁷ Neste sentido, RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*. Coimbra, Almedina, 2006, pp 134 e ss.

⁸⁸ Neste sentido, RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, cit., p. 134.

⁸⁹ APOSTOLIDES, Sara Costa. *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra, Almedina, 2008, p. 226.

⁹⁰ No presente trabalho só enunciamos as diversas hipóteses na medida em que essa análise, embora complementar ao estudo desenvolvido, não é neste caso essencial, visto que aqui a informação específica em causa se encontra legalmente excepcionada.

⁹¹ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, *Stvdia iuridica*, 78, 2004, pp 152. Esta autora acrescenta que “o empregador só pode obter informação e interrogar sobre factos que tenham relação directa com o emprego”. Esta concepção que preconiza como relevantes as informações que apresentem com a actividade a prestar uma conexão objectiva, ou uma relação directa e necessária, pode originar duas soluções possíveis: ou se considera que o que está em causa é apenas a actividade em si ou se considera que, para além da actividade, devem abranger-se outros aspectos, tais como o modo de prestar ou as implicações na organização.

⁹² CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 560.

⁹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra, Almedina, 2000, pp 775 e *Direito do Trabalho – Parte II- Situações laborais individuais*, cit., pp 139; ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 195.

⁹⁴ WIEDEMANN, Herbert, *Zur culpa in contrahendo*, 1982, pp. 470-471 apud APOSTOLIDES, Sara Costa. *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, cit., p. 227.

⁹⁵ Não cuidaremos em especial de explorar cada um desses critérios, na medida em que a questão sobre a qual incidimos a nossa reflexão está excepcionada por força da própria lei. A questão concreta em análise – informações relativas ao estado de gravidez – encontra-se legalmente excepcionada do âmbito geral do dever de informação do trabalhador.

⁹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 558.

⁹⁷ Consagrado positivamente no artigo 128º, nº 1, alínea f) do CT. Muitos têm sido os entendimentos relativos à extensão do dever de lealdade, cuja origem histórica radica na circunstância de, durante muito tempo, se ter considerado a relação de trabalho como uma relação jurídico-pessoal comunitária. Na opinião de MARINA WELLENHOFER-KLEIN, citada por JÚLIO GOMES in *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, cit., pp 531, o dever de

geralmente entendido como consistindo no dever de o trabalhador não negociar por conta própria ou alheia, em concorrência com o empregador, e no dever de não divulgar informações referentes à organização, métodos de produção ou negócios do empregador⁹⁸. Mas este entendimento é apenas um dos afloramentos do dever de lealdade, cujo conteúdo é extenso⁹⁹, tendendo hoje a considerar-se que cabe a qualquer contratante o dever de cumprir o seu contrato de acordo com as exigências da boa fé, ainda que em certas hipóteses possa existir um elemento fiduciário específico¹⁰⁰.

iii) Dever de colaboração

Nos termos do artigo 126º, nº 2 do CT: “na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador”, dever que de acordo com MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO consiste na projecção do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão¹⁰¹. Este dever genérico, encontra-se concretizado no artigo 128º do CT, nos termos do qual deve existir cooperação com vista ao incremento dos níveis de produtividade e

à observância das prescrições de segurança, higiene e saúde no trabalho.

Sobre a candidata a emprego incidem os deveres de informação e de lealdade, e sobre a trabalhadora, que já tendo celebrado contrato de trabalho se encontra grávida e em fase de renovação do contrato a termo, os deveres de informação (uma vez que como referimos, há o dever de ir actualizando a informação, sempre que necessário, no decurso do contrato de trabalho), de lealdade e de colaboração. Assim, se só considerássemos os deveres que impendem sobre a trabalhadora seríamos conduzidos à conclusão que, perante a questão do empregador relativa ao seu estado de gravidez, a mulher teria de responder e de o fazer com verdade.

No entanto, é fundamental identificar se, no caso em concreto, assiste legitimidade ao empregador para questionar ou ter acesso à informação relativa ao estado de gravidez da trabalhadora ou da candidata a emprego, ou seja, se o empregador tem direito a essa informação, na medida em que possa existir colisão com direitos do trabalhador tutelados pelo ordenamento jurídico. Assim, se anteriormente abordámos a questão do ponto de vista dos deveres do trabalhador, o mesmo faremos agora, tendo como base os seus direitos com o objectivo de verificar se estes direitos do trabalhador colidem e/ou excepcionam os supra-identificados deveres de informação, de lealdade e de cooperação.

A nossa Constituição baseia a República Portuguesa na dignidade da pessoa humana, princípio que confere “unidade e coerência de sentido” ao sistema constitucional de direitos fundamentais¹⁰². Para além disso, associa a

lealdade do trabalhador reporta-se à empresa, ao passo que o dever de lealdade do empregador é relativo à pessoa do trabalhador. De acordo com esta autora, os deveres de lealdade e de cuidado estão relacionados com as possibilidades que ambas as partes têm de influir sobre a esfera jurídica e de interesses da outra parte, tendo ainda as partes consciência de que existem limites contratuais iminentes à actuação de cada uma delas, numa relação contratual de longa duração em que ambas se expõem mutuamente. *Vide também*, FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 12ª edição. Coimbra, Almedina, 2004, pp 227-228.

⁹⁸ Este é o entendimento positivado no CT, segundo o qual e de acordo com o artigo 128º, nº 1, alínea f), o trabalhador deve: “guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgar informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”.

⁹⁹ Cfr. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, cit., pp 397-398.

¹⁰⁰ Entendimento acentuado pela doutrina alemã (após um longo período em que se acentuou a dependência pessoal do trabalhador face ao empregador), *vide* GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho*, cit., pp. 532. Este autor realça que, actualmente, a maioria da doutrina rejeita a existência de um dever de lealdade ou de fidelidade pessoal e entende que o que há é fidelidade ao contrato, de acordo com o artigo 242 do BGB. Também neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 558, que considera o dever de lealdade como um dos deveres em que consiste o princípio geral da boa fé.

¹⁰¹ Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I – dogmática geral*, cit., p. 498.

¹⁰² Neste sentido, Cfr. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª edição*. Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010; CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007; AMARAL, Maria Lúcia, AAVV. “O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência Constitucional Portuguesa” in AAVV, *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário – Estudos de Direito e Filosofia*. Coimbra, Almedina, 2009, pp. 948; BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais – avanços e recuos na dinâmica garantística*

dignidade à igualdade, no sentido de que todos os indivíduos gozam do mesmo *quantum* de dignidade, merecendo igual respeito. É com base nestes princípios do nosso ordenamento jurídico que podemos começar por explicar quais os direitos que assistem à candidata a emprego e/ou à trabalhadora grávida ou com intenção de engravidar.

i) Direito à igualdade

Mais do que um direito, a igualdade é um princípio estruturante do nosso sistema constitucional, cuja base é a igual dignidade social de todos os cidadãos, princípio este que visa, fundamentalmente, garantir uma igual posição em matéria de direitos e deveres¹⁰³. Deste modo, e conforme já antes dissemos, de modo a prosseguir não somente uma igualdade jurídico-formal, mas uma verdadeira igualdade material ou social, ao lado do princípio geral da igualdade, a CRP reconhece e garante específicos direitos fundamentais que visam garantir e efectivar a igualdade na sua dimensão material. Enquadram-se neste caso, com especial relevância para a nossa análise, o direito à protecção contra quaisquer formas de discriminação (art. 26º, nº 1 *in fine*), o direito de igualdade dos cidadãos na constituição da família e na celebração do casamento (art. 36º, nº 1) e a protecção da maternidade e da paternidade (art. 68º).

A proibição de discriminação em função do sexo significa que as diferenciações de tratamento têm de ser justificadas a fim de se combaterem as discriminações indirectas, inclinando-se hoje a doutrina para a restrição de causas justificativas do tratamento diferenciado a diferenças

exclusivamente biológicas que, de forma imperativa, postulam essa diferenciação (ex. gravidez). Logo, constitui violação do princípio da igualdade, na sua vertente de tutela da igualdade de género, a formulação da questão por parte do empregador sem um motivo justificativo adequado. Pois, se idêntica questão não se colocaria a um homem que se encontrasse nas mesmas circunstâncias, candidato a emprego ou cujo contrato a termo estivesse em fase de renovação, também não haverá legitimidade para se colocar essa questão a uma mulher¹⁰⁴. O candidato a emprego e a candidata a emprego estão numa posição absolutamente igualitária em termos de acesso ao emprego, excepto se uma qualquer razão objectiva justificar uma diferenciação. Neste caso, essa razão objectiva terá de se relacionar ou com um elemento subjectivo imputável aos candidatos ao emprego, que justifique a tomada de uma medida de discriminação positiva, ou com a natureza específica da natureza das funções a desempenhar, nomeadamente com o risco para a saúde e/ou vida, não podendo nunca ter por base, simplesmente, a diferença de género.

ii) Outros direitos pessoais

O artigo 26º consagra nove direitos distintos¹⁰⁵, mas todos eles apresentando em comum o facto de estarem directamente ao serviço da protecção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida¹⁰⁶,

das justíças constitucional, administrativa e internacional. Coimbra, Almedina, 2010. Identificando e caracterizando as funções dos direitos fundamentais (função de defesa ou de liberdade, de prestação social, de protecção perante terceiros e de não discriminação), cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003.

¹⁰³ Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 338.

¹⁰⁴ Também neste sentido, Cfr. REBELO, Glória, *Trabalho e Igualdade*, Celta Editora, Oeiras, 2002, p. 31, autora que refere que “o princípio da não discriminação entre homens e mulheres interdita toda a diferença de tratamento entre os indivíduos fundada – directamente ou indirectamente – em considerações ligadas ao sexo”, acrescentado que o sentido da protecção da maternidade inclui a proibição imposta ao empregador de praticar qualquer discriminação em razão da gravidez, nomeadamente o questionar esse seu estado aquando da admissão ao emprego.

¹⁰⁵ A identificação dos nove direitos contidos no art. 26º, nº 1 da CRP retiram-se do seu próprio texto que transcrevemos: “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

¹⁰⁶ Direitos também consagrados no direito civil como direitos de personalidade com base legal nos artigos 70º e ss do CC. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*

tratam-se de “outros direitos pessoais”, “além da vida e da integridade pessoal, mas integrantes da mesma categoria específica”¹⁰⁷. No artigo 26º, nº 1, a CRP consagra como direitos pessoais “os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”¹⁰⁸. E, na senda da consagração da dignidade da pessoa humana¹⁰⁹ como princípio fundamental, a CRP consagra no artigo art. 26º, nº 2, limites ao direito de informação relativas às pessoas e famílias. De importância determinante para a nossa análise, identificamos o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada.

O direito à identidade pessoal é o direito que permite que cada indivíduo adquira e tenha características próprias e distintivas, caracterizadoras do seu “eu”, sendo reconhecidas e tuteladas como direitos de personalidade¹¹⁰. Os direitos de personalidade derivam, fundamentalmente, de um “direito ao segredo do ser” (direito à imagem, direito à voz, direito à intimidade da vida privada, direito de praticar

actividades da esfera íntima sem videovigilância)¹¹¹.

O direito ao desenvolvimento da personalidade, “na qualidade de expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, constitui um direito subjectivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de acção como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade desta. O direito ao desenvolvimento da personalidade recolhe, assim, no seu âmbito normativo de protecção, três dimensões: a) formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade; b) protecção da liberdade de acção de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias; c) protecção da integridade da pessoa para além de protecção do art. 25º, tendo sobretudo em vista a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento.

Como nos ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a primeira e terceira dimensões – protecção da integridade da pessoa, decorriam já do artigo 69º da CRP, onde se consagra o direito das crianças ao desenvolvimento integral, e no art. 73º, nº 2 CRP, onde se refere o desenvolvimento da personalidade como um dos fins da promoção da educação e cultura. Ora, estes dois preceitos conjugados com o art. 26º CRP mostram-nos que o sentido do direito ao desenvolvimento da personalidade não se reduz a um momento estático de protecção da integridade da pessoa; comporta também uma dimensão dinâmica que aponta para a “pessoa em devir”¹¹² de modo a que a pessoa possa enriquecer a sua dignidade em termos de capacidade de

Anotada, Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 461.

¹⁰⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 461.

¹⁰⁸ Face ao elenco destes vários direitos pessoais, procederemos à análise e identificação somente daqueles que estejam em causa no caso em concreto.

¹⁰⁹ “(...) a dignidade da pessoa humana obriga directamente as entidades privadas a não fazerem uso da autonomia privada e negocial para, de forma livre e atípica, reduzirem a pessoa a nada ou a objecto (“escravatura”) ou eliminarem mesmo a existência física dessa pessoa (“canibalismo”). Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 387.

¹¹⁰ Os direitos de personalidade como os direitos inerentes à personalidade, incidindo sobre os seus bens fundamentais como sejam a vida, a honra, o nome. Estes direitos teriam como características serem absolutos, não patrimoniais, indisponíveis, intransmissíveis e providos de tutela constitucional, penal e civil. Identifica e define direitos de personalidade, Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil. Vol. I, 2ª edição*. Lisboa, Lex, 1995, pp 188 e ss. Vide também CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 396.

¹¹¹ Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 469.

¹¹² Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 464.

*prestação*¹¹³ no plano pessoal, social e cultural. Relativamente à segunda dimensão – protecção da liberdade de exteriorização da personalidade – esta abrange um conjunto de factores, como a escolha do “modo de vida”, a liberdade de profissão, passando pela liberdade de orientação sexual, a liberdade de ter ou não ter filhos, a “liberdade de estar só”¹¹⁴.

De acordo com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹¹⁵ apresentam-se como elementos nucleares do direito ao desenvolvimento da personalidade: 1) a possibilidade de “interiorização autónoma” da pessoa ou o direito a “auto-afirmação”¹¹⁶ em relação a si mesmo, contra quaisquer imposições heterónomas (de terceiros ou dos poderes públicos); 2) o direito a auto-exposição¹¹⁷ na interacção com os outros, o que terá especial relevo na exposição não autorizada do indivíduo nos espaços públicos; 3) o direito à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade (ex. direito à educação e cultura, direito a condições indispensáveis à ressocialização, direito ao conhecimento da paternidade e maternidade biológica). O direito ao desenvolvimento da personalidade é o direito que permite a cada ser humano ser dotado de uma identidade. De facto, constituem direitos de personalidade, o direito à imagem, o direito à maneira de ser e de estar, o direito ao timbre de voz, entre outros. É esta identidade que permite distinguir os seres

humanos entre si, tornando cada um desses seres humanos num sujeito único, que assim dotado de características genéticas e de personalidade próprias e únicas o permitem distinguir e identificar entre os seus semelhantes. Em suma, como nos ensina JORGE MIRANDA, a identidade pessoal é “aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal”¹¹⁸. Em sentido amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, expressando livremente a sua consciência e modo de ser nas opções de vida que vai tomando. Assim, “o direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal”¹¹⁹.

Este art. 26º tutela, ainda, o direito à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação, que se revela pela proeminente emissão de diplomas legislativos e instrumentos legais contra a discriminação, na medida em que se continua a verificar uma discrepância entre o princípio jurídico da igualdade e a realidade social, esta marcada por comportamentos, actos e situações discriminatórias.

Os direitos de personalidade, desenvolvidos por imperativo constitucional, estão positivados no CC e foram “transpostos” para o CT. O CT prevê a tutela dos direitos de personalidade das partes¹²⁰, v.g. do trabalhador, nomeadamente em sede de reserva da intimidade da vida privada (artigo 16º¹²¹), protecção de dados pessoais (artigo 17º¹²²) e

¹¹³ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 464.

¹¹⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 464.

¹¹⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 464-465.

¹¹⁶ Este direito à auto-afirmação dá guarida constitucional a vários “direitos de personalidade inominados”, como o direito aos documentos pessoais, direito ao segredo das suas fichas médicas, pedagógicas e assistenciais, direito à auto-determinação sexual, direito à autodeterminação informativa quanto a dados pessoais constantes de ficheiros manuais ou informáticos.

¹¹⁷ Ou direito à “identidade pessoal”, comporta direitos como o bom nome e reputação, o direito à imagem, o direito à palavra. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 464.

¹¹⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I – 2ª edição, Wolters Kluwer Portugal/ Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 609.

¹¹⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 609.

¹²⁰ Artigos 14º e seguintes do CT, artigos estes que, no essencial, transpõem a tutela dos direitos de personalidade prevista nos artigos 70º e ss do CC. Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho são reconhecidos a ambos os sujeitos laborais –empregador e trabalhador–, com as necessárias limitações decorrentes da sua aplicação *mutatis mutandis* às pessoas colectivas, cfr. MENDES, Marlene, ALMEIDA, Sérgio, BOTELHO, João. *Código do Trabalho Anotado*. Lisboa, Petrony, 2009, pp 47.

¹²¹ O artigo 16º do CT, sob a epígrafe “reserva da intimidade da vida privada” dispõe que: “1. O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

realização de testes e exames médicos (artigo 19º¹²³), o que constitui uma verdadeira limitação ao direito de obter informação, mesmo que a informação seja obtida por outros meios que não a expressão verbal ou, mais amplamente, uma excepção ao dever de informar.

O CT consagra expressamente que “o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes”^{124,125} e consagra especificamente que “o empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas: (...) à sua saúde ou

estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação”¹²⁶. Nestes casos excepcionais, essas informações relativas à saúde ou estado de gravidez têm de ser fornecidas a um médico que “só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade”¹²⁷.

De facto, em sede de direitos de personalidade, as informações relativas ao estado de gravidez ou à intenção de engravidar não são devidas, a que acresce que as limitações voluntárias aos direitos de personalidade, quando contrárias aos princípios da ordem pública são nulas, nos termos do artigo 81º do CC, aplicável subsidiariamente em sede laboral, o que significa que mesmo que a trabalhadora tenha respondido veridicamente naquele momento, afirmando não estar grávida e não pretendendo ter filhos, essa informação futura (não pretender ter filhos), enquanto limitação a um direito de personalidade e contrária à ordem pública (nos termos da qual a maternidade e a paternidade são valores sociais eminentes¹²⁸), não é vinculativa para a trabalhadora. O mesmo é dizer que, logo que ela mude de opinião e decida ter filhos, nada tem a recear em termos de vinculação a anteriores declarações emitidas em sentido contrário.

A reserva da intimidade da vida privada consubstanciada no Código do Trabalho¹²⁹ consiste na “transposição” do direito sob o mesmo

2. O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”.

¹²² Na íntegra, sob a epígrafe “protecção de dados pessoais” dispõe o artigo 17º do CT: “1. O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas a: a) à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação; b) à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação. 2. As informações previstas na alínea b) do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade. 3. O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização. 4. Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais. 5. Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto no nº 1 ou 2.”

¹²³ Sob a epígrafe “testes e exames médicos”, prevê o artigo 19º do CT que “1. Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego a respectiva fundamentação. 2. O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez. 3. O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade. 4. Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos nº 1 ou 2”.

¹²⁴ Artigo 16º, nº 2 do CT.

¹²⁵ “A protecção da intimidade da vida privada assume expressões ou dimensões relevantíssimas no âmbito das relações jurídico-laborais. A protecção dos direitos de personalidade dos trabalhadores impõe que o eventual acesso das entidades patronais a informações relativas à vida privada do trabalhador (saúde, estado de gravidez) deve obedecer a um procedimento justo de recolha dessas informações (ex: através de um médico sujeito ao dever de sigilo) e à observância estrita do princípio da proibição do excesso (as informações necessárias, adequadas e proporcionais) para o exercício de determinadas actividades (cfr. Ac. 306/03 do TC)”. Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp 468.

¹²⁶ Artigo 17º, nº 1, alínea b) do CT.

¹²⁷ Artigo 17º, nº 2. A exigência da prestação de informação por parte da trabalhadora grávida ou candidata ao emprego, sempre que existam razões objectiva e formalmente justificadas relacionadas com as características da actividade a desempenhar, ser feita a médico decorre da restrição que foi imposta à primeira redacção proposta para o artigo, em relação ao qual se pronunciou o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 306/03 de 25 de Junho de 2003, in CARVALHO, Paulo Morgado (coord). *Prontuário de Direito do Trabalho* nº 65, CEJ, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp 12-13. A anterior, e primeira redacção proposta para o artigo, previa que as informações relativas ao estado de gravidez, quando exigíveis, seriam prestadas ao empregador, facto que não garantia o cumprimento do princípio da proibição do excesso constitucionalmente consagrado no artigo 18º, nº 2 da CRP, hipótese difícil de admitir na prática.

¹²⁸ Artigo 68º da CRP.

¹²⁹ O referido artigo 16º do CT.

nome, consagrado no artigo 26º, nº 1 *in fine* da CRP. Como referem J. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, este direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar subdivide-se “em dois direitos menores: a) o direito de impedir o acesso a estranhos a informações sobre a vida privada e familiar, e b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”¹³⁰.

Alguma doutrina e jurisprudência¹³¹ tem distinguido entre a esfera pessoal íntima (absolutamente protegida) e a esfera privada simples (apenas relativamente protegida e podendo ter de ceder, quando em conflito com outro interesse ou bem público) mas, de acordo com os citados autores, e face à redacção deste preceito da CRP, “a distinção não é relevante”¹³². J. J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA ainda afirmam que “o critério constitucional deve arrancar dos conceitos de “privacidade” (nº 1 *in fine*) e “dignidade humana” (nº 2), de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá delimitar-se, assim, como base num conceito de “vida privada” que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: 1) o respeito dos comportamentos; 2) o respeito do anonimato; 3) o respeito da vida em relação”¹³³.

Nestes termos, verifica-se que, não obstante a consagração do dever de informação, esse mesmo dever é afastado quando em conflito com direitos

fundamentais do trabalhador. No mesmo sentido, tem decidido a nossa jurisprudência: “é inquestionável que: a) as informações relativas ao estado de saúde (em geral) e ao estado de gravidez (em particular) da trabalhadora constituem direitos de personalidade e direitos constitucionalmente tutelados, porquanto respeitam à intimidade da vida privada; b) a intromissão na esfera íntima da trabalhadora pode efectivar-se através da prestação de informações; c) a prestação de informações por parte da candidata a emprego ou da trabalhadora constitui para ela um ónus relativamente à obtenção de emprego, na medida em que o trabalhador já se encontra numa posição mais fragilizada, em virtude da precariedade do emprego e da incerteza e insegurança sempre presentes no momento de tentar obter um emprego”¹³⁴.

Portanto, situamo-nos no âmbito dos direitos de personalidade e da tutela à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, questões que consubstanciam por si só restrições ao direito à informação do empregador, circunstância que ainda sofre um reforço de tutela quando se trate da família, da maternidade ou da paternidade valores sociais eminentes, como a CRP prevê no artigo 68º. Nesta medida, nenhuma restrição a estes direitos poderá existir e se o meio adequado de defesa da trabalhadora ou candidata a emprego for o recurso à falsidade, então essa mentira, essa falsidade deve ter-se por justificada, excepto, claro nas situações em que a lei, “por motivo de força maior”, impõe restrições aos próprios direitos que confere ao trabalhador, por exemplo no caso da ressalva feita no artigo 16º, nº 2 à própria reserva da intimidade da vida privada, ao estipular “salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação”¹³⁵. Ora, esta excepção não pode ir para além da protecção da segurança e da saúde da grávida ou de terceiros, sob pena de carecer de

¹³⁰ Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp 468. No mesmo sentido, Acórdão do TC nº 368/02 de 25 de Outubro, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html> (consultado em 27/06/2010).

¹³¹ Nomeadamente o Ac. do TC nº 368/02 de 25 de Outubro, cit. Vide também, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho*, 2ª edição. Coimbra, Almedina, 2010, p. 169.

¹³² Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 468.

¹³³ Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 468.

¹³⁴ Ac. do TC nº 306/03, de 25 de Junho, cit., p. 13.

¹³⁵ Artigo 17º, nº 2, *in fine* do CT.

justificação¹³⁶. Nestes casos, temos de estar perante exigências muito particulares e sempre relativas à natureza da actividade que a trabalhadora grávida vá desempenhar, motivo pelo qual, numa situação em que, por exemplo, o trabalho a realizar implique a exposição a agentes radiológicos e/ou químicos ou um esforço físico exagerado (como ser professora e praticante de yoga ou de judo) ou um trabalho numa mina, que possam colocar em risco a vida e a saúde da trabalhadora, do feto ou de terceiros, reconhece-se legitimidade ao empregador para colocar a questão relativa ao estado de gravidez actual da candidata a emprego, considerando-se que, ao abrigo do dever de informação, a candidata a emprego está adstrita a responder e a fazê-lo com verdade¹³⁷.

Portanto, em jeito de conclusão, e face à identificação e análise do direito à igualdade, do direito à personalidade e do direito à reserva da intimidade da vida privada¹³⁸, todos formulados na base do princípio da dignidade da pessoa humana,

¹³⁶ No mesmo sentido, PAULO MOTA PINTO em declaração de voto ao Ac. do TC nº 306/03, de 25 de Junho, distingue a prestação de informações relativamente ao estado de saúde do trabalhador das informações relativas ao estado de gravidez da trabalhadora grávida. Em relação à questão que aqui nos ocupa, considera este autor que “a fórmula utilizada, na medida em que inclui como fundamento mais do que a segurança e saúde da trabalhadora ou de terceiros (incluindo o feto), é excessivamente ampla, permitindo ao empregador a exigência de informações sobre um estado não patológico e que, para além do mais, possibilita inaceitáveis discriminações em função do género. Designadamente, quando não está em causa a protecção e a saúde da trabalhadora (eventualmente) grávida ou de terceiros, a possibilidade de o empregador exigir informações sobre este estado para apurar a aptidão – ou a melhor aptidão – para a actividade em causa afigura-se de todo em todo inaceitável. A meu ver – e sempre na medida em que não estejam em causa apenas a segurança e saúde da grávida ou de terceiros –, não basta então um controlo da proporcionalidade da exigência no caso concreto, já que, por um lado, a informação em causa se reporta à maternidade, que merece “especial protecção” por parte do Estado (artigo 68º, nº 3, da CRP), e, por outro lado, possibilita (ou inculca mesmo, pois a exigência de informação terá normalmente esse objectivo) actuações, por parte do empregador, de discriminação em razão do género, e em função da maternidade”.

¹³⁷ Neste sentido, cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II – Situações laborais individuais*, cit., pp 138.

¹³⁸ Ainda poderíamos acrescentar ao nosso elenco de direitos, o direito ao trabalho com previsão no artigo 58º da CRP, até porque “o direito ao trabalho é o primeiro dos direitos económicos, sociais e culturais, categoria que constitui uma das duas grandes divisões constitucionais dos direitos fundamentais, ao lado dos “direitos, liberdades e garantias”, consistindo “no direito de obter emprego ou de exercer uma actividade profissional”. Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp. 762 e 763, respectivamente. Mas na medida em que este direito não é directamente aplicável a entidades privadas, pois a nossa análise realiza-se no âmbito do direito do trabalho, enquanto relação de direito privado e daí a nosso constante recurso às normas do CT, não analisaremos este direito em particular.

sempre se dirá, seguindo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que “os direitos dos trabalhadores adquirem uma dimensão objectiva, que implica uma nova concepção da empresa (e das organizações de trabalho em geral), em que o empregador encontra importantes restrições no seu poder de direcção e na liberdade de empresa e na liberdade negocial e em que os trabalhadores deixaram de ser sujeitos passivos de uma organização alheia. Em linguagem mais actual, os direitos fundamentais dos trabalhadores consubstanciam a cidadania no trabalho, contrabalançando a posição de dependência do trabalhador na relação de poder que é a relação de trabalho.”¹³⁹ Efectivamente, o empregador está adstrito à observância de todos estes direitos dos trabalhadores, por força do princípio da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, nos termos do artigo 18º da CRP, na medida em que como realçam J.J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “em termos jurídico-dogmáticos, os direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis porque: 1) concebem-se e valem constitucionalmente como norma concretamente definidora de posições jurídicas (*norma normata*) e não apenas como norma de produção de outras normas jurídicas (*norma normans*); 2) *prima facie*, aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, designadamente do legislador (*interpositio legislatoris*); 3) também em princípio, constituem direito actual e eficaz e não apenas directivas jurídicas de aplicabilidade futura”¹⁴⁰ o mesmo é dizer “os direitos fundamentais (...) têm eficácia imediata perante entidades privadas”¹⁴¹, “a eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias implica que, tal como o Estado, também todas as entidades privadas estão sujeitas a um dever de não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais.

¹³⁹Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp 705-706.

¹⁴⁰ Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp 382.

¹⁴¹ Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp 385.

Os direitos, liberdades e garantias traduzem-se, assim, num dever geral de todos os cidadãos de respeitar e não infringir os direitos alheios¹⁴².

3.3. Tem a trabalhadora grávida “direito a mentir”?

Apesar de não termos encontrado, na pesquisa que efectuámos, muitas referências relevantes na doutrina ou na jurisprudência¹⁴³ relativas ao direito da trabalhadora a mentir em determinadas circunstâncias, encontramos alguns autores que se pronunciam pela existência de um direito de mentir do trabalhador. FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO escreve na sua dissertação, relativa à boa fé, que “pode parecer paradoxal abordar-se o problema do direito a mentir em uma dissertação sobre boa fé. Trata-se, no entanto, de paradoxo apenas aparente, no sentido de que tal direito existirá em circunstâncias excepcionais, caracterizando-se como uma faceta do próprio *ius resistendae* do empregado”¹⁴⁴. Num mesmo sentido está a posição defendida por TERESA COELHO MOREIRA que afirma que embora “a possibilidade de mentir a propósito do estado de gravidez só deva ser de aceitar como *ultima ratio* já

que é obrigação das partes actuarem de boa fé”¹⁴⁵, não deixa de considerar ser “necessário o reconhecimento de um direito à mulher de não responder quando questionada sobre o seu estado de gravidez, tendo o direito de o ocultar, podendo mesmo responder falsamente quando perguntada pelo empregador”¹⁴⁶. JÚLIO GOMES, afirmando que o empregador não pode colocar ao trabalhador questões relativas à sua saúde e vida sexual refere que “se o empregador colocar questões deste tipo, o trabalhador tem o “direito” de mentir ou de se calar. O direito de mentir não é um direito geral de mentira, mas um “direito” particular em razão da matéria proibida sobre a qual incide a questão”¹⁴⁷. Também LARISSA LEAL¹⁴⁸ considera que a simples contestação das indagações ou condutas do empregador não seria suficiente para a protecção do empregado, porquanto levariam ao mesmo resultado que o fornecimento da informação pretendida¹⁴⁹.

Na nossa perspectiva, e face a todo o atrás exposto, verificamos que a trabalhadora ou a candidata a emprego têm deveres –dever de informação, de lealdade e de cooperação– mas têm igualmente direitos, direitos estes de carácter constitucional e consagrados como direitos fundamentais –direito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à personalidade, ao desenvolvimento da personalidade, à reserva da

¹⁴² Cfr. CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp 385.

¹⁴³ Embora existam algumas decisões jurisprudenciais, essencialmente em sede de apreciação da licitude/ilicitude do despedimento, as mesmas não abordam, em concreto, esta possibilidade de a trabalhadora “poder” mentir. Nessas decisões, protege-se a mulher trabalhadora e a maternidade – de acordo aliás com o expressamente consagrado no CT, consagrando por exemplo que o que pode constituir justa causa de rescisão do contrato de trabalho pela trabalhadora, o facto desta, “ao apresentar-se após a alta da baixa por doença, por se encontrar grávida e a sua gravidez ser considerada de alto risco, ter sido instalada na sala de armazém de electrónica, numa mesa virada para a parede sem janelas de iluminação directa, local insalubre, não lhe sendo distribuídos quaisquer trabalhos”, cfr. Ac. do TRL de 27 de Setembro de 1995, CJ, 1995, 4º, p. 154; ou a instauração de procedimento disciplinar sem a emissão de parecer pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, cfr. Ac. STJ de 18/04/2007; Ac. TRL de 24/09/2008 ou Ac. TRP de 09/05/2007, entre outros, todos citados por MENDES, Marlene, ALMEIDA, Sérgio, BOTELHO, João, *Código do Trabalho Anotado*, Petrony, Lisboa, 2010, p. 107.

¹⁴⁴ ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. “A Boa fé no Contrato de Emprego”, São Paulo, Editora LTR, 1996, pp. 247 *apud* MORAES LEAL, Larissa Maria. “Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa fé nas relações de trabalho – as interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjectivos individuais dos trabalhadores”, *Revista Jurídica Brasília*, v. 8, nº 82, dez./jan., 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/rev_82/Artigos/PDF/lari_ssa_rev82.pdf (consultado em 23/04/2010).

¹⁴⁵ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, cit., pp 174-175.

¹⁴⁶ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, cit., pp 174-175.

¹⁴⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho – vol. I – Relações Individuais de Trabalho*, cit., p. 343.

¹⁴⁸ Justificando a sua opção em virtude de ser o empregador quem detém o poder de contratação, o que actualmente face às altas taxas de desemprego pode configurar um abuso de poder económico. MORAES LEAL, Larissa Maria. “Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa fé nas relações de trabalho – as interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjectivos individuais dos trabalhadores”, *Revista Jurídica Brasília*, v. 8, nº 82, pp 95, dez./jan., 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/rev_82/Artigos/PDF/lari_ssa_rev82.pdf (consultado em 23/04/2010).

¹⁴⁹ MORAES LEAL, Larissa Maria. “Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa fé nas relações de trabalho – as interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjectivos individuais dos trabalhadores”, cit., p. 95.

intimidade da vida privada– que consubstanciam limitações aos deveres anteriormente identificados.

Assim, em relação ao dever de informação que recai sobre a trabalhadora, verificamos que a lei estabelece os parâmetros em que essa informação desse ser fornecida e/ou obtida pelo empregador, começando por limitar o dever relativamente aos “aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral” e no caso em concreto do estado de gravidez, prevendo especificamente no artigo 17º, nº 2 a proibição de acesso a essa informação pelo empregador. Estamos no âmbito da esfera íntima do trabalhador, em que a protecção é absoluta, como se verifica da análise do direito à reserva da intimidade da vida privada, direito tutelado enquanto direito de personalidade e mais amplamente no seio do princípio da dignidade do ser humano. Ou seja, a questão não deve ser colocada à trabalhadora pelo empregador e, se o for, é uma questão ilegítima por contrária ao direito.

Sendo a questão ilegítima, a trabalhadora não incorre em violação do dever de informação pois, se colocar a questão é contrário ao direito, não se pode posteriormente querer retirar efeitos válidos de algo que está viciado na sua origem, ou seja, a resposta mesmo ferida de falsidade não pode acarretar quaisquer efeitos, em termos disciplinares ou outros, para a trabalhadora. Admitir o contrário seria admitir que alguém que, propositadamente, provoca uma situação ilícita, venha dessa situação a retirar proveitos.

Em relação ao dever de lealdade verifica-se que, com o conteúdo que actualmente lhe é conferido¹⁵⁰ –de carácter essencialmente contratual relacionado com o modo de cumprimento e de respeito do contrato celebrado, obediência às ordens legítimas que lhe sejam dadas pelo empregador e, no geral, caracterizado pela

observância do princípio geral da boa fé (quer na fase negocial quer durante a vigência do contrato)–, as questões pessoais do trabalhador, questões do seu foro íntimo estão fora do âmbito de aplicabilidade do dever de lealdade. Não consubstancia pois violação do dever de lealdade a trabalhadora que, no acesso ao emprego ou por ocasião da renovação do seu contrato de trabalho a termo (indicativo da existência de um vínculo contratual precário), declara não estar grávida ou não pretender engravidar. Poder-se-ia ponderar, em virtude do carácter *intuitu personae* que caracteriza o contrato de trabalho, que em situações em que a relação laboral tenha subjacente uma “especial relação de confiança”, como por exemplo a contratação para o desempenho de funções directivas, este dever fosse objecto de uma leitura “reforçada”, no sentido de fazer corresponder à “especial relação de confiança” um maior nível de comprometimento entre empregador e trabalhador. No entanto, mesmo neste caso não vislumbramos nenhum motivo atendível que possa justificar uma resposta diferente da anterior.

Em relação ao dever de colaboração, é possível considerar que o seu conteúdo é, de uma forma geral, idêntico ao do dever de lealdade. Embora tenha uma maior amplitude, também deste dever não pode decorrer qualquer limitação aos direitos fundamentais do trabalhador.

Ou seja, a candidata a emprego ou a trabalhadora grávida ao responderem com falsidade à questão (sobre a sua gravidez) que lhes é colocada pelo empregador (salvo as situações excepcionais que se prendam com a protecção da segurança e da saúde da grávida ou de terceiros), não só não violam qualquer dos deveres acima identificados como ainda encontram tutela, quer na legislação ordinária quer na constitucional, da protecção de um direito que é um dos seus direitos fundamentais – o direito de ser mãe.

Por outro lado, embora tenhamos centrado a nossa análise na perspectiva do trabalhador,

¹⁵⁰ Face ao afastamento da interpretação ampla que decorria da consideração deste dever como um dever de fidelidade que pressupunha uma submissão pessoal do trabalhador ao empregador, interpretação de duvidosa legalidade no nosso ordenamento jurídico.

também o poderíamos ter feito na perspectiva do empregador. Nesta perspectiva, recaem sobre o empregador, para além do dever de respeito pelo princípio geral da boa fé, os deveres de respeito pelo trabalhador¹⁵¹, de prevenção de riscos e de doenças profissionais¹⁵² e de observância do princípio geral da adaptação do trabalho à pessoa¹⁵³, nomeadamente proporcionando ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida pessoal¹⁵⁴. Assim, também o empregador está obrigado ao cumprimento destes deveres, o que desde logo torna ilegítimo o colocar da questão relativa à eventual gravidez da trabalhadora. Para além disso, o empregador tem adicionalmente o dever de respeitar as normas que tutelam os direitos dos trabalhadores, direitos estes que até se revestem de carácter constitucional¹⁵⁵. Como direitos do empregador, este tem direito à informação, à lealdade e à colaboração por parte dos trabalhadores mas sempre dentro dos parâmetros e limites já supra identificados e que, como vimos, não permitem a invasão da esfera íntima do trabalhador.

Assim, quer se entenda que deveres colidem com deveres (colisão dos deveres do empregador com os deveres do trabalhador) quer se entenda que deveres de uma das partes colidem com direitos da outra parte, ou ainda que direitos colidem com direitos (direitos do empregador colidem com direitos do trabalhador), a informação relativa ao estado de gravidez actual ou à intenção de engravidar da trabalhadora ou da candidata a emprego é uma informação do foro íntimo, cujo conteúdo é de “reserva absoluta” (excepcionados os restritos casos identificados), pelo que não tem de ser prestada, mesmo que tenha sido ilegitimamente questionada. É

consensual que não existe qualquer obrigatoriedade de resposta. Adicionalmente, há ainda que considerar que, como o silêncio pode provocar na contraparte desconfiança e levar a induzir um juízo que poderá prejudicar a trabalhadora grávida (pois na dúvida, o empregador poderá não proceder à sua contratação), o meio mais adequado que a trabalhadora pode ter para fazer valer os seus direitos, poderá ser através do recurso à mentira. Mentira essa que, por se encontrar justificada pela defesa de direitos dos trabalhadores em geral, e da trabalhadora grávida em particular, não deve ter quaisquer consequências. Queremos dizer que, com tal conduta, a trabalhadora não incorre em violação de nenhum dos deveres, não podendo por isso “ser alvo” de qualquer processo disciplinar.

Neste caso, o recurso à mentira pode assim ser visto como uma “espécie de exercício de direito de defesa” ou uma “legítima defesa” contra uma agressão ou tentativa de agressão que está a ser feita aos direitos que, constitucional e legalmente, foram conferidos à trabalhadora. Pelo que, todas as vezes que a trabalhadora ou a candidata a emprego estiver diante de uma situação em que o empregador, abusando do seu poder económico, procura obter informações que possam agredir a sua dignidade, essa mulher terá o direito de resistir, utilizando até mesmo o artifício da mentira, como forma de ocultar uma informação que se lhe pareça impertinente à questão laboral mas que, contraditoriamente, possa prejudicar a continuidade do seu contrato de trabalho ou sua contratação.

E, se num Estado de Direito nos repugna, pelo menos à primeira vista, admitir a existência de um direito a mentir de quem quer que seja e independentemente das circunstâncias, recordemos novamente que os princípios constitucionais e a consagração dos direitos fundamentais visam a pessoa humana não só enquanto cidadão mas também como trabalhador. Este entrecruzar de “dimensões constitucionais” implica que não se

¹⁵¹ Artigo 127º, nº 1, alínea a) do CT.

¹⁵² Artigo 127º, nº 1, alínea g) e h) do CT.

¹⁵³ Artigo 127º, nº 2 do CT.

¹⁵⁴ Artigo 127º, nº 3 do CT.

¹⁵⁵ Nos termos do artigo 18º da CRP, o respeito pelos direitos fundamentais é vinculativo para entidades públicas e privadas.

pode dissociar a dimensão da pessoa enquanto cidadã da pessoa enquanto trabalhador. Deste modo, e se tivermos presentes que o desenvolvimento da personalidade transporta uma dimensão de liberdade indispensável à auto conformação da identidade, da integridade e conduta do indivíduo, ou seja a liberdade¹⁵⁶ enquanto “um poder de autodeterminação em virtude do qual o homem escolhe ele mesmo o seu comportamento pessoal. É um poder que o homem exerce sobre ele mesmo”¹⁵⁷ através do qual expressa a sua vontade. Ora, se a vontade será “psicologicamente, o conjunto de fenómenos psíquicos. Eticamente, será uma atitude ou disposição moral para querer algo. Metafisicamente, por último, consistirá numa entidade à qual se atribui absoluta subsistência e se converte por isso em substrato de todos os fenómenos. A vontade não é concebível no estado puro e exprime-se no mundo dos factos e das estruturas sociais”¹⁵⁸.

Efectivamente, só é possível a pessoa auto-afirmar-se, tomar as suas decisões, firmar o seu verdadeiro “eu” se dotado de liberdade. Estamos no domínio da liberdade interna (a que se refere ao grau em que as acções de uma pessoa são guiadas pela sua própria vontade, para fazer o que se quer, ou poder satisfazer os desejos)¹⁵⁹. E, como

afirma BERLIN¹⁶⁰ “a dimensão da (minha) liberdade” depende:

- de quantas possibilidades me são facultadas;
- de quão fácil ou difícil é realizar cada uma dessas possibilidades;
- de qual a importância que no meu plano de vida concedo a essas possibilidades;
- em que medida essas possibilidades são ou não desencadeadas por actos humanos deliberados;
- que valor dá não apenas o agente, mas o sentimento geral da sociedade em que vive, a cada uma das possibilidades¹⁶¹.

Cabe ao Direito fornecer o enquadramento legislativo através do qual todas as pessoas tenham igual acesso a condições que lhes permitam formar a sua personalidade, garantindo a existência de liberdade como conceito “eminente moral (a liberdade como autonomia) e jurídico (a liberdade como liberdade fundamental ou civil)”¹⁶². Garante-se a liberdade, garantindo-se uma esfera de não-interferência dos outros na vida de cada um, facto pelo qual se geram deveres (negativos, de não interferência) para qualquer um, indivíduo ou colectividade, em relação a quem goza da liberdade¹⁶³.

Ora, se constitui incumbência do Estado, nos termos do art. 9º, alínea h) da CRP, promover a igualdade¹⁶⁴ entre homens e mulheres, assim se vinculando o Estado à observância e garantia dos

¹⁵⁶ Já J.J. ROUSSEAU, admitia que o contrato pudesse instituir “uma forma de associação que defenda e proteja, através de toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e através da qual cada um não obedece senão a si próprio e se mantém tão livre como anteriormente”, cfr. o autor em *Le contrat social*, Paris, 1834, p. 32 citado por CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 13-14. Ideia de liberdade que comportaria outras duas ideias de acordo com o ensinamento de João Caupers: a) a ideia de liberdade, ou de liberdade residual mínima como “aquela parcela de autonomia individual de que ninguém pode prescindir (...) sob pena de se atingirem os próprios fundamentos do contrato referido, outorgado para preservar a espécie humana e não para aniquilar” e a ideia de igualdade ou melhor de “igual margem de liberdade para todos”, cfr. CAUPERS, João, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, cit. pp. 13-14.

¹⁵⁷ NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 117.

¹⁵⁸ NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 295.

¹⁵⁹ NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 232.

¹⁶⁰ Citado por LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 130.

¹⁶¹ NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, cit., p. 234.

¹⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima. “Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna”, in RIOS, ROGER RAUPP (org.) e outros, *Em defesa dos direitos sexuais*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007, p. 46.

¹⁶³ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna”, cit., p. 46.

¹⁶⁴ Esta igualdade é uma igualdade jurídico-formal, abrangendo, quaisquer direitos e deveres existentes na ordem jurídica portuguesa. Mas, porque se reconhece a existência de desigualdade de facto (físicas, económicas, sociais, geográficas...) cabe ao poder público criar as oportunidades e as condições que permitam a todos usufruir dos mesmos direitos e cumprir os mesmos deveres. Cfr. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 221 e ss.

direitos fundamentais, para que estes sejam dotados de efectividade prática há que ampliar a sua aplicabilidade a todos os sujeitos públicos ou privados, singulares ou colectivos, sem excepção. Nesta senda, e na sequência do princípio geral de que todos os cidadãos são iguais perante a lei, a nossa Constituição alarga inclusive o âmbito de protecção subjacente aos direitos fundamentais a todas as entidades privadas. Assim, o art. 18º, nº 1 da CRP é dotado de eficácia externa, pelo que o princípio da igualdade, enquanto proibição de discriminação, pode impor-se às entidades privadas pelo que se reforça a ideia de uma igual posição em matéria de direitos e deveres. Estes direitos e deveres, onde se incluem os direitos fundamentais de que falamos, inclusive o direito à identidade e ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no art. 26º da CRP é directamente aplicável a todas as pessoas, tendo como destinatários os próprios particulares nas relações entre si¹⁶⁵, circunstância em virtude da qual, eles prevalecem e se impõem no âmbito laboral.

Em suma, a dignidade da pessoa humana determina respeito pela liberdade da pessoa e pela sua autonomia, nomeadamente na definição e afirmação da sua identidade, da decisão da mulher trabalhadora ou candidata a emprego ser ou não ser mãe e do momento em que decide sê-lo, sem a existência de qualquer tipo de constrangimento por parte de terceiros.

Deve-se assegurar ao ser humano que este seja capaz de escolher alternativas, de desenvolver a sua capacidade de escolher, de tomar o leme da sua vida individual como bem entender, sem receio de sofrer quaisquer tipos de constrangimentos quer de outras pessoas quer do Estado. O poder legislativo tem assim o importante papel de incrementar a eliminação destes constrangimentos, de consagrar a

liberdade como um valor - “liberdade nesses termos significa liberdade moral e liberdade civil em primeiro lugar, ou seja, uma forma de organizar a cooperação de modo a que alguns não vivam em função de outros”¹⁶⁶. Admitir um direito à mentira, mesmo nestas situações identificadas e restritas, pode levantar inúmeras questões nomeadamente no que concerne às ligações entre o direito e a moral. Trata-se, sem dúvida, de uma liberdade que assiste à trabalhadora – a liberdade de ser ou não mãe, e de quando o ser – que, não pode ser condicionada, só assim se garantindo uma efectiva igualdade¹⁶⁷ entre homens e mulheres no acesso ao emprego ou na manutenção desse emprego (com particular relevância para as situações de emprego marcadas pela precariedade, como referimos).

3.4. Perspectiva comparada: o direito a mentir do arguido em processo penal

The privilege against self-incrimination is one of the great landmarks in man's struggle to make himself civilized...

ERWIN GRISWOLD ¹⁶⁸

Consagra a nossa Constituição, nos termos do artigo 32º¹⁶⁹, as garantias de defesa no processo

¹⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna”, cit., p. 46.

¹⁶⁷ Tal como ROUSSEAU referia, “é essencial para o suposto outorgante do pacto social ter a certeza de que as restrições à sua autonomia individual não ultrapassam um certo limite e que este limite é o mesmo que protege a autonomia individual dos seus concidadãos”, citado por CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, cit., p. 15.

¹⁶⁸ *United States Solicitor General*, representante do Governo dos EUA junto do Supremo Tribunal dos EUA, entre 1967 e 1973.

¹⁶⁹ O teor do artigo 32º não se limita a consubstanciar uma norma meramente programática, há-de ser perante as circunstâncias de cada caso em concreto que se irão estabelecer os concretos direitos de defesa, no quadro geral dos princípios estabelecidos na lei. Pormenorizadamente sobre as garantias de defesa em processo criminal, cfr. SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, vol. I, 5ª edição. Lisboa, Editorial Verbo, 2008, pp 69 e ss; SILVA, Germano Marques e SALINAS, Henrique, em anotação ao artigo 32º da CRP, in MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp 702 e ss.

¹⁶⁵ Consistindo na eficácia horizontal do princípio da igualdade. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 347. Obra esta, onde esta matéria pode ser lida detalhadamente, p. 387 e ss; MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 238 e ss.

criminal¹⁷⁰, garantias estas que são depois concretizadas em sede de legislação penal e processual penal¹⁷¹.

O direito penal é o ramo do Direito em que o Estado exerce uma maior força coerciva e onde as penas podem revestir a característica de restrição de liberdade, indo muito além das meras sanções de carácter patrimonial. Não será pois de estranhar que todo o direito penal e processual penal se revista de cautelas, de modo a garantir a efectiva punição dos agentes de um crime mas a não punir eventuais inocentes. Essas cautelas encontram-se plasmadas na atribuição de um estatuto específico ao arguido e na consagração de direitos e garantias que lhe permitam o exercício efectivo de uma defesa.

O direito a todas as garantias de defesa integra:

- o direito ao silêncio, ao contraditório, à igualdade de armas e a dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da defesa;
- o direito de apresentar prova em defesa e contestar a prova da acusação;
- o direito à imediação;
- o direito de ser informado dos seus direitos,
- o direito de falar livre na sua pessoa e de não prestar juramento¹⁷².

Processualmente, as garantias de defesa do arguido permitem que lhe seja conferido um estatuto especial, tendo nomeadamente a faculdade de ser ouvido e de intervir no processo sempre que o considerar necessário e/ou conveniente.

Esta intervenção no processo pode ser utilizada pelo arguido de modo “activo”, decidindo prestar declarações em relação aos factos que lhe são imputados, ou de modo “passivo” decidindo

manter o silêncio, ou seja não prestando quaisquer declarações, sem que dessa atitude decorra para si qualquer sanção e/ou penalização. O direito ao silêncio é uma garantia processual¹⁷³ e apresenta-se como um direito de autodefesa. Historicamente, o direito ao silêncio e a não se auto-incriminar tem parte das suas raízes no pensamento de CESARE BONESANA, marquês de Beccaria, na sua obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764 e onde este jurista e filósofo italiano escreve contra a barbárie que constitui a aplicação de tortura a um acusado para que ele confesse a autoria do crime, sendo que, nessa altura, a confissão, mesmo que obtida por meio da tortura, era considerada como uma prova incriminatória da maior relevância processual. Nos dias de hoje, a tão mediatizada quinta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, frequentemente invocada frente a agentes da Administração americana, assegura aos norte-americanos o direito de permanecer calados e evitar assim a auto-incriminação, bem como a protecção contra buscas e detenções descabidas.

No entanto, o arguido apesar de ter o direito ao silêncio não tem a obrigação do silêncio, podendo decidir prestar declarações¹⁷⁴ e, se o fizer, pode decidir mentir, ou seja, prestar falsas declarações com o intuito de que essas declarações sejam tidas como verdadeiras.

Ora, se em relação ao silêncio se reconhece que “o direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa”¹⁷⁵, em relação à prestação de declarações falsas esta conclusão não é assim tão linear. Manter o silêncio é diferente de prestar declarações falsas.

¹⁷³ Muitas vezes utilizada pelos advogados de defesa como estratégia processual, depois de identificados os factos a investigar e a provar e de identificado o sujeito processual sobre quem recai o respectivo ónus da prova.

¹⁷⁴ As declarações em causa reportam-se aos factos que são imputados ao arguido, em relação à prática do ilícito penal em causa. Relativamente a declarações relativas à sua identidade e antecedentes criminais, sempre que a lei o preveja, o arguido tem o dever de prestar declarações e de o fazer com verdade, nos termos do artigo 61º, nº 3 do CPP. Portanto, não são estas declarações as que aqui nos ocupam, somente as declarações relativas aos factos criminais que, imputados ao arguido, levam à formulação de um juízo de culpa.

¹⁷⁵ Como descrito por COUCEIRO, João Claudino. *A garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp 23.

¹⁷⁰ Garantias que também encontram expressão no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e no artigo 14º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

¹⁷¹ Artigos 141º, nº 4; 143º, nº 2; 144º, nº 1 e 343º, nº 1 do CPP.

¹⁷² Neste sentido, Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, pp 181.

Tem-se considerado que o arguido, em virtude de não estar obrigado a prestar declarações, também estará dispensado do dever de veracidade se decidir prestá-las¹⁷⁶, termos em que estaríamos ainda no âmbito de tutela realizado através do direito ao silêncio e, genericamente, cumprindo o constitucionalmente imposto, ou seja, assegurando ao arguido “garantias de defesa”.

A discussão, quer doutrinária quer jurisprudencial, em relação à admissibilidade de um “direito à mentira” do arguido tem sido equacionada, fundamentalmente, no âmbito do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação, enquadrados numa perspectiva genérica de direitos de defesa do arguido.

Doutrinariamente, a explicação do direito ao silêncio é objecto de opiniões divergentes; para uns existe um dever de responder ao interrogatório e de dizer a verdade, pois os que estão no processo são partes processuais e, como tais, não agem em interesse próprio mas sim em nome da colectividade, razão pela qual não se pode mentir. Todos devem contribuir para o fim do processo e, nessa medida, contribuir para a descoberta da verdade material. Por outro lado os que opinam que o direito ao silêncio é um direito de auto-defesa, mediante o qual o arguido não teria a obrigação, o dever ou o ónus de dizer a verdade, podendo silenciar ou mentir, e nenhuma destas circunstâncias seria ameaça ao princípio da presunção de inocência que claramente diz que ninguém será considerado culpado até prova em contrário. Esta última posição é a adoptada em sede de direito penal no nosso ordenamento jurídico considerando-se que “(...) a relação intercedente entre o arguido e a finalidade de obtenção da verdade que o processo penal visa, encontra-se como que “cortada” – no sentido de que aquele não é obrigado a participar nesta finalidade através das suas declarações e não é, portanto, destinatário próprio do respectivo “dever

de colaboração na administração da justiça penal”¹⁷⁷.

É que a prática do facto criminoso imputado ao arguido e a necessidade natural que este tem de se defender, colocam-no face a um “conflito psicológico”¹⁷⁸ e, por isso, sobre o arguido só incide a liberdade de escolher como vai realizar a sua defesa. E se essa defesa pode ser realizada através do recurso ao silêncio, por maioria de razão também o poderá ser através do recurso à prestação de falsas declarações, entendendo-se nesta linha de pensamento que estamos perante a permissão intrínseca, dada ao arguido, de mentir, uma vez que lhe é permitido dizer o que quer com a certeza de que não será punido em consequência meramente das suas declarações¹⁷⁹.

Efectivamente, a lei não estabelece qualquer sanção para o arguido que, prestando declarações sobre os factos que lhe forem imputados falte à verdade. Mas o não estabelecimento de qualquer sanção poderá não significar a admissibilidade e licitude da mentira. Já em 1974 FIGUEIREDO DIAS¹⁸⁰ se pronunciava sobre um invocado direito a mentir, repudiando-o, pois “nada existe na lei, que possa supor o reconhecimento de um tal direito. As soluções legais em matéria de silêncio e de cessação do dever de colaboração explicam-se pela oposição que se quer fazer à velha e odiosa ideia inquisitória (...). Mas sendo assim poderia pensar-se (...) que, podendo o arguido optar livremente entre o silêncio ou o prestar declarações, caso escolhesse esta segunda

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, 1ª ed. 1974, reimpressão. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp 448, citando CORREIA, Eduardo, *RDES* 14, 1967, pp 34 e 38 ss. Também neste sentido, O arguido não tem o dever de colaboração com o tribunal na descoberta da verdade, como decorre do seu direito constitucional ao silêncio. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., pp 183. No mesmo sentido, cfr. VECCHIO, Giorgio del. *A verdade na moral e no direito*, tradução de Francisco José Vellozo. Braga, Editorial “Scientia Iuridica”, 1950, p. 56.

¹⁷⁸ CORREIA, Eduardo, *RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais*, 14, 1967, p. 34.

¹⁷⁹ Embora essas declarações possam ser objecto de apreciação no âmbito do processo, “mesmo mentirosas, as declarações do arguido podem ser úteis às averiguações, se mais não for pelo que elas podem reflectir como “expressão livre da personalidade”, FERREIRA, Cavaleiro, *Curso de Processo Penal*, II, pp. 57 *apud* SANTOS, M. Simas, LEAL-HENRIQUES, M., *Código de Processo Penal Anotado*, 3ª edição, I volume, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2008, p. 999.

¹⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, cit., pp 450.

¹⁷⁶ REIS, Pedro. “Dever de verdade – direito de mentir – história do pensamento jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLVIII, nº 1 e 2. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 460.

possibilidade continuaria a recair sobre ele um dever de verdade – ou um mero dever moral, ou mesmo um verdadeiro dever jurídico. A verdade, porém, é que do reconhecimento de um tal dever não ressaltam quaisquer consequências práticas para o arguido que minta, uma vez que tal mentira não deve ser valorada contra ele, quer ao nível substantivo autónomo das falsas declarações, quer ao nível dos direitos processuais daquele”. Conclui-se, então, que “não existe, por certo, um direito a mentir que sirva como causa justificativa da falsidade; o que sucede simplesmente é ter a lei entendido, ser inexigível do arguido o cumprimento do dever de verdade, razão por que renunciou nestes casos a impô-lo”¹⁸¹.

Porém, uma coisa é a inexigibilidade do cumprimento do dever de verdade pelo arguido, reconduzindo-o a um dever moral, e outra, totalmente distinta, é a inscrição de um direito a mentir do arguido, inadmissível num Estado de Direito.

A nossa jurisprudência tem decidido, em conformidade com o artigo 32º, nº 2 da CRP, que afirma que: “o arguido goza do direito ao silêncio, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações, para o que deve ser informado antes do interrogatório (art. 141º, nº 4, 143º, nº 2, 144º, nº 1, e 343º, nº 1, do CPP), sendo que o silêncio do arguido não pode ser interpretado como presunção de culpa; ele presume-se inocente. Com efeito, se o arguido se negar a prestar declarações ou a responder, seja qual for a fase do processo o seu silêncio não poderá ser valorado como meio de prova pois está legitimado como exercício de um direito de defesa que em nada o poderá desfavorecer (art. 343º, nº 1 e 345º, nº 1 do CPP); (...) tal realidade resulta, desde logo, pelo estatuto do arguido, definido pelo catálogo de direitos e deveres processuais do arguido penal, (art. 61º, do CPP), portanto o arguido não tem o dever de falar, não está obrigado a falar com verdade, salvo o caso das perguntas feitas, por entidade competente, sobre a sua

identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes, a mentira nem sequer é punida, o que também não lhe confere um direito a mentir (...) numa ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana e em princípios de liberdade e democracia é inadmissível a admissão de um direito à mentira do arguido.”¹⁸²

Paralelamente, GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁸³, em matéria penal tributária correlacionando o princípio da presunção de inocência, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação, refere que: “A Constituição não estabelece expressamente o princípio da não auto-incriminação (*privilege against self-incrimination* ou *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se delegere*) mas ele resulta do princípio constitucional da exigência de um processo equitativo e do direito de defesa, materializando a presunção de inocência (art. 32º, nº 1 e 2, da CRP). Resulta também do artigo 6º, nº 1 e 2 da CEDH e do artigo 14º, nº 3, alínea g) do PIDCP, aplicável na ordem interna portuguesa por força do disposto no artigo 8º da CRP. O direito à não auto-incriminação traduz-se no direito que tem qualquer pessoa, e também o arguido, a não contribuir para a sua própria incriminação e é geralmente aceite como estruturante do processo criminal. O Código de Processo Penal contém um vasto número de normas que são consequências do reconhecimento daquele princípio: o direito ao silêncio do arguido (art. 343º, nº 1, e 345º, nº 1), o dever de esclarecimento ou advertência sobre os direitos decorrentes daquele princípio (art. 58º, nº 2 e 4; 61º, nº 1, alínea b); 141º, nº 4, alínea a) e 343º, nº 1). Se o princípio da não auto-incriminação é um princípio com matriz

¹⁸² Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/11/2005 (proc. 7995/2001-3) disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/58c715ca1138e97e802570b900556bb>, consultado em 01/04/2010.

No mesmo sentido os acórdãos do STJ de 12/03/2008 (proc. nº 08P694), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6082ccff48a8006980257421003b925>, consultado em 01/04/2010 e de 03/09/2010 (proc. nº 08P2044), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4bd73ea7101a2a83802574ce002fe45>, consultado em 01/04/2010.

¹⁸³ SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário*, Universidade católica Editora, Lisboa, 2009, pp 176.

¹⁸¹ O comportamento processual mentiroso do arguido configura o que o autor veio a designar de acto processual de dupla função, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, cit., pp 451.

constitucional e um princípio do processo penal português, será lógico que esse princípio valha também no processo penal tributário, mais considerando GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁸⁴ que “a garantia de não auto-incriminação vale tanto para os documentos não obrigatórios como para as declarações pessoais”.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁸⁵ também já considerou que um pedido de informação sob ameaça de sanção (pagamento de uma multa caso não prestasse as informações solicitadas), enquanto incide directamente sobre a vontade da pessoa intimada, constitui violação do direito a não auto-incriminação, na medida em que a pessoa tenha razões para crer que, cumprindo com o que lhe é pedido, pode ser incriminada. Em síntese, pode extrair-se da sentença que é contrário ao direito a um processo equitativo aplicar sanções pelo incumprimento de deveres de informação, na medida em que a informação pedida possa servir como base para uma acusação penal ou qualquer outro processo sancionador.

Apesar de alguns autores considerarem que a questão de saber se existe um direito a mentir sobre os factos da culpa tem pouco alcance prático, pois em qualquer caso seria inexigível o cumprimento do dever de verdade¹⁸⁶, como se verifica, a problemática do direito à mentira do arguido tem sido equacionada e até se pode considerar que a mentira é tolerada, alegando que “se é permitido calar (total ausência de comunicação), então também será permitido mentir (comunicação de algo inverídico), no

estranho sentido de que aquilo que for dito ao abrigo dessa permissão é pura “benevolência” (...)”¹⁸⁷, logo, e por maioria de razão, se a declaração não é devida também não se pode responsabilizar o declarante em função da veracidade ou não do conteúdo das suas declarações. Está-se assim perante um “axioma formal”¹⁸⁸, na medida em que as consequências de manter o silêncio ou de prestar declarações inverídicas são as mesmas, ou seja, nenhuma, pois “se não se proíbe não se pode punir, e se não se pune não adianta proibir”¹⁸⁹.

Ou seja, a mentira é tolerada e do facto de o arguido faltar à verdade nas declarações que presta em processo penal não decorrem para si quaisquer efeitos -o que se enquadra no âmbito das garantias de defesa do arguido e do seu estatuto especial de arguido- mas, apesar desta tolerância, quer a nossa doutrina quer a nossa jurisprudência são unânimes em afirmar que “não se trata de um direito de mentir, mas simplesmente da não punição da mentira”¹⁹⁰ ou, como refere FIGUEIREDO DIAS, “de um ponto de vista processual, ele não constitui um acto processualmente inadmissível (...) de um ponto de vista substantivo, tal comportamento não integra já o tipo incriminador das falsas declarações”¹⁹¹.

De todo o exposto pode concluir-se que, não obstante a inadmissibilidade de um “direito a mentir” cujo principal argumento consiste na contrariedade aos princípios de um Estado de Direito, a verdade é que o direito de defesa do

¹⁸⁴ SILVA, Germano Marques. *Direito Penal Tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário*, cit., pp 176.

¹⁸⁵ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso J.B vs. Switzerland, sentença de 13 de Maio de 2001. Trata-se de um caso de cariz tributário, em que o contribuinte alegou em certa altura não estar obrigado a proporcionar informações eventualmente incriminatórias, tendo a sua pretensão sido desatendida nos tribunais nacionais. Interposto recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, este foi chamado a analisar a questão de saber se o facto de se aplicarem multas a uma pessoa por não proporcionar informações era compatível com o artigo 6º da Convenção. Cfr. [¹⁸⁶ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado e legislação complementar*, 17ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, em anotação ao artigo 61º.](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&ihtmlang=en&lng1=en,pt&lng2=cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,nl,pl,pt,sk,sv,&val=420659:cs&p age=”, consultado em 20/04/2010.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁸⁷ REIS, Pedro, “Dever de verdade – direito de mentir – história do pensamento jurídico”, cit., p. 461.

¹⁸⁸ REIS, Pedro, “Dever de verdade – direito de mentir – história do pensamento jurídico”, cit., p. 463

¹⁸⁹ Pedro Reis ainda aponta, a propósito das consequências que podem decorrer da mentira, o que designa como o desequilíbrio da “ética do sistema”¹⁸⁹, porquanto uma declaração falsa produz consequências injustas e os mecanismos superficiais do sistema, (violação de normas legais que tipificam comportamentos ilícitos) bem como os seus mecanismos mais intrínsecos (princípios e valores plenos, como a boa fé), não respondem a esse efeito. Cfr. REIS, Pedro. “Dever de verdade – direito de mentir – história do pensamento jurídico”, cit., p. 468.

¹⁹⁰ DIAS, Figueiredo. *Direito Processual Penal*, cit., pp. 450 e ss; FERREIRA, Cavaleiro. *Curso de Processo Penal*, cit., p. 152; SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, cit., p. 277; GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal Anotado e legislação complementar*, cit., em anotação ao artigo 343º.

¹⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, cit., p. 452.

arguido lhe garante a liberdade de escolher o meio que julgue mais adequado para prosseguir essa sua defesa, utilizando uma ou várias das garantias de defesa que pelo complexo normativo são colocadas à sua disposição, podendo intervir no processo do modo que entender conveniente aos seus interesses e, por isso, tendo a liberdade de escolher se presta ou não declarações e, caso as preste, se o faz ou não com verdade, não incidindo sobre ele esse dever jurídico.

4. Conclusão

*Mas existirá algum facto independente da opinião
e da interpretação?*

HANNAH ARENDT

A mentira, porque considerada errada do ponto de vista religioso, moral e social, sempre foi tendencialmente repudiada, embora a história da humanidade se encontre repleta de relatos de situações em que a mentira foi utilizada, e até nalgumas dessas situações sem que daí tenha resultado, para o mentiroso, qualquer consequência nefasta desse seu comportamento.

Efectivamente, em virtude de ter na sua base o “engano” do outro, assim alterando os seus actos e/ou vontade, a mentira não pode ser admitida numa sociedade como regra de vivência geral sob pena de vivermos numa sociedade baseada na ilusão.

No entanto, todo o exposto ao longo do presente trabalho, inclusive, estas últimas linhas que acabámos de redigir, nos fazem pensar....será que a sociedade não terá sempre tido uma vasta componente de ilusão (mesmo sem considerarmos o postulado platónico das ideias imperfeitas, e portanto ilusórias, do mundo concreto) e será que, nos dias de hoje e numa sociedade tão extensamente mediatizada, essa componente de ilusão não é até dominante? Afinal, a verdade é muito mais dura do que a mentira, a qual pode revestir um carácter muito mais suave e fácil de vivenciar (e a este propósito referenciamos aqui

especificamente o filme *Matrix*, que reformula e adapta a tempos pós-modernos o mito da caverna de Platão).

A mentira com carácter genérico é inadmissível mas em certas e determinadas situações bem delineadas pode ser tolerada, admissível, justificada e até desejável. São exemplos, como vimos a mentira branca, a mentira nobre, a mentira piedosa ou até a “mentira social”, mentiras relativas a determinados comportamentos mais ou menos triviais que permitem a vida em sociedade.

Também a mentira pode encontrar-se justificada enquanto meio ou instrumento de defesa de direitos contra agressões que lhes sejam infligidas por terceiros, se esse for o modo de defesa mais adequado e proporcional em face da concreta circunstância.

Relativamente à trabalhadora grávida parece-nos que os argumentos da nossa doutrina e jurisprudência utilizados relativamente ao arguido se aplicam *mutatis mutandis* à trabalhadora grávida.

Em ambos os casos estamos perante situações em que um indivíduo, no âmbito do exercício de um direito ou enquadrado no âmbito de tutela de um direito, utiliza o meio que no momento e face à situação em concreto com que tem de lidar, lhe parece ser o melhor meio para garantir a defesa e efectividade do direito em causa. Em termos comparados, se na hipótese do arguido a mentira é tolerável e até admissível porquanto se tratar de uma extensão do direito ao silêncio, enquadrado em termos amplos no âmbito das garantias de defesa do arguido, então no caso da trabalhadora grávida a factualidade é idêntica, embora não exactamente igual. Vejamos:

- a trabalhadora grávida é confrontada, no momento da entrevista para admissão ao emprego ou no momento em que se pondera a eventual renovação do seu contrato de trabalho a termo, com uma questão que, como vimos, é ilegítima. Ao ser colocada a questão, a resposta tem de ser imediata, e não existe, em regra, qualquer período de tempo intermédio entre a questão e a resposta, que permitisse à trabalhadora reflectir e ponderar

como melhor responder a essa questão e se ela é ou não legítima ou pertinente. Comparativamente, o arguido em virtude das garantias de defesa que lhe são conferidas tem a possibilidade de pensar como irá realizar a sua defesa, podendo até, se o quiser, ser assistido e aconselhado por advogado, o que permite ao arguido delinear a melhor estratégia de defesa a adoptar e agir em conformidade com essa estratégia, passe ela por manter o silêncio, prestar declarações verdadeiras ou mentir. Portanto, deste ponto de vista, a mulher candidata a emprego ou trabalhadora grávida encontra-se numa posição até menos favorável/favorecida, em relação ao arguido, dado não ter tempo para delinear a sua estratégia de defesa;

- a trabalhadora grávida é confrontada com uma questão que sendo ilegítima e não devendo ter sido colocada, no entanto foi efectivamente colocada. Ou seja, não foi a trabalhadora que iniciou o “processo” cujo desfecho será a emissão por si de uma mentira. Pois, não foi ela quem, agindo contrariamente ao princípio geral da boa fé, colocou uma questão que não poderia colocar. Não esqueçamos que estamos perante uma questão que em hipótese alguma pode ser colocada à trabalhadora a não ser que se justifique objectivamente a colocação da questão; mesmo nestes casos terá de ser fornecida à trabalhadora a respectiva justificação escrita e a sua resposta será sempre dada a um médico e não directamente ao empregador. Por seu lado, se o arguido está a ser chamado a responder perante a justiça é porque recaem sobre ele suspeitas da prática de um determinado crime, ou seja, em princípio, foi ele quem iniciou o “processo”, que poderá também culminar na emissão de uma mentira pelo arguido;

- a trabalhadora grávida pode defender-se, face à agressão dos seus direitos fundamentais. Comparativamente, o arguido, no uso das garantias constitucionais de defesa que lhe são conferidas, também se pode defender. Ou seja, em ambos os casos trata-se de direito à defesa: no caso da grávida face à agressão dos seus direitos por parte do empregador; no caso do arguido pelo legítimo uso dos direitos que lhe são conferidos;

- em ambos os casos a lei não impõe a obrigatoriedade de responder. No caso da trabalhadora grávida porque, desde logo, existe um limite ao direito à informação do empregador que afasta o dever de informação por parte da trabalhadora. No caso do arguido porque o CPP adverte expressamente o arguido de que tem de responder com verdade em relação às informações relativas à sua identidade e antecedentes criminais, mas nada refere nesse sentido relativamente aos factos da culpa, ou seja, aos factos criminais que estão a ser imputados ao arguido;

- embora não esteja expressamente positivado (porque não o tem de estar, uma vez que a questão em análise –questão sobre estado de gravidez- está legalmente vedada), a mulher grávida candidata a emprego ou trabalhadora pode defender-se mantendo o silêncio, ninguém será obrigado a responder a algo que o possa prejudicar ou a se auto-incriminar. Ao arguido é expressamente reconhecido o direito processual ao silêncio. Logo, a interpretação realizada da extensão da aplicabilidade de tutela do direito ao silêncio é aplicável à hipótese da trabalhadora grávida;

- também nos parece que de um facto a que o empregador ilegitimamente deu causa, não pode vir depois a retirar qualquer proveito, o que significa que se não tem legitimidade para colocar a questão, não terá legitimidade para aplicar qualquer sanção decorrente e com fundamento num facto (a resposta mentirosa), que em última análise, foi ele que fomentou. No caso do arguido, este raciocínio é realizado tendo em consideração as consequências comparativas de manter o silêncio ou de mentir, como vimos.

Sempre diremos que a hipótese da tolerância da mentira ou da sua admissibilidade relativamente à questão que aqui nos ocupa poderá encontrar justificação no facto de ser esse o meio considerado mais adequado e proporcional para a candidata a emprego ou trabalhadora grávida, no momento em concreto, se defender da agressão que lhe está a ser infligida. Pois sabemos que, não obstante se poder tratar desde logo de uma

questão de discriminação, é muito difícil provar esse facto. Não há como provar que aquela não contratação daquela trabalhadora ou a não renovação daquele contrato têm como verdadeiro motivo o estado de gravidez da mulher. Não esqueçamos que, no primeiro caso, o empregador não está vinculado a contratar a mulher grávida e a formação da vontade contratual do empregador é composta pela apreciação de variados aspectos que ele, em regra, nem tem de justificar. E, no caso da renovação do contrato, se porventura o empregador fizer caducar o contrato por causa da gravidez da trabalhadora, o motivo que irá constar dessa comunicação não será, seguramente, o facto de a trabalhadora estar grávida, será sim um motivo objectivo relacionado com o carácter temporário ou com o fundamento que esteve na origem da própria contratação mediante a modalidade contratual de contrato a termo.

Se, porventura, a lei processual tivesse um mecanismo que permitisse, nestes casos, a presunção de que a não admissão ao trabalho constituía um acto ilícito, cabendo ao empregador o ónus da prova de demonstrar que, pelo contrário, tinha sido um acto lícito, nessa situação já a trabalhadora teria, porventura, de responder sempre com verdade à questão. No entanto, este mecanismo para além de não existir, poderia também não ser muito eficaz na medida em que, por um lado, nem todas as trabalhadoras recorreriam a tribunal para fazer valer os seus direitos e, por outro lado, o desgaste que o processo judicial iria provocar nas partes, acabaria na maioria das vezes por inviabilizar a vontade de celebrar contrato de trabalho, mesmo que a decisão judicial fosse favorável à candidata a emprego. Para além disso, seria um processo que se arrastaria no tempo, sem que a trabalhadora tivesse iniciado a sua prestação laboral nem tivesse obtido o rendimento que pretendia quando se candidatou a esse trabalho.

Em resumo, embora não se admita no geral (e pensamos que nunca será possível admitir) o “direito à mentira”, pois seria porventura admitir o “caos societário”, poderão existir situações

específicas e particulares, nas quais a mentira pode ser tolerada, admissível e justificada. Essa tolerância, admissibilidade e justificabilidade tem contudo de ser enquadrada face às circunstâncias factuais e legais de determinada situação, particularmente em casos em que se esteja perante uma determinada agressão e em que é, perante essa agressão, que o sujeito é “levado” a mentir como meio de defesa. Assim, e também de acordo com os princípios gerais do pensamento de SCHOPENHAUER, é nossa opinião que deverá ser permitido à candidata a trabalhadora ou à trabalhadora grávida, para afastar uma injustiça (neste caso a questão ilegítima sobre a sua gravidez actual ou sobre o seu desejo de engravidar), agir com astúcia, ou seja, mentir sobre a sua condição de grávida ou sobre o seu desejo de engravidar.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005;
- ABRANTES, José João. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa, AAFDL, 1990;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008;
- AMARAL, Maria Lúcia, AAVV. “O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência Constitucional Portuguesa” in AAVV, *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário – Estudos de Direito e Filosofia*. Coimbra, Almedina, 2009;
- APOSTOLIDES, Sara Costa. *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra, Almedina, 2008;
- ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*, tradução de Manuel Alberto. Lisboa, Relógio d'Água, 1995;
- BATTISTELLI, Luigi. *A mentira – nos normais, nos criminosos e nos loucos*, Coleção Stvdivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais. Coimbra, Editor Arménio Amado, 1943;

- BELO, Fernando. *Leituras de Aristóteles e de Nietzsche – a poética sobre a verdade e a mentira*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994;
- BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais – avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra, Almedina, 2010;
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003;
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 1995;
- CARVALHO, Paulo Morgado (coord). *Prontuário de Direito do Trabalho nº 65*, CEJ, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;
- CAUPERS, João. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição. Coimbra, Almedina, 1985;
- CONSTANT, Benjamin. *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier, des réactions politiques, des effets de la terreur*. Paris, Flammarion, 1988;
- CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra, Almedina, 1997;
- CORREIA, Eduardo, RDES 14, 1967;
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, 1ª ed. 1974, reimpressão. Coimbra, Coimbra Editora, 2004;
- FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 12ª edição. Coimbra, Almedina, 2004;
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil. Vol. I, 2ª edição*. Lisboa, Lex, 1995;
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho, Vol. I – Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal Anotado e legislação complementar*, 17ª edição, Coimbra, Almedina, 2009;
- KANT, Immanuel. “Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade”, in *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 1989;
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes, Parte II – Princípios metafísicos da doutrina da virtude*, tradução de Artur Mourão. Lisboa, Edições 70, 2004;
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução de Paulo Quintela. Porto, Porto Editora 1995;
- KOYRÉ, Alexandre. *Reflexões Sobre a Mentira*. Lisboa, Frenesi, 1996;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho*, 2ª edição. Coimbra, Almedina, 2010;
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna”, in RIOS, Roger Raupp (org.) e outros. *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007;
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Coimbra, Atlântida, 1935;
- MATOS, Vitor. *Freakpolitics*. Revista SÁBADO, 30/07/2010;
- MENDES, Marlene, ALMEIDA, Sérgio, BOTELHO, João. *Código do Trabalho Anotado*. Lisboa, Petrony, 2009;
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª edição*. Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010;
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia iuridica, 78, 2004;
- NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004;
- NIETZSCHE, Friedrich. *Acerca da verdade e da mentira*. Lisboa, Relógio D'Água, 2000;
- PLATÃO. *A República*. Lisboa, Edições 70, 1997;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra, Almedina, 2000;

- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I – dogmática geral*. Coimbra, Almedina, 2005;

- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*. Coimbra, Almedina, 2006;

- REIS, Pedro. “Dever de verdade – direito de mentir – história do pensamento jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLVIII, nº 1 e 2. Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

- ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. “A Boa fé no Contrato de Emprego”, São Paulo, Editora LTR, 1996;

- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Os devaneios do caminhante solitário*. Lisboa, Livros Cotovia, 2004;

- RUSSEL, Bertrand. *Ensaio Cépticos*, tradução de Marisa Motta. Porto Alegre, L&PM Editores, 2008;

- SANTOS, M. Simas, LEAL-HENRIQUES, M.. *Código de Processo Penal Anotado*, 3ª edição, I volume, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2008;

- SARTRE, Jean-Paul. *O muro*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1974;

- SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, vol. I, 5ª edição. Lisboa, Editorial Verbo, 2008;

- SILVA, Germano Marques. *Direito Penal Tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário*, Universidade católica Editora, Lisboa, 2009;

- VECCHIO, Giorgio del. *A verdade na moral e no direito*, tradução de Francisco José Velozo. Braga, Editorial “Scientia iuridica”, 1950;

- WILDE, Óscar. *O Declínio da Mentira*. Lisboa, Passagens, 1991;

- Williams, B. *Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy*. Princeton, Princeton University Press, 2002;

- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico. Investigações Filosóficas*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed, 1995;

- SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da Moral*, tradução de Maria Lúcia Cacciola. São Paulo, Edições Martins Fontes, 1995.

- SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como vontade e como representação*, tradução de Sá Correia. Porto, Rés-Editora, 2005.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Artigos e/ou monografias:

- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Edições Martins Fontes, 1999. Disponível em www.pfilosofia.pop.com.br/03_filosofia/03_03_pequeno_tratado_das_grandes_virtudes/pequeno_tratado_das_grandes_virtudes.htm (consultado em 13/07/2010);

- GIANETTI, Eduardo. *Auto-engano*. Disponível em www.fgospel.com.br/portal/img/bd/536.pdf (consultado em 20/06/2010);

- KANT, Immanuel. *Sobre um suposto direito de mentir*. Disponível em www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf, (consultado em 15/03/2010);

- MORAES LEAL, Larissa Maria. “Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa fé nas relações de trabalho – as interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjectivos individuais dos trabalhadores”, *Revista Jurídica Brasília*, v. 8, nº 82, dez./jan., 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/revista/rev_82/Artigos/PDF/larissa_rev82.pdf (consultado em 23/04/2010);

- PESSOA, Fernando. *Cancioneiro*. Disponível em www.dominiopublico.gov.br/download/texto/pe000006.pdf (consultado em 20/05/2010);

- SANTO AGOSTINHO. *De Mendacio e Contra Mendacio*. Citado no livro de SCHAFF, Phylip. *On the Holy Trinity; Doctrinal Treatises; Moral Treatises*. Grand Rapids: Christian Classics Ethereal Library. Disponível em <http://www.ccel.org/ccel/schaff/npnf103.pdf> (consultado em 17/06/2010);

- STANDFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. *The definition of lying and deception*. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/lying-definition/> (consultado em 14/04/2010).

Jurisprudência:

-Acórdão do TC n° 368/02 de 25 de Outubro, acessível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html (consultado em 27/06/2010);

-Acórdão do STJ de 12/03/2008, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6082ccff48a8006980257421003b925> (consultado em 01/04/2010);

-Acórdão do STJ de 03/09/2010, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4bd73ea7101a2a83802574ce002fe45> (consultado em 01/04/2010);

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/11/2005, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/58c715ca1138e97e802570b900556bb> (consultado em 01/04/2010).

- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (caso J.B vs. Switzerland), sentença de 13 de Maio de 2001 <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&ihtmlang=en&lng1=en,pt&lng2=cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,nl,pl,pt,sk,sv,&val=420659:cs&page> (consultado em 20/04/2010).

A AUTORA

Marlene Alexandra Ferreira Mendes nasceu em Coruche em 22 de Abril de 1976. Em 1994 ingressou no Curso de Licenciatura em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e aí termina esse seu ciclo de estudos em 1999 com a classificação final de Bom – 14 valores. Em 2003, ingressou no Curso de Mestrado Científico em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que vem a terminar em Dezembro de 2008 com a defesa da Tese de Mestrado intitulada *A flexibilidade do contrato de trabalho*, sob a orientação da Exma. Professora Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho. Obtém a classificação de 15 valores e o grau de mestre em Ciências Jurídico-Empresariais. Em 2009 ingressou no Curso de Doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, curso que se encontra atualmente a frequentar sob a orientação da Exma. Professora Doutora Helena Pereira de Melo.

A título profissional no período de 1999 a 2001 realizou o seu estágio como advogada estagiária findo o qual, em 2001, obteve a sua cédula profissional de advogada. De 2001 a 2003 exerceu a advocacia em escritório próprio. Desde 2003 exerce funções docentes no Ensino Superior Politécnico, integrando, atualmente, o departamento de Ciências Empresariais do Instituto Politécnico de Beja. Docente da área científica de Direito leciona, atualmente, Direito do Trabalho, Direito das Sociedades, Direito Aplicado à Enfermagem e Direito das Coisas. É autora de: *A Flexibilidade no Contrato de Trabalho. Unpublished Master* (MEd), dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008. É co-autora de: *Código de Processo de Trabalho Anotado*, Petrony, Lisboa, 2010; *Código do Trabalho Anotado*, Petrony, Lisboa, 2009; *O Contrato de Trabalho – regime actual*, Petrony, Lisboa, 2009.



A INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA:

EM ESPECIAL, OS DEVERES DE INFORMAÇÃO DO INTERMEDIÁRIO
PERANTE O CLIENTE

PEDRO MIGUEL S. M. RODRIGUES

Mestrando em Direito

SUMÁRIO:

1. Introdução
2. O Contrato de Intermediação Financeira
 - 2.1. Contratos de investimento
 - 2.2. Contratos Auxiliares
3. Os Deveres do Intermediário Financeiro perante o cliente: em especial, os deveres de informação
 - 3.1. A *ratio* dos deveres de informação no Código dos Valores Mobiliários
 - 3.2. O regime dos deveres de informação no Código dos Valores Mobiliários
4. A responsabilidade do intermediário financeiro por violação dos deveres de informação
 - 4.1. O regime do art. 304.º-A do Código dos Valores Mobiliários
 - 4.2. O regime do art. 324.º do Código dos Valores Mobiliários
 - 4.3. A natureza jurídica da responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente
5. Conclusão
6. Bibliografia

A INTERMEDIAÇÃO FINANCEIRA:

EM ESPECIAL, OS DEVERES DE INFORMAÇÃO DO INTERMEDIÁRIO PERANTE O CLIENTE

PEDRO MIGUEL S. M. RODRIGUES
Mestrando em Direito

RESUMO:

O presente estudo tem como objectivo analisar, reflectir e compreender os contratos de intermediação financeira, mormente, os deveres de informação que recaem sobre o intermediário financeiro e as consequências, jurídicas e dogmáticas, da sua violação. Por um prisma inicial, cabe-nos reconhecer que o contrato de intermediação financeira desempenha um papel indispensável na orgânica contratual dos mercados financeiros e, mesmo, no dia-a-dia das operações financeiras. Estamos perante um negócio jurídico que abre as condições para o encontro da oferta e da procura nos mercados de valores mobiliários. Permite assim ao indivíduo, que pretende rentabilizar os seus rendimentos e as suas poupanças, aceder a um conjunto de instrumentos com o objectivo de conseguir acréscimos patrimoniais. Concomitantemente, constrói-se uma relação de confiança entre o investidor e o intermediário financeiro, sendo este o interlocutor daquele nos mercados financeiros.

No Código dos Valores Mobiliários encontramos um composto leque de contratos de intermediação financeira, não sendo uma lista taxativa. Estamos sim perante uma forma contratual autónoma, que a lei reconhece e que lhe atribui regras próprias. Apesar dos vários tipos contratuais, conseguimos encontrar regras comuns como sejam a necessidade de forma escrita, a existência de vários deveres informativos pré-contratuais comuns e, ainda, a comercialidade destes contratos. Do mesmo modo encontramos uma divisão legal no que toca aos contratos de intermediação financeira: de um lado, temos os contratos de investimento, como sejam o contrato de gestão de carteira ou o contrato de colocação e tomada firme, com o intuito de praticar serviços na área de intermediação financeira; e os contratos auxiliares, como sejam, o contrato de assistência ou o contrato de recolha de intenções de investimento, com o objectivo de prestar serviços auxiliares aos contratos de intermediação.

O regime dos deveres informativos presentes no Código dos Valores Mobiliários é extenso, profundo e abrangente, e visam proteger os investidores e defender o mercado e a sua regulação. Pretende-se proteger o investidor não qualificado que não tem acesso privilegiado à informação dos mercados, construindo uma relação de confiança com o intermediário e o mercado. Ademais, pretende-se proteger o próprio mercado através da confiança gerada na informação disponibilizada e divulgada pelos seus agentes. Assim, podemos encontrar deveres de informação pré-contratual, que visam conduzir o investidor a uma decisão fundamentada e esclarecida, ligada à confiança sentida através da informação disponibilizada; e, deveres de informação contratual, constituindo-se como típicos deveres da relação de mandato. A responsabilidade civil do intermediário financeiro por violação dos seus deveres de informação contém uma índole subjectiva, através da aferição da culpa do intermediário financeiro, operada através da presunção de culpa presente no Código, e também uma natureza objectiva, através da previsão do incumprimento dos seus deveres contratuais aquando da execução do contrato.

1 – Introdução (*)

O presente trabalho tem como escopo principal analisar o regime dos deveres de informação que recaem sobre o intermediário financeiro, procurando a *ratio* que funda a sua existência, ao mesmo tempo que se irá procurar qual o melhor caminho para a definição do tipo de responsabilidade que está em causa, quando o intermediário financeiro viola os seus deveres legais.

A escolha deste tema não foi displicente ou tomada sem noção das dificuldades que acarreta. Por detrás deste acervo legal podemos encontrar um elenco de deveres informativos que não encontram paralelo no regime legal português, fruto da expansão que esta actividade teve no nosso país. Falar dos contratos de intermediação financeira e, em específico, dos deveres informativos do intermediário financeiro é perceber a intrincada rede de protecção que o legislador criou para proteger os clientes investidores considerados como não qualificados, em suma, o típico cidadão que tenta rentabilizar as suas poupanças conseguidas ao longo de vários anos de trabalho e planeamento cuidado.

Por outro lado, o trajecto que propomos seguir irá reflectir, tanto na argumentação, como na análise e também nas conclusões tiradas, a importância que este tema merece na doutrina actual civilística. No mundo globalizado onde a finança impera e onde os mercados de capitais ditam leis não escritas, é imprescindível que os instrumentos financeiros estema dotados de um revestimento legal que consiga proteger a parte mais fraca – o cliente-investidor. Não obstante este objectivo imperial, iremos descobrir através da nossa análise que o profuso acervo legal de deveres informativos a cabo do intermediário financeiro também tem como escopo a protecção do próprio mercado, e a certeza que estão criadas condições

para que a sociedade tenha confiança nos seus agentes.

A primeira parte do trabalho irá debruçar-se, de forma genérica e breve, sobre os vários contratos de intermediação financeira que existem no regime legal português. Tratar-se-á de uma análise aos seus pontos principais de regime, com uma atenção cuidada à natureza jurídica que a doutrina considera ser a mais justificada. Numa segunda parte, iremos abordar e analisar o acervo normativo que serve de base aos deveres informativos que recaem sobre o intermediário financeiro. Iremos debruçar-mo-nos sobre quem deve informar e como deve informar, com uma especial atenção ao contrato de gestão de carteira de títulos. Por último, iremos analisar a responsabilidade do intermediário financeiro por violação dos deveres legais de informação, em que moldes ela se processa, quais as presunções existentes e quais as consequências. Na parte final iremos reflectir sobre que tipo de responsabilidade está em causa e quais as consequências práticas na posição adoptada.

2 – O Contrato de Intermediação Financeira

2.1 – O Contrato de Intermediação Financeira: em especial, os contratos de investimento e os contratos auxiliares

A intermediação financeira¹ surge como uma das actividades fulcrais inseridas no mercado de

(*) Relatório de Mestrado Científico em Ciências Jurídicas – Especialidade de Direito Bancário, sob a regência de Professor Doutor Januário da Costa Gomes. Setembro de 2011.

¹ Sobre a temática da intermediação financeira, em geral *vide*, ANTUNES, José A. Engrácia, “Os Contratos de Intermediação Financeira”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXXV, Coimbra, 2007, pp. 277-319; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II, Conteúdo, Contrato de Troca*, Almedina, Coimbra, 2007; CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2007; FERREIRA, Amadeu José, *Direito dos Valores Mobiliários*, AAFDL, Lisboa, 1997; GOMES, Fátima, “Contratos de Intermediação Financeira, Sumário Alargado”, in: *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, UCP Editora, Lisboa, 1ª Edição, 2002, pp. 565-599; FARIA, José Manuel, “Regulando a Actividade Financeira: As Actividades de Intermediação Financeira – Razões e Critérios Gerais para a Compartimentação”, in: *AaVv, Caderno do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 15, Dezembro de 2002, pp. 1-24. Na doutrina estrangeira, com particular enfoque sobre problemas específicos dos contratos de intermediação financeira, *vide*, CAMUZZI, Sergio Scotti, “I Conflitti di Interessi fra Intermediari Finanziari e Clienti nella Directiva MIFID”, in: *Banca Borsa Titolo di Credito*, Volume LX, 2, Marzo-Aprile 2007, Giuffrè Editore, 2007, pp. 121-132; CASTALDI, Giovanni e FERRO-LUZZI, Paolo, *La Nuova Legge Bancaria*,

capitais e que permite, ao comum dos cidadãos, aplicar as suas poupanças em produtos que visam rentabilizar o investimento considerado. Regulado pelo Código dos Valores Mobiliários², no seu Título VI, a intermediação financeira é o instrumento primordial, dentro do mercado de capitais, para a reunião da oferta e da procura, com o intuito de assegurar que o seu funcionamento seja célere, eficaz e que transpareça, para os seus agentes, um sentimento de confiança³. No fundo, estamos perante um ambiente onde as disponibilidades monetárias circulam a uma velocidade feroz, onde é necessário que as regras sejam ágeis o suficiente para permitir aos seus agentes uma desenvoltura que lhes permita reagir atempadamente às oportunidades que surgem, como também se exige que todos esses processos estejam envoltos numa confiança extrema, assegurada por um extenso acervo legal⁴.

Neste âmbito os contratos de intermediação financeira ganham uma particular importância, sendo o instrumento legal por excelência onde se encontram as vontades de quem procura investir e de quem pretende possibilitar o investimento.

Aqui, o papel do intermediário financeiro⁵ ganha uma especial acuidade, sendo ele o *middle man* que irá concatenar as vontades e irá prosseguir a vontade do cliente-investidor. É com este escopo que iremos analisar, nos pontos subsequentes, os vários contratos de intermediação que estão presentes no Código dos Valores Mobiliários, doravante, CVM.

Segundo ENGRÁCIA ANTUNES, posição que adoptamos por completo, os contratos de intermediação financeira são os “(...) *negócios jurídicos celebrados entre um intermediário financeiro⁶ e um cliente (investidor) relativos à prestação de actividades de intermediação financeira.*”⁷. Nos termos do art. 289.º, n.º 1 do CVM⁸, a intermediação financeira está dividida em três grandes núcleos: o investimento em instrumentos financeiros; o auxílio às actividades referidas anteriormente; e a gerência de instituições que tenham a actividade de realizar investimentos colectivos, e, ao mesmo tempo, o depósito dos valores mobiliários que fazem parte do património dessas instituições de investimento colectivo.

Em termos gerais, podemos considerar que os contratos de intermediação financeira se englobam numa categoria contratual autónoma. Não só assim se conclui porque estamos perante contratos indispensáveis para que o funcionamento dos mercados financeiros seja eficiente, como também

Tomo III, Giuffrè Editore, 1996; MAFFEIS, Daniele, “Intermediario Contro Investitore: i Derivati Over the Counter”, in: *Banca Borsa Titoli di Credito*, Volume LXIII, 6, Novembre-Dicembre 2010, Giuffrè Editore, 2010, pp. 779-796; PERRONE, Andrea, “Regole di Comportamento e Tutele degli Investitori. Less is More”, in: *Banca Borsa Titoli di Credito*, Volume LXIII, 5, Settembre-Ottobre 2010, Giuffrè Editore, 2010; PERRONE, Andrea, “Gli Obblighi di Informazione nella Prestazione dei Servizi di Investimenti”, in: *Banca Borsa Titoli di Credito*, Volume LIX, 4, Luglio-Agosto 2006, Giuffrè Editore, 2006, pp. 372-387; VIGO, Ruggero, “La Reticenza dell’Intermediario nei Contratti Relativi alla Prestazione di Servizio d’Investimento”, in: *Banca Borsa Titoli di Credito*, Volume LVIII, 6, Novembre-Dicembre 2005, Giuffrè Editore, 2005, pp. 665-674; POSER, Norman e FANTO, James, *Broker-Dealer Law and Regulation*, 4ª Edição, Aspen, New York, 2007.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro e republicado pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro. Alterado ainda pelos Decretos-Lei n.º 61/2002, de 20 de Março, n.º 38/2003, de 8 de Março, n.º 107/2003, de 4 de Junho, n.º 183/2003, de 19 de Agosto, n.º 66/2004, de 24 de Março, n.º 52/2006, de 15 de Março, n.º 219/2006, de 2 de Novembro, n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro e n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro, pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho, pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 52/2010, de 26 de Maio e pelo Decreto-Lei n.º 71/2010, de 18 de Junho.

³ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 280.

⁴ Sobre uma perspectiva que envolve a dinâmica do mercado de capitais e como se concatena com os contratos de intermediação financeira e que, por motivos de economia de espaço, não podemos aqui reproduzir, *vide*, por todos, ANTUNES, José Engrácia, *ob.cit.*, pp. 278 e segs.

⁵ Sobre o papel do intermediário financeiro, e em moldes mais gerais, sobre a sua figura, *vide*, por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “Actividades de Intermediação e Responsabilidade dos Intermediários Financeiros”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume II, Coimbra, 2000, pp. 129-156; MARTINS, Fazenda, “Deveres dos Intermediários Financeiros, em especial, os Deveres para com os Clientes e o Mercado”, in: *AaVv, Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril de 2000, pp. 328-348; NUNES, Fernanda Conceição, “Os Intermediários Financeiros”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume II, 2000, pp. 91-128.

⁶ Sobre quem pode ser intermediário financeiro na legislação portuguesa, *vide*, art. 293.º do CVM.

⁷ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 281.

⁸ Nos termos do art. 289.º, n.º 1 do CVM: “São actividades de intermediação financeira: a) Os serviços e actividades de investimento em instrumentos financeiros; b) Os serviços auxiliares dos serviços e actividades de investimento; c) A gestão de instituições de investimento colectivo e o exercício das funções de depositário dos valores mobiliários que integram o património dessas instituições.”. Pormenor importante é aquele que se pode encontrar no art. 289.º, n.º 2 do CVM, ao determinar a *exclusividade* de exercício das actividades de intermediação financeira apenas aos intermediários financeiros.

a sua análise apenas poderá ser possível se for feita de molde a integrar a actividade em causa, pois é o seu núcleo⁹. Na opinião de RUI PINTO DUARTE, estaremos perante uma categoria jurídica aberta, onde os tipos contratuais que o legislador previu não abarcam toda a multiplicidade de contratos de investimento que a prática financeira reconhece¹⁰.

Não obstante os vários contratos que o CVM prevê no Capítulo II do Título VI, podemos determinar a existência de regras comuns a todos eles. Desde logo, na esteira de ENGRÁCIA ANTUNES, estaremos perante verdadeiros contratos comerciais¹¹. No que toca aos seus sujeitos, todos eles devem ser celebrados entre um intermediário financeiro, à luz do entendimento do art. 289.º, n.º 2 do CVM¹², e investidores, também denominados de *clientes*, que podem ser classificados de *qualificados* ou *não qualificados*, à luz do art. 30.º do CVM¹³. No que toca ao seu objecto, podemos considerar que os contratos de intermediação financeira têm, no seu núcleo essencial, a regulação contratual de “(...) *veículos instrumentais do exercício da intermediação financeira*(...)”, em que, de forma imediata, pretendem prosseguir a “(...) *prestação de serviços de intermediação*(...)”¹⁴, e de forma mediata,

pretendem abranger não só aquilo que se considera como os típicos valores mobiliários¹⁵, como também os novos produtos surgidos através dos mercados. Já quanto ao conteúdo e à negociação deste tipo de contratos, parece-nos de especial importância a distinção que ENGRÁCIA ANTUNES opera entre contratos de mercado organizado e contratos de mercado de balcão, em que nos primeiros existem cláusulas contratuais gerais e nos seguros existe uma individualização na sua formação e conclusão¹⁶. Por último, uma breve palavra sobre as regras comuns no que toca à disciplina jurídica que estão subordinados. Assim, encontramos semelhanças nos diversos deveres gerais que recaem sobre os intermediários financeiros, num acervo legal extenso¹⁷. Ademais, é indispensável a forma escrita para os contratos que sejam celebrados com investidores não qualificados, à luz dos arts. 4.º e 321.º, n.º 1 do CVM; a existência de um conteúdo mínimo contratual nos termos do art.321.º-A do CVM; e,

considerando-os de uma forma lata e apenas quanto ao seu objecto imediato. Já Fátima Gomes, *ob.cit.*, pp. 569 e 570, afirma que estamos perante contratos de prestação de serviços, que são reconduzíveis ao subtipo do *mandato*. No entendimento de Carlos Ferreira de Almeida, no seu escrito “As Transacções de Conta Alheia no Âmbito da Intermediação no Mercado de Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 294 e segs., deve-se proceder a uma divisão em *negócios jurídicos de cobertura* e *negócios jurídicos de execução*, respectivamente, os negócios celebrados entre o intermediário financeiro e o cliente, em que este confere ao primeiro poderes para celebrar negócios jurídicos de execução – encontrando aqui o *mandato*, e os negócios celebrados pelos intermediários, por conta dos clientes que anteriormente lhe tenham conferido os poderes necessários, para adquirir ou alienar valores mobiliários. Para um maior detalhe da sua posição que, por economia de espaço aqui não podemos reproduzir, cfr., ALMEIDA, Carlos Ferreira, *ibidem*, pp. 296-303. Por último, na opinião de Rui Pinto Duarte, *ob.cit.*, pp. 291-307, estamos perante contratos de prestação de serviços que, dependendo do subtipo em causa, se irão reconduzir a figuras específicas da prestação de serviços. No nosso entendimento, consideramos que estamos perante, em termos gerais e sem entrar nos detalhes específicos de cada contrato de intermediação, uma prestação de serviços que pode ser reconduzida ao *mandato*, seguindo a divisão de Carlos Ferreira de Almeida em negócios de cobertura e negócios de execução.

¹⁵ Aqui referimo-nos às acções, obrigações, entre outras.

¹⁶ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 284-285. Nas suas palavras, “Os contratos de mercado organizado (...) correspondem a contratos padronizados (*assentes em condições contratuais gerais elaboradas pela entidade gestora do mercado e aprovadas pelas autoridades de supervisão*), de estrutura plurilateral complexa (...) e negociados de forma massificada(...)”. Já os contratos de mercado de balcão consistem em “(...) contratos individualizados (*adaptados às necessidades específicas do investidor, o que não exclui a normalização mínima das suas condições*), de estrutura tipicamente bilateral e negociados caso a caso (...)”.

¹⁷ Para uma perspectiva mais geral sobre os deveres que recaem sobre os intermediários financeiros, nas suas variadas perspectivas, vide, por todos, SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente*, Almedina, Coimbra, 2008.

⁹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 282; ALMEIDA, José Queirós de, “Contratos de Intermediação Financeira Enquanto Categoria Jurídica”, in: *AaVv, Caderno do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 24, Novembro de 2006, pp. 292; e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, 566 e segs.

¹⁰ Cfr., DUARTE, Rui Pinto, “Contratos de Intermediação Financeira no Código dos Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Caderno do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril de 2000, pp. 351-372.

¹¹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 282. Segundo o Autor, esta posição encontra-se fundamentada por duas ordens de razões: por um lado, através de um fundamento histórico pois os contratos de intermediação financeira terão a sua origem nas operações de bolsa, previstas pelos arts.351.º a 361.º do Código Comercial; e, por outro lado, aduz o facto de os contratos de intermediação representarem uma modalidade de *contratos de empresa*, ao serem realizados apenas por colectividades constituídas como instituições de crédito, à luz do art. 2.º do Regime Geral das Instituições de Crédito, empresas de investimento, ou sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário, respectivamente, reguladas pelo art. 293.º, n.º 2 do CVM e art. 29.º do Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Colectivo.

¹² Sem prejuízo de o intermediário financeiro poder ser representado por um *agente vinculado*, nos termos dos arts. 292.º, b), 294.º-A a 294.º-D do CVM.

¹³ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 283.

¹⁴ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 284. A questão da natureza jurídica do contrato de intermediação financeira é controvertida, merecendo apenas da nossa parte, não sendo o escopo do nosso trabalho, uma mera referência. Na esteira de Engrácia Antunes, *ob.cit.*, pp. 284, estaremos perante contratos de prestação de serviços,

last but not least, prevê-se a possibilidade da existência de contratos de adesão, subordinados ao regime da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, por força do art. 321.º, n.os 2 a 4 do CVM.

A lei, nos arts. 290.º e 291.º, procede à divisão entre contratos de investimento e contratos auxiliares, que irá ser utilizada na nossa análise breve e sumária às suas características interiores. Deste modo, nos contratos de investimento, iremos debruçar-mo-nos sobre o contrato de *ordens para realização de operações sobre instrumentos financeiros*, o contrato de *colocação e tomada firme*, o contrato de *gestão de carteiras* e o contrato de *consultoria para investimento*. Nos contratos auxiliares iremos falar sobre o contrato de *prestação de serviços*, o contrato de *assistência*, o contrato de *recolha de intenções de investimento*, o contrato de *registo e depósito*, o contrato de *empréstimo*, o contrato de *consultoria empresarial* e o contrato de *análise financeira*.

2.1.1. Os Contratos de Investimento

Os contratos de investimento têm como escopo a prestação de serviços na área do investimento em instrumentos financeiros, à luz do art. 290.º do CVM, incluindo os seguintes subtipos:

- Contrato relativo a ordens para a realização de operações sobre instrumentos financeiros, regulado pelos arts. 325.º a 334.º do CVM;
- Contrato de colocação e tomada firme, regulados pelos arts. 338.º e 340.º a 342.º do CVM, e art. 339.º do CVM, respectivamente;
- Contrato de gestão de carteira de títulos, regulado nos arts. 335.º e 336.º do CVM;
- Contrato de consultoria para investimento, regulado pelos arts. 294.º, 301.º e 320.º do CVM,

e ainda o Decreto-Lei n.º 357-B/2007, de 31 de Outubro de 2007;

2.1.1.1. Contrato de Ordens para Realização de Operações sobre Instrumentos Financeiros

Segundo ENGRÁCIA ANTUNES, o contrato de ordens para a realização de operações sobre instrumentos financeiros consiste em declarações negociais com o objectivo de celebrar contratos que podem ser de comissão, mandato ou mediação, entre um intermediário financeiro legalmente habilitado e um cliente. O propósito está na realização de negócios que abarquem os valores mobiliários em causa¹⁸, e está regulado nos arts. 325.º a 334.º do CVM.

A execução das ordens que o intermediário recebe a partir do seu cliente que pretende investir, não só constitui o elemento fundamental para o funcionamento de todo o mecanismo legal e financeiro, como pode ser efectuada de duas formas: ou por conta alheia do cliente, com base nos art. 290.º, n.º 1, a) e b) do CVM, ou por conta própria tornando-se na contraparte, nos termos dos arts. 290.º, n.º 1, e) e 346.º do CVM¹⁹. Se a execução for efectuada por conta alheia do cliente, pode-se falar de negócios de cobertura e negócios de execução, em que, no primeiro caso, o negócio é celebrado entre o intermediário e o cliente para que aquele possa celebrar os negócios de execução²⁰.

No que toca ao seu regime legal, como já foi referido, encontra-se regulado nos arts. 325.º a

¹⁸ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 288. Para uma perspectiva mais concreta, cfr., FERREIRA, Amadeu José, "Ordem de Bolsa", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Julho de 1992, Lisboa, pp. 467-511.

¹⁹ Cfr., ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *ibidem*, pp. 293 e 294. Nomeadamente sobre as operações por conta alheia, cfr., pp. 294 e segs.

²⁰ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 288-289. Nomeadamente, nos negócios de cobertura o cliente confere poderes ao intermediário para celebrar os negócios de execução, sendo estes aqueles para adquirir, alienar ou celebrar outros negócios sobre instrumentos financeiros. Para esta distinção, cfr., ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *ibidem*, pp. 293 e segs. Sobre se a atribuição de poderes por parte do cliente ao intermediário se reveste de um mandato representativo ou não representativo, que escapa ao escopo do nosso trabalho, vide, por todos, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *ibidem*, pp. 296 e segs.

334.º do CVM. Entre os seus mais variados aspectos, parece-nos de salientar os seguintes aspectos, como os mais emblemáticos: a possibilidade de as ordens poderem ser transmitidas por via oral ou de forma escrita, nos termos do art. 327.º, n.º 1 do CVM; a existência de um dever de aceitação, por parte do intermediário, das ordens recebidas, não obstante tendo ainda o dever de recusar segundo os trâmites do art. 326.º do CVM; a possibilidade de o cliente poder revogar ou modificar as ordens dadas por si, segundo as regras prescritas pelo art. 329.º do CVM; a existência de uma “*obrigação del credere*”, em que o intermediário financeiro garante o cumprimento das obrigações assumidas, nos termos do art. 334.º do CVM; e, por último, o cumprimento das ordens está balizada pelo princípio legal de execução das melhores condições, nos termos dos arts. 330.º a 333.º do CVM²¹.

No que toca à natureza jurídica deste contrato de intermediação financeira, ENGRÁCIA ANTUNES defende que, nos negócios de cobertura, se estará perante um contrato de comissão, que é regido pelas normas do CVM já referidas anteriormente, e, de forma subsidiária, pelas regras gerais do contrato de comissão²² presentes nos arts. 266.º e segs do Código Comercial, e ainda pelas normas do mandato não representativo²³, presente nos arts. 1178.º e segs. do Código Civil²⁴²⁵.

²¹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 291 e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 582-585.

²² Sobre o contrato de comissão, *vide*, por todos, CORDEIRO, António de Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 1ª Edição, Volume I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 488-489.

²³ Sobre o mandato não representativo, *vide*, por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume III, Contratos em Especial*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 457 a 464.

²⁴ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 289. Para uma posição mais aprofundada sobre este ponto, cfr., FERREIRA, Carlos Ferreira de, *ibidem.*, pp. 294 e segs., e FERREIRA, Amadeu José, *ibidem.*, pp. 467-511.

²⁵ Segundo Engrácia Antunes, ainda deve ser feita uma especificação no que toca à recepção e transmissão de ordens por conta alheia, situação prevista pelo art. 290.º, n.º 1, a) do CVM. Aqui, o Autor entende que se está perante um mandato comercial, que tanto pode ou não ter poderes de representação; podendo ainda ser configurado como um contrato de mediação, nos termos do art.290.º, n.º 2 do CVM.

2.1.1.2. Contrato de Colocação e Tomada Firme

Nos contratos de colocação, o intermediário financeiro fica obrigado, perante o cliente, numa oferta pública de distribuição, a colocar específicos instrumentos financeiros²⁶. Regulado pelos arts. 338.º a 340.º do CVM, podemos encontrar três momentos distintos dentro do tipo contratual, entendido no seu sentido amplo: um, entre o intermediário financeiro e o emitente; outro, entre os vários intermediários financeiros que estejam unidos através de consórcio; e, por último, entre o intermediário financeiro e o cliente-investidor. Numa aceção mais restrita, iremos referimo-nos apenas ao contrato celebrado entre o intermediário financeiro e o emitente, e também, as relações existentes com os investidores, sendo este o regulado pelos arts. 338.º a 340.º do CVM²⁷.

Dentro deste contrato podemos descortinar três modalidades: a colocação simples, a colocação com garantia, e a colocação com tomada firme. Na colocação simples, o intermediário financeiro apenas assume a obrigação de envidar os melhores esforços de forma a que os valores mobiliários sejam distribuídos, tratando-se apenas de uma obrigação de meios onde o intermediário não tem qualquer tipo de responsabilidade pelo resultado, e regulada pelo art. 338.º, n.º 1 do CVM²⁸. Na colocação com garantia, regulada pelo art. 340.º do CVM, para além da obrigação de meios da colocação simples, obriga-se a adquirir, para si ou para terceiro, parte ou mesmo a totalidade dos valores mobiliários que o público não tenha

²⁶ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 292 e segs e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 590 e segs. Para uma perspectiva mais específica, cfr., BARROSO, H. Tapp, *Subscrição de Ações através de Intermediários – O Caso Especial da Tomada Firme*, diss., UCP, Lisboa, 1994.

²⁷ Cfr., GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 591-592. A Autora especifica que, nesta aceção ampla referida, o segundo momento refere-se ao disposto no art.341.º do CVM.

²⁸ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 293 e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 593. De referir que, nesta modalidade, o risco corre, por completo, por conta do emitente.

subscrito²⁹. Na colocação com tomada firme, regulada pelo art. 339.º, n.º 1 do CVM, o intermediário financeiro fica obrigado a subscrever e a adquirir os valores mobiliários para que, posteriormente, possa ser ele a colocá-los junto do público³⁰.

No que toca à natureza jurídica, segundo RUI PINTO DUARTE, estaremos perante um contrato com uma natureza mista, englobando elementos do contrato de prestação de serviços e “(...) *um negócio que se insere num processo de distribuição de valores mobiliários, dele resultando a obrigação de aquisição dos valores por parte do intermediário financeiro e a obrigação de alienação dos mesmos valores por parte do oferente.*”³¹.

2.1.1.3. Contrato de Gestão de Carteira

O contrato de gestão de carteiras surge como um dos contratos nucleares e fundamentais dentro da intermediação financeira. Regulado pelos arts. 335.º e 336.º do CVM, é o contrato pelo qual um intermediário financeiro – o *gestor* – se obriga perante o cliente a administrar um património financeiro que este último é titular com o objectivo de incrementar a sua rentabilidade, em troca de uma remuneração paga pelo segundo ao primeiro³².

Nos termos do art. 332.º, n.º 1, a) CVM, a obrigação principal do intermediário financeiro, como gestor, é realizar todos os actos necessários com vista à valorização da carteira e, secundariamente, exercer os direitos inerentes aos valores mobiliários que integram a carteira. Como facilmente se pode constatar, o intermediário financeiro obriga-se a gerir, da melhor forma possível, um portfolio de activos financeiros que o cliente, pelas mais variadas razões, se encontra impossibilitado de o fazer³³. No entendimento de RUI PINTO DUARTE, esta actividade incluída na gestão de carteira devia ser individualizada e discricionária, com uma autonomia durante o exercício da gestão, sem esquecer a limitação constante das ordens vinculativas presentes no art. 334.º do CVM³⁴.

No que toca ao seu regime jurídico, apenas breves notas para dar uma breve luz sobre as suas regras. O contrato de gestão de carteiras deve ser celebrado por escrito, nos termos do art. 321.º, n.º 1 do CVM³⁵, e deve ser celebrado entre um intermediário financeiro e um investidor, sendo este, por regra, não qualificado, e que tem um conjunto de activos financeiros que pretende ver valorizado. O contrato tem como objectivo desenvolver uma actividade de administração de bens alheios, com o intermediário financeiro a desenvolvê-la por conta e no interesse do cliente que, nos termos do art. 335.º, n.º 1 do CVM, incide sobre uma “*carteira individualizada de instrumentos financeiros*”. Este contrato tem uma

²⁹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 293 e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 593-594. Nesta modalidade o intermediário financeiro já assume o risco da emissão, que irá variar em função do alcance da garantia e da percentagem dos valores mobiliários não subscritos.

³⁰ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 293 e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 594. Neste subtipo contratual, a colocação, pelo intermediário, é feita por sua própria conta e risco, nos termos acordados com o emitente. Ademais, obriga-se também a transferir para o último adquirente os direitos de molde patrimonial ligados aos valores mobiliários, “(...) *respeitando os direitos de preferência na subscrição ou aquisição dos destinatários a quem os valores mobiliários serão oferecidos, como se não tivesse existido tomada firme.*”, cfr., GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 594. O intermediário também assume o risco de emissão e, ao contrário do que acontece na colocação com garantia, adquire os valores mobiliários antes da colocação *per si*. No que toca à titularidade, segundo Engrácia Antunes, esta será directa e não fiduciária, cfr., *ob.cit.*, pp. 293, nota 43. Com uma posição contrária, cfr., ALBUQUERQUE, Pedro de, *O Direito de Preferência dos Sócios em Aumentos de Capital nas Sociedades Anónimas e por Quotas*, Almedina, Coimbra, 1993.

³¹ Cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pp. 370. Para uma perspectiva diversa, cfr., BARROSO, H. Tapp, *ob.cit.*, e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 594.

³² Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 295 e segs, e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 585 e segs. Para além destes autores, para uma perspectiva mais aprofundada sobre este subtipo contratual, *vide*,

AFONSO, A. Isabel, “O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro”, in: *AaVv, Jornadas – Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 55-86; GONZÁLEZ, P. Boullosa, “Gestão de Carteiras – Deveres de Informação, Anotação à Sentença da 5ª Vara Cível da Comarca do Porto, 3ª Secção, Processo n.º 2261/05.0TVPR”, in: *AaVv, Caderno do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 30, Agosto de 2008, pp. 147-166; MASCARENHAS, Maria Vaz de, “O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres – Anotação a Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça”, in: *AaVv, Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 13, Abril de 2002, pp. 109-128.

³³ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 295-296 e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 585-586.

³⁴ Cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pp. 366-367.

³⁵ Nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, as cláusulas contratuais gerais deste contrato de adesão devem ser previamente comunicadas à CMVM.

míriade de direitos e deveres que ambas as partes devem respeitar, destacando-se o dever do gestor de uma execução diligente da gestão, nos termos do art. 335.º, n.º 1 do CVM, sendo uma obrigação de meios; e, do lado do cliente, o dever de pagar a retribuição devida pelo serviço que o gestor presta³⁶.

Por último, uma breve palavra sobre a natureza jurídica deste contrato. Segundo ENGRÁCIA ANTUNES, estamos perante um mandato mercantil³⁷, que, regra geral, terá poderes de representação, actuando o intermediário em nome do cliente³⁸. Já MARIA VAZ MASCARENHAS, defende que estamos perante um contrato de mandato, nos termos gerais do art. 1157.º CC³⁹. Na mesma esteira segue RUI PINTO DUARTE, ao reconduzir este contrato à figura da prestação de serviços, de forma geral, e à figura do mandato, em termos particulares⁴⁰. Parece-nos ser a posição mais acertada e aquela que perfilhamos, e que mais consentânea se mostra com as características internas do funcionamento deste subtipo contratual.

³⁶ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 296-299 e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 585-589.

³⁷ Sobre a figura do mandato mercantil, *vide*, por todos, CORDEIRO, António de Menezes, *ibidem*, pp. 483-489; ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 363-368; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *ibidem*, pp. 464-468. Em especial, com especial atenção para o contrato de intermediação financeira e como contributo para a recondução da gestão de carteiras para o mandato bancário, cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, “Mandato Bancário”, in: *AaVv, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume II – Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 131-155, em especial, pp. 149 e segs.

³⁸ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 296. O Autor argumenta que esta solução tem uma consagração legal expressa nos arts. 199.º-A, n.º 1, d) e 1.º, n.º 3, respectivamente, do Regime Geral das Instituições de Crédito e do Decreto-Lei n.º 163/94, de 4 de Junho de 1994. No seu entender, não se pode reconduzir esta figura ao contrato de comissão, pois na gestão de carteiras, ao invés do que acontece na comissão, institui-se uma relação jurídica duradoura, “(...) *que desempenha uma função económico-social específica* (...)”, em que não existe uma prática de actos de comércio delimitados, mas sim a prática de vários actos que visam aumentar a rentabilidade da carteira de activos. Prática essa que é feita com uma verdadeira e extensa autonomia por parte do intermediário financeiro.

³⁹ Cfr., MASCARENHAS, M. Vaz, *ob.cit.*, pp. 122-123. A Autora cita os mesmos argumentos legais que Engrácia Antunes, não obstante, reconduz ao mandato comercial, citando a argumentação de Carlos Ferreira de Almeida, pois estamos perante a prática de actos de comércio.

⁴⁰ Cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pp. 367-368. Adverte, porém, o Autor de que pode haver casos em que a prática dos actos jurídicos por conta do cliente ultrapassam, de forma flagrante, as obrigações acordadas com o cliente. Neste caso, defende o Autor de que não estaremos perante “(...) *meros mandatos*.”

2.1.1.4. Contrato de Consultoria para Investimento

O contrato de consultoria para investimento⁴¹ encontra-se, genericamente, regulado pelo art. 294.º do CVM. Dispõe esta norma que a consultoria para investimento consiste na “(...) *prestação de um aconselhamento personalizado a um cliente, na sua qualidade de investidor efectivo ou potencial, quer a pedido deste quer por iniciativa do consultor relativamente a transacções respeitantes a valores mobiliários ou a outros instrumentos financeiros*.”. Esta prestação de aconselhamento personalizado é feita mediante remuneração⁴².

Esta regulação genérica presente no art. 294.º do CVM, outras disposições avulsas podem ser encontradas e que complementam o seu regime jurídico. Falamos do art. 301.º do CVM, sobre os sujeitos habilitados para exercer consultoria para investimento; do art. 314.º-A do CVM, sobre os deveres específicos de informação neste subtipo contratual; e do art. 320.º do CVM, no que toca aos regulamentos necessários para a regulação da actividade de consultor para investimento.

No que toca ao seu regime jurídico, importa salientar que o contrato de consultoria para investimento foge à regra no que toca aos seus sujeitos, isto é, para além dos intermediários financeiros, também os consultores para investimento podem celebrá-lo, nos termos do art. 294.º, n.º 4 do CVM. Já quanto ao seu objecto, a consultoria para investimento irá abranger as modalidades previstas pelo art. 485.º do Código Civil. As informações, recomendações ou conselhos devem ser efectuados numa base

⁴¹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 299 e segs; GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 596-597; VALE, Alexandre Lucena e, “Consultoria para Investimento em Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Caderno do Mercado dos Valores Mobiliários*, Volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 343-403.

⁴² Segundo Engrácia Antunes, estaremos perante um contrato de prestação de serviços, de indole profissional com vista a aconselhar no âmbito do mercado de capitais e que se distingue de outras figuras afins, tais como sejam a gestão de carteira, a mediação de investimento, a análise financeira e a consultoria empresarial. Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 299-300.

individualizada, em vista a ajudar o cliente a tomar decisões sobre investimentos ou desinvestimentos em instrumentos financeiros. Por último, para além dos deveres gerais dos intermediários financeiros, a que também estão sujeitos, os consultores para investimento têm ainda deveres especiais de informação⁴³.

2.1.1.5. Negócios por Conta Própria

Segundo ENGRÁCIA ANTUNES, estamos perante “(...) *negócios sobre instrumentos financeiros, mormente contratos, que são concluídos por um intermediário financeiro como contraparte de um seu cliente*.”⁴⁴. O Autor distingue entre duas realidades: o intermediário financeiro actuar por conta do cliente – denominado-se *broker* – ou o intermediário actuar por sua conta e risco – denominando-se *dealer*⁴⁵.

Nos negócios por conta própria, o intermediário surge como a “(...) *contraparte nos negócios sobre instrumentos financeiros dos seus próprios clientes*.”, ademais, existe um cruzamento de ordens, da parte dos clientes, com a carteira individual do intermediário⁴⁶. Previsto, de forma genérica, pelo art. 346.º do CVM, é obrigatória a autorização, por escrito do cliente, para que haja uma autorização ou confirmação do negócio. Deste modo, os deveres de informação a que está o intermediário financeiro adstrito, para além de os gerais constantes dos arts. 312.º-C e segs., também englobam normas específicas presentes no art. 350.º-A do CVM⁴⁷.

⁴³ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 300-301 e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 597.

⁴⁴ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 302, com indicações bibliográficas estrangeiras.

⁴⁵ No primeiro caso, os riscos, e também, os benefícios dos negócios são repercutidos na esfera jurídica dos clientes, tendo o intermediário uma função de *mediação*. No segundo caso, os efeitos jurídicos repercutem-se na esfera jurídica do intermediário. Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 302, com indicações bibliográficas nacionais mais específicas.

⁴⁶ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 302.

⁴⁷ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 303-304.

2.1.2. – Contratos Auxiliares

Nos termos do art.291.º do CVM, os contratos auxiliares são aqueles que têm por objecto a *prestação de serviços auxiliares* dos contratos de investimento. Dentro desta categoria, podemos encontrar os seguintes subtipos contratuais:

- Contrato de assistência, regulado pelo art. 337.º do CVM;
- Contrato de Recolha de Intenções de Investimento, regulado pelo art. 342.º do CVM;
- Contrato de Registo e Depósito, regulado pelo art. 343.º do CVM;
- Contrato de empréstimo, regulado pelo art. 350.º do CVM;
- Contrato de Consultoria Empresarial, regulado pelo art. 291.º, d) do CVM;
- Contrato de Análise Financeira, regulado pelos arts. 12.º-A e segs e 304.º-D do CVM;

2.1.2.1. Contrato de Assistência

Nos termos do art. 337.º do CVM, o contrato de assistência consiste no negócio celebrado entre o intermediário e um oferente, onde se visa a prestação de serviços de índole técnica, económica e financeira, de molde a preparar, lançar e executar uma oferta pública de instrumentos financeiros⁴⁸.

A celebração deste contrato é obrigatória sempre que se pretenda efectuar algum dos serviços constantes do art. 337.º, n.º 2 do CVM. Existe, portanto, um *princípio geral de intermediação financeira obrigatória*, sem esquecer, contudo, que, apesar de o contrato de colocação e o contrato de assistência terem sido autonomizados pelo legislador, a sua complementaridade funcional continua intacta⁴⁹.

⁴⁸ Sobre esta figura contratual, *vide*, ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 306 e segs e GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 589 e segs.

⁴⁹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 307.

Os deveres do intermediário financeiro surgem, nesta sede, com particular veemência. Assim, o intermediário está adstrito a um dever geral de aconselhamento, nos termos do art. 149.º, n.º 1, g) do CVM, e, nos termos do art. 337.º, n.º 3 do CVM, o intermediário está obrigado a assegurar o cumprimento e o respeito de todas as normas legais e regulamentares, especialmente no que toca à maneira e à qualidade da informação disponibilizada⁵⁰.

2.1.2.2. Contrato de Recolha de Intenções de Investimento

O contrato de recolha de intenções de investimento, regulado genericamente nos arts. 164.º e segs. do CVM, mas com densificação no art. 342.º do CVM, é o negócio pelo qual se visa determinar a viabilidade – sucesso ou insucesso – de determinada oferta pública de distribuição de valores mobiliários. Recolha essa efectuada através de sondagens no mercado sobre as intenções dos seus agentes na aquisição dos valores mobiliários em questão⁵¹.

No entendimento de ENGRÁCIA ANTUNES, estamos perante “(...) *uma mera convenção acessória integrante de um contrato de assistência ou de colocação, cuja qualificação e regime jurídico são assim, em último termo, determinados remissivamente por estes últimos*.”⁵². Já segundo FÁTIMA GOMES, estamos perante apenas intenções de adesão e nunca propostas ou aceitações contratuais⁵³. Segundo FÁTIMA GOMES, esta recolha de intenções está enquadrada no contrato de assistência e colocação providenciado pelo intermediário financeiro, nos termos do art. 337.º, n.º 2 do CVM, sendo que o segundo contrato poderá ser realizado pelo mesmo

intermediário ou por outro diferente, em cumprimento do disposto dos arts. 338.º, n.º 2 e 341.º do CVM. Não existe um concreto contrato autónomo para a recolha destas informações, sendo uma cláusula do contrato de assistência e colocação⁵⁴.

2.1.2.3. Contrato de Registo e Depósito

Nas palavras de ENGRÁCIA ANTUNES, estamos perante um “(...) *contrato celebrado entre um intermediário financeiro e o titular de determinados instrumentos financeiros, pelo qual aquele se obriga perante este a registar e/ou a manter em depósito tais instrumentos, bem assim como a prestar determinados serviços relativos aos direitos a eles inerentes*.”⁵⁵.

Este contrato está sujeito à forma escrita, caso o titular dos valores mobiliários seja um investidor não qualificado⁵⁶, sendo que falta deste elemento comina o negócio com a nulidade⁵⁷. Por outro lado, existe obrigações de índole geral constantes dos arts. 304.º e segs. do CVM, e outros de índole particular, como sejam os deveres constantes do art. 306.º-A do CVM. Nos termos do art. 343.º, n.º 1 do CVM, pode-se concluir, na esteira de ENGRÁCIA ANTUNES, que as partes têm uma ampla liberdade para comporem o contrato da forma como por bem acharem e que sirva melhor os seus interesses⁵⁸.

O depósito dos valores mobiliários pode assumir duas feições: ou temos um “(...) *depósito de simples custódia* (...)”, ou um “(...) *depósito de*

⁵⁰ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 307-308.

⁵¹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 308 e, com mais detalhe, GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 594-595.

⁵² Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 308.

⁵³ Cfr., GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 594.

⁵⁴ Cfr., GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 595.

⁵⁵ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 308 e segs e PEREIRA, Maria Rebelo, “Contrato de Registo e Depósito de Valores Mobiliários – Conceito e Regime”, in: *AaVv, Caderno do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 15, Dezembro de 2002, pp. 317-322, ainda ao abrigo da anterior versão do código, anterior à revisão de 2007.

⁵⁶ À luz do art. 30.º do CVM.

⁵⁷ Vício este que apenas pode ser invocado pelo investidor não qualificado, nos termos do art. 220.º do Código Civil e os arts. 30.º e 321.º, n.º 1 do CVM. Conclui o Autor que estamos perante um contrato de adesão, submetido à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e que deve ser comunicado, antecipadamente, à CMVM. Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 309-310.

⁵⁸ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 310.

*administração (...)*⁵⁹. No primeiro caso, o intermediário financeiro apenas terá a mera guarda dos instrumentos financeiros depositados pelo cliente, juntando a isso a obrigação de cobrar os respectivos rendimentos, à luz do art. 405.º do Código Comercial e do art. 1187.º, c) do Código Civil⁶⁰. No segundo caso, o intermediário financeiro, para além das obrigações referidas anteriormente, ainda está adstrito a, de forma acessória, administrar os valores depositados⁶¹. A maioria da doutrina considera que estamos perante um contrato misto de mandato e depósito⁶².

2.1.2.4. Contrato de Empréstimo

No contrato de empréstimo de valores mobiliários, regulado pelo art. 350.º do CVM, o intermediário financeiro “(...) *coloca à disposição de um investidor ou cliente determinados instrumentos financeiros, “maxime”, valores mobiliários, por um certo período de tempo, ficando este último obrigado a pagar uma contrapartida, usualmente a prestar uma garantia, e a restituir ao primeiro aqueles instrumentos ou valores.*”⁶³.

Segundo o art. 350.º, n.º 1 do CVM, a titularidade dos valores mobiliários passa para a esfera do mutuário. Como podemos facilmente constatar, este negócio é celebrado entre um intermediário financeiro – o *mutuante* – e um cliente-investidor – o *mutuário*. Nos termos do art. 350.º, n.º 1 do CVM, o empréstimo incidirá sobre valores mobiliários, mas entende ENGRÁCIA ANTUNES que o contrato poderá, abranger, valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros desde que seja da titularidade do intermediário ou terceiros clientes⁶⁴. O contrato deve ser celebrado por escrito, caso seja um investidor não qualificado, nos termos do art. 30.º e 321.º do CVM, tratando-se de um contrato de adesão com regulação através da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e comunicação prévia à CMVM, nos termos do art. 321.º, n.ºs 3 e 4 do CVM⁶⁵.

2.1.2.5. Contrato de Consultoria Empresarial

Neste subtipo contratual dos contratos auxiliares aos contratos de investimento, um intermediário financeiro e uma empresa acordam que, o primeiro fica adstrito, mediante remuneração paga ao segundo, a prestar recomendações, conselhos e informações sobre a estrutura, estratégia e organização da empresa⁶⁶.

Nos termos do art. 291.º, d) do CVM, este contrato apenas pode ser celebrado pelos intermediários financeiros, pertencendo à sua esfera de exclusividade. O seu conteúdo abarca, não só informações, recomendações ou conselhos sobre a estrutura de capital da empresa que contratou este serviço, sobre a estratégia da mesma no mercado de capitais, ou, ainda, possíveis operações de reorganização estrutural da mesma⁶⁷.

⁵⁹ Sobre esta distinção entre depósitos de simples custódia e de administração, vide, CAMACHO, Paula Ponces, *Do Contrato de Depósito Bancário: natureza jurídica e alguns problemas de regime*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 88-91.

⁶⁰ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 310. Refere o Autor que o intermediário financeiro fica obrigado a manter o registo e o depósito dos instrumentos em causa, acrescido dos valores obtidos por conta do titular, com a restituição do mesmo assim que este os exija. E ainda terá que prestar os serviços necessários para a conservação e frutificação dos valores.

⁶¹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 310-311. Refere o Autor que esta administração terá um conteúdo variável, podendo abranger várias opções.

⁶² Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 309. Segundo o Autor, este subtipo contratual, previsto pelo art. 343.º do CVM, é regido, de forma subsidiária, pelo depósito e mandato mercantis. Maria Rebelo Pereira considera que “(...) *integra, entre outros, os elementos típicos do contrato de mandato comercial (...) e do contrato de depósito (...)*”, cfr., REBELO, Maria Pereira, *ob.cit.*, pp. 322. Rui Pinto Duarte alinha no mesmo diapasão, afirmando que a recondutibilidade do contrato de gestão de carteira, no que toca ao mandato, também poderá ser usado para o contrato de registo e depósito, cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pp. 372.

⁶³ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 311 e segs. Cfr. ainda GOMES, Fátima, *ob.cit.*, pp. 597-598 e, para uma perspectiva antes da reforma de 2007, RODRIGUES, Sofia Nascimento, “Os Contratos de Reporte e de Empréstimos no Código dos Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Caderno dos Mercados dos Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril de 2000, mais especificamente pp. 306 e segs.

⁶⁴ Para os terceiros clientes é necessário o seu consentimento escrito, nos termos do art. 306.º, n.º 3 do CVM. Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 313.

⁶⁵ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 313.

⁶⁶ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 314.

⁶⁷ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 315.

2.1.2.6. Contrato de Análise Financeira

Neste negócio integrado nos contratos auxiliares, as partes – intermediário financeiro e um cliente que, tipicamente, é um investidor institucional – acordam envidar esforços para realizar pesquisas e estudos de índole técnico-financeira, de certos emitentes ou categorias de instrumentos financeiros⁶⁸.

Através deste contrato, as empresas têm acesso a relatórios, especificados, sobre as empresas que actuam no mercado de capitais, nomeadamente, nos mercados onde colocam os seus produtos à venda. São realizados *juízos de prognose* sobre a evolução futura dos mercados e dos seus agentes, ao mesmo tempo que são feitas recomendações, de âmbito genérico, para investimentos nessa área. Este contrato pode resultar de duas formas: ou através de um negócio autónomo celebrado entre o intermediário financeiro e o investidor institucional, ou através de um negócio acessório a outro principal de intermediação financeira, como seja, v.g., a gestão de carteira de títulos⁶⁹.

No que toca ao seu regime jurídico, há que destacar que as informações prestadas no âmbito deste contrato seguem os requisitos prescritos pelo art. 7.º, n.ºs 1 e 2, ou seja, a informação deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita. No que toca, especificamente às recomendações de investimento, estas encontram-se abrangidas pelos arts. 12.º-A a 12.º-E e 309.º-D do CVM⁷⁰.

3 – Os Deveres de Intermediário Financeiro perante o Cliente: em especial, os deveres de informação

3.1. – A *ratio* dos deveres de informação no Código dos Valores Mobiliários

Nos termos do art. 7.º, n.º 1 do CVM, a informação⁷¹ prestada pelos intermediários financeiros, e que sejam respeitantes aos instrumentos financeiros, deve ser divulgada com *completude, verdade, actualidade, clareza, objectividade* e deve ser *lícita*. Como já aflorámos, ligeiramente, anteriormente, os contratos de intermediação financeira são o instrumento privilegiado para uma regulação eficaz do mercado de capitais. Não devemos olvidar que estamos perante a aplicação, na maioria dos casos, de poupanças de indivíduos e que pretendem vê-las rentabilizadas para um futuro patrimonial mais próspero. Como tal, todos os intervenientes neste jogo de oferta e procura de ganhos patrimoniais, sintam que as suas aplicações estão a ser bem empregues. Mais, necessitam de sentir uma confiança redobrada e extremamente sólida que a informação que lhes é transmitida é idónea a provocar-lhes um sentimento de uma decisão efectivamente tomada e que vai ao encontro dos seus anseios financeiros. Desta forma, pensamos que podemos autonomizar duas ordens de razão para justificar os deveres de informação presentes no CVM. Falamos do *princípio da protecção dos investidores* e da *defesa do mercado e a sua regulação*.

⁶⁸ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 315 e segs.

⁶⁹ Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 316.

⁷⁰ As recomendações de investimento irão abranger, nomeadamente, relatórios de análise financeira que contenham, directa ou indirectamente, recomendações de investimento, ou desinvestimento, sobre dado emitente de valores mobiliários ou instrumentos financeiros. Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*, pp. 317.

⁷¹ Importa aqui referir o conceito de informação que preside a nossa reflexão. Podemos encontrar contributos importantes na obra de Sinde Monteiro, onde o Autor defende que a informação “(...) em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma dada situação de facto, verse ela sobre pessoas, coisas, ou qualquer outra relação. Diferentemente do conselho e da recomendação, a pura informação esgota-se na comunicação de factos objectivos, estando ausente uma (expressa ou tácita) “proposta de conduta”. Cfr., MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 14. Nas palavras de Eduardo Paz Ferreira, a informação será “(...) dar forma a alguma coisa que, por esse modo, se torna cognoscível e, como tal, transmissível. Assim, informação designa simultaneamente o processo de formulação e transmissão de objectos de conhecimento e estes últimos como conteúdos.”, cfr., FERREIRA, Eduardo Paz Ferreira, “Informação e Mercado de Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Separata da Revista da Banca*, n.º 50, Julho/Dezembro de 2000, pp. 11.

3.1.1. – O princípio da protecção dos investidores

Um dos esteios imprescindíveis que fundamenta a existência de tão abundante elenco de deveres informativos radica na ideia de protecção dos investidores⁷². Na esteira de SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, este princípio nuclear deve ser dividido em três grandes pilares que se complementam entre si: o interesse público, a segurança nos mercados e a igualdade entre os vários agentes do mercado⁷³.

O interesse público no bom funcionamento dos mercados pode ser encontrado numa vertente constitucional no art. 101.º da Constituição da República Portuguesa⁷⁴. Como podemos constatar pelo normativo constitucional, uma das preocupações prementes e relacionadas com o interesse público é que o mercado de capitais seja um porto de abrigo para a aplicação, correcta e metódica, das poupanças geradas pelos indivíduos. Esta ideia de protecção do investidor surgiu muito ligada ao fenómeno da Grande Depressão, após o *crash* bolsista de 1929, com o natural enfoque na protecção dos agentes mais vulneráveis contra as naturais fragilidades e ineficiências do mercado de capitais⁷⁵.

À luz do que foi referenciado, parece-nos importante estabelecer uma diferença, prévia, entre o que são medidas directas e indirectas de protecção. No primeiro caso estamos perante um

elenco de medidas com o propósito de proteger os investidores; no segundo caso não conseguimos encontrar este leque. Não obstante o que foi dito, em ambos os casos visa-se complementar o exercício da regulação das entidades responsáveis por essa actividade no mercado de valores mobiliários⁷⁶.

Este interesse público que temos vindo a tratar, de forma suave, tem como objectivo não a protecção do investidor individualmente considerado que aplica as suas poupanças, mas sim a defesa da colectividade que representa a procura e a oferta de activos financeiros no mercado de capitais. Naturalmente que o interesse público permanece sempre como uma âncora argumentativa para a protecção dos investidores, mas como bem salienta SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, não estamos perante a concessão de direitos subjectivos, mas sim perante normas programáticas que existem com o objectivo de superintender o mercado⁷⁷. Deste modo, podemos concluir que, para um eficaz funcionamento dos mercados que inspire confiança aos seus agentes, deve prevalecer o interesse público da colectividade face ao interesse privado do investidor individualmente considerado. Pretende-se com isto proteger o mercado, e não apenas este ou aquele investidor particular⁷⁸.

⁷⁶ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 24.

⁷⁷ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 24-25. Refere a Autora que, na senda do seu raciocínio, não estaremos sempre perante normas que visam proteger interesses alheios, como prevê o art. 483.º do Código Civil. Não obstante o que foi dito, a Autora admite a existência de direitos subjectivos dos investidores que levem à constituição de situações de responsabilidade. Cfr., ainda, CASTRO, Carlos Osório de, *ob.cit.*, pp. 334-335, quando refere que “(...) por investidores entendemos aqui a colectividade, composta por um número indeterminado de pessoas, que corporiza a procura de valores mobiliários no mercado primário, (...), tal protecção não é, em primeira linha, visada em si mesmo, operando principalmente como um meio de promover a predita eficiência dos mercados, pelo que em jogo está sobretudo o interesse público, e não os interesses privados dos investidores. A protecção dos investidores beneficia naturalmente os próprios, (...), mas essa protecção pode bem ser um puro efeito reflexo que lhes não outorga direitos subjectivos. (...)”.

⁷⁸ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 25. Acrescenta ainda a Autora que será, na sua óptica, dispensável falar de uma prevalência do princípio da protecção dos investidores face ao princípio da defesa do mercado, ou vice-versa, visto a sua relação ser de “(...) sobreposição, dependência ou mesmo complementaridade. Sobreposição na medida em que muitas das exigências consagradas para assegurar o funcionamento regular, transparente e eficiente dos mercados se traduzem também em editais de protecção dos investidores; dependência porquanto não existe mercado sem investidores tal como não existirão investidores sem mercado;

⁷² Sobre este ponto em específico, *vide*, RODRIGUES, Sofia Nascimento, *A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 23 e segs.; FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 5 e segs. Para uma perspectiva mais geral, sobre a informação no mercado de valores mobiliários, *vide*, por todos, CASTRO, Carlos Osório de, “A Informação do Direito do Mercado de Valores Mobiliários”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 333 e segs. Numa perspectiva anterior ao código de 1999, PINA, Carlos Costa, *Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 27 e segs.

⁷³ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 23.

⁷⁴ Dispõe o art. 101.º da Constituição da República Portuguesa: “O sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social.”

⁷⁵ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 24. Para uma perspectiva mais aprofundada sobre o impacto da Grande Depressão na relação entre o Estado, os indivíduos e o mercado, *vide*, FERREIRA, Amadeu José, *Direito dos Valores Mobiliários*, AAFDL, Lisboa, 1997, pp. 81 e segs.

Outro pilar essencial do princípio da protecção dos investidores, é a segurança, necessária, para que os investidores sintam confiança em aplicar as suas poupanças, e que sirva de motivo fundamentador para a tomada de decisão do mesmo⁷⁹. Não nos podemos esquecer que o mercado de capitais funciona, na base, através da aplicação das poupanças dos seus agentes – os investidores – e, com esta premissa, é importante salientar que um clima de segurança é indispensável para que os investidores sintam que é seguro, que podem confiar, que este mecanismo de ganhos patrimoniais para os seus activos é o melhor e que protege os seus interesses. Como tal, torna-se fulcral que haja um dispositivo normativo que seja eficaz na protecção desta confiança, conferindo a segurança necessária ao investidor para que a sinta, de forma a que tome decisões fundamentadas e acertadas⁸⁰. O que aqui foi dito não ignora a supervisão prudencial dos mercados de valores mobiliários, e a progressiva passagem de competências do Banco de Portugal para a CMVM, o que constitui um importante contributo para a segurança transmitida aos investidores.

O terceiro e último pilar relaciona-se com a igualdade entre os investidores, entendida como a necessidade de proteger, especificamente, os investidores mais desprotegidos, de forma a que haja um tratamento, o máximo possível, igualitário entre estes e os investidores mais qualificados⁸¹. Pretende-se, com este pilar, que haja uma forma de tratamento que seja formalmente igual entre os dois tipos de investidores que a lei consagra, tutelando-os contra actuações prejudiciais de outros agentes do mercado que sejam mais

qualificados. A lei, neste âmbito, serve como instrumento primordial para combater as desigualdades. Aqui, os deveres de informação surgem como um mecanismo fulcral para prosseguir este objectivo, visto que o vasto elenco normativo presente no CVM obrigam a uma divulgação exaustiva de informação, tanto maior quanto menor for a instrução do devedor⁸².

A existência deste pilar, e a sua *ratio* fundadora, não ignora que é a própria lei mobiliária que aponta para este caminho visto, ela própria, estabelecer a diferença entre o que é um investidor qualificado e um investidor não qualificado, nos termos do art. 30.º do CVM. Assim, para que haja uma efectiva igualdade entre ambos os tipos de investidor, a lei mobiliária tende a excluir os investidores qualificados do apertado regime de protecção do investidor mais fraco⁸³.

3.1.2. – A defesa do mercado e da sua regulação

Como já foi referido anteriormente, um dos pilares fundamentais que sustenta todo o edifício normativo dos deveres de informação relaciona-se com a protecção do investidor. Mas toda esta exigência constante não é unívoca, isto é, não é exclusivamente virada para o investidor individualmente considerado, mas sim com o intuito de proteger o conjunto de investidores que operam no mercado. E aqui devemos introduzir a segunda grande *ratio* que preside ao profuso elenco de deveres informativos presente no CVM: falamos da defesa do mercado e da sua regulação.

Neste ponto, importa salientar, para o nosso trabalho, que a defesa do mercado é essencial para a actividade económica, com um especial enfoque no mercado de valores mobiliários. Naturalmente que com isto não se pretende negar que a especial preponderância dos deveres de informação visa a

complementaridade, porque o princípio da protecção dos investidores postula a protecção da confiança individual e o da protecção dos mercados, por sua vez, se funda na protecção da confiança colectiva.”

⁷⁹ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 26.

⁸⁰ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 26-27. Nas palavras de Osório de Castro, a confiança do investidor será baseada na “(...) capacidade funcional e a eficiência daqueles mercados (...)”, visto que os investidores procuram “(...) uma aplicação empresarial (...)” para as suas poupanças, transformando “(...) riqueza produzida e não consumida em capital produtivo de nova riqueza.”, cfr., CASTRO, Carlos Osório de, *ob.cit.*, pp. 333.

⁸¹ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 28-29.

⁸² Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 28-29.

⁸³ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 29.

defesa do investidor, mas deve-se acentuar, contudo, que a defesa do mercado implica a protecção dos investidores, entendidos como uma comunidade⁸⁴. Desta forma, os deveres de informação consagrados no CVM surgem, primordialmente, como consequência da tutela do mercado e, como tal, não são um exclusivo dos agentes individuais. O mercado de valores mobiliários não é o somatório das vontades individuais que visam a procura e a oferta de valores mobiliários; ao invés, aquele deve ser entendido “ (...) *como uma instituição dotada de regras próprias* (...)”, onde são buscadas garantias de igualdade⁸⁵.

A defesa do mercado, conseguida através do vector dos deveres de informação, surge como uma necessidade do próprio Estado, isto é, cabe ao Estado regular os excessos e as insuficiências do mercado informativo, tentando atenuar ao máximo as assimetrias naturalmente existentes entre agentes do mercado com formações e conhecimentos dispares. Isto consegue-se através de um acervo normativo que contribua para um fluxo regular e eficiente da oferta e da procura, que possa proteger o mercado de especulações que ponham em causa o seu funcionamento, se o pensarmos como um instrumento primordial para que os investidores rentabilizem as suas poupanças⁸⁶. Para este ponto, não se pode olvidar que o mercado informativo é, por natureza, imperfeito, contribuindo para esta ideia o facto de o mercado de valores mobiliários ser composto por investidores em situações de desigualdade, quer informativa, quer intelectual, quer financeira, o que provoca distribuições imperfeitas de riqueza⁸⁷.

Admitimos que a ideia de considerar que o mercado deveria regular-se a si próprio, como um pensamento interessante, mas ao mesmo tempo ingénuo. Não só porque a ausência de informação

conduz, fatalmente, ao mau funcionamento do mercado, senão mesmo à colocação em causa da sua existência; como também, a auto-regulação poderia conduzir a situações de manipulação do acervo informativo por parte de agentes menos preocupados com o mercado, e mais com os seus interesses pessoais⁸⁸. Com estas coordenadas em mente, facilmente se percebe que cabe ao Estado um papel de regulação e de constituição de regras normativas que possam proteger os mercados destas assimetrias. Esta intervenção de índole estatal justifica-se com a necessidade de o Estado ter que ditar um acervo de deveres informativos ao mercado, abrangendo, ao mesmo tempos, os investidores e os agentes de supervisão⁸⁹. Nas palavras de EDUARDO PAZ FERREIRA: “*É a existência de uma informação tão completa, verosímil e clara quanto possível que constitui a garantia essencial de funcionamento regular dos mercados.*”⁹⁰.

A exigência assertiva de informação surge como resultado da necessidade de protecção do mercado – constitucionalmente exigida⁹¹ – não sendo, porém, a única correspondência pois não se deve pôr completamente de parte a necessidade de equidade na prestação de informação e, concomitantemente, tratamento dos investidores não institucionais⁹². Com a exigência de tão elevados deveres informativos, que mais tarde irão ser explicitados na sua globalidade, pretende-se controlar o nível de risco que naturalmente existe no mercado de valores mobiliários, dentro de níveis que possam ser considerados razoáveis. No fundo, pretende-se tutelar os investidores mais fracos, que têm mais dificuldade em chegar à informação necessária para que tenham uma decisão de investimento racional⁹³.

⁸⁴ Cfr., FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp 5 e segs.

⁸⁵ Cfr. FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 9.

⁸⁶ Cfr., FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 13-17.

⁸⁷ Cfr., FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 13 e 17.

⁸⁸ Cfr., FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 13-15.

⁸⁹ Cfr., FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 15-17.

⁹⁰ Cfr., FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 15.

⁹¹ Cfr., art. 101.º da Constituição da República Portuguesa.

⁹² Cfr., FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 17.

⁹³ Cfr., FERREIRA, Eduardo Paz, *ob.cit.*, pp. 17.

3.2. – O regime de deveres de informação no Código dos Valores Mobiliários

O dever de informar recai não só sobre os intermediários financeiros, abrangendo mais agentes do mercado. Não nos podemos esquecer que a decisão de investimento de um investidor não institucional fundamenta-se, no seu essencial, na quantidade e na qualidade de informação que esteja ao seu dispor através dos meios legais admitidos. Nestes termos, podemos afirmar, com toda a segurança, que o investidor procura uma segurança jurídica para poder aplicar as suas poupanças, com o objectivo de realizar ganhos patrimoniais. Ademais, esta confiança e segurança de que o mercado de valores mobiliários é o mais adequado para o que pretende, apenas pode surgir depois de o investidor não institucional possuir um conhecimento sólido e suficientemente esclarecedor para que possa compreender os riscos associados a uma sua possível decisão⁹⁴.

Como tal, nos termos do art. 7.º, n.º 1 do CVM, a informação prestada aos investidores, “(...) deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita.”. A ponderação deve ser feita de forma casuística, e estes requisitos devem ser preenchidos à luz dos interesses de quem exige este comportamento. No entendimento de SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, estamos perante

⁹⁴ As normas que seguidamente iremos analisar ajudam-nos a configurar a relação existente entre o cliente-investidor e o intermediário financeiro, como uma *relação de clientela*. Sobre este ponto, vide, por todos, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Relação de Clientela na Intermediação de Valores Mobiliários”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 121-136. No entendimento de Sofia Nascimento Rodrigues, podemos ter várias configurações no que toca à definição dos sujeitos que intervêm no mercado de capitais. Segundo a Autora, “(...) as normas de protecção da clientela integram, sem esgotar, as normas de protecção do investidor pois todo o investidor que investe por recurso a um intermediário financeiro é, simultaneamente, seu cliente.”. Não obstante, a Autora admite a possibilidade de subsistir uma relação de clientela mesmo que o cliente não seja investidor. Neste caso, as normas que iremos fazer referência, no seu entendimento que também perfilhamos, “(...) não podem considerar-se integrantes do regime de protecção do investidor.”. Defende ainda a Autora que a letra do art. 332.º, n.º 2 do CVM, não exclui a possibilidade de o conceito-base de cliente “(...) estar, por vezes, excluído da noção de investidor.”. Conclui neste âmbito que “(...) a lei protege o investidor-cliente, o cliente que ainda não decidiu investir e mesmo o potencial cliente.”. Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 43-45.

“(...) “concretizações indeterminadas” (...)”, que se transformam em “(...) conceitos indeterminados que, (...), deverão considerar-se preenchidos ou não na óptica dos interesses à luz dos quais são exigidas – os interesses de um investidor médio.”⁹⁵.

3.2.1. – Os sujeitos passivos do dever de informar

3.2.1.1. – Intermediários Financeiros

Como já foi várias vezes referenciado, recai sobre os intermediários financeiros um avultado leque de deveres informativos que deve prestar junto de clientes que manifestem vontade de investir no mercado de valores mobiliários. A dependência que baseia a relação entre investidores não institucionais e os intermediários, resultando não só de “(...) uma verificação prática (...)”⁹⁶, como também provoca uma obrigação de o Estado proteger a parte mais fraca. A partir do art. 304.º, n.º 1 do CVM, podemos encontrar esta consagração, visto que, “Os intermediários financeiros devem orientar a sua actividade no sentido da protecção dos legítimos interesses dos seus clientes e da eficiência do mercado.”. No entendimento de MENEZES LEITÃO, estamos perante o “(...) cumprimento pelo intermediário financeiro das obrigações que assumiu para com os seus clientes no âmbito dos negócios que com eles celebra, acentuando a le um dever de especial protecção do interesse do credor neste tipo de contratos (...)”⁹⁷.

Podemos constatar que a informação que a lei exige que o intermediário financeiro preste advém, também, da ideia de uma conduta transparente

⁹⁵ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 39.

⁹⁶ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 42.

⁹⁷ Cfr., LEITÃO, Luis Manual Teles de Menezes, “Actividades de Intermediação e Responsabilidade dos Intermediários Financeiros”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume II, Coimbra, 2000, pp. 143.

que este deve ter na sua acção, ideia essa reforçada pelo art. 304.º, n.º 2 do CVM⁹⁸. Nas palavras de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, a transparência referida pelo CVM relaciona-se com a adequação como a informação necessária e exigida é transmitida junto dos respectivos destinatários. No seu entender, o vector da transparência surge como um mecanismo de protecção do cliente-investidor, pois permite um acesso eficiente e organizado à informação, de molde a que o mercado permita transmitir confiança aos seus agentes⁹⁹. Deste modo, facilmente se compreende que as regras constantes destes deveres surjam como forma de proporcionar um modelo eficiente que possa proteger o investidor, pois encontramos uma regulação normativa que dispõe sobre como os intermediários devem actuar nas suas relações com os seus clientes. Com isto, e segundo o entendimento de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, a qual concordamos por inteiro, devido à evolução da sociedade moderna e com a crescente sofisticação da informação, em especial, da forma como ela é transmitida aos agentes em questão, de facto para a maioria dos investidores que apenas pensam em aplicar as suas poupanças, os custos inerentes à busca e recepção da informação necessária para a sua decisão fundamentada e esclarecida são proibitivos, provocando a existência de uma relação de “(...) *especial posição de confiança e dependência do cliente* (...)” face ao intermediário financeiro que está encarregue de aplicar as suas poupanças¹⁰⁰.

Todo o regime dos deveres de informação pode ser encontrado nos arts. 312.º e segs. do CVM, nos

arts. 314.º-B e 314.º-C do CVM, nos arts. 323.º e segs. do CVM e, ainda, no art. 332.º do CVM.

3.2.1.1.1. – Os deveres de informação pré-contratual

Os deveres de informação pré-contratual encontram-se previstos nos arts. 312.º e segs. do CVM. Tratam-se de informações que o intermediário financeiro está obrigado a prestar antes da celebração do contrato de intermediação, a um cliente que, na verdade, é um potencial investidor. Esta informação, nos termos do art. 312.º, n.º 1 do CVM, deve ser suficientemente esclarecida e fundamentada, de forma a que o potencial investidor possa tomar uma decisão consciente.

Não estamos perante um elenco taxativo de deveres informativos¹⁰¹, não obstante o intermediário financeiro está obrigado a cumprir com a obrigação de prestar a informação que se encontra elencada no texto normativo. Deste modo, através de um estabelecimento de um conjunto mínimo de informações que devem ser prestadas, o legislador cumpre com a sua função de dar condições, legais, para que a segurança e a confiança sejam mantidas no mercado de valores mobiliários¹⁰².

Um dos pormenores mais importantes nesta sede dos deveres informativos pré-contratuais, é a pormenorização da mesma que o legislador determinou. Nos termos do art. 312.º, n.º 2 do

⁹⁸ Dispõe o art. 304.º, n.º 2 do CVM que “*Nas relações com todos os intervenientes no mercado, os intermediários financeiros devem observar os ditames da boa fé, de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência.*”.

⁹⁹ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *A responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 135.

¹⁰⁰ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 135-136. Para o Autor, a conduta transparente referida pelo art. 304.º, n.º 2 do CVM, consiste na “(...) *instância reguladora da posição relativa das partes intervenientes no tráfego jusbiliário, precisamente na protecção do cliente-investidor como parte informativamente mais débil* (...)”.

¹⁰¹ Posição defendida por Sofia Nascimento Rodrigues, que nós perfilhamos por completo. Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 45.

¹⁰² Dentro deste conjunto mínimo, encontramos a qualidade da informação (art. 312.º-A do CVM), o momento da prestação de informação (art. 312.º-B do CVM), qual a informação mínima a ser prestada pelo intermediário (art. 312.º-C do CVM), qual a informação relativa aos instrumentos financeiros (art.312.º-E do CVM), qual a informação relativa à protecção do património dos clientes (art. 312.º-F do CVM), qual a informação sobre os custos (art.312.º-G do CVM) e, por último, qual a informação adicional que deve ser prestada no contrato de gestão de carteira (art.312.º-D do CVM).

CVM, a quantidade e a qualidade da informação deve ser proporcional ao grau de conhecimentos que o potencial investidor tem, ou não tem. Isto é, vigora o princípio da *proporcionalidade inversa*, em que a informação deve ser prestada numa maior quantidade e com uma maior qualidade, quanto menor for o conhecimento do cliente sobre os produtos em causa. Trata-se assim, nas palavras de SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, de “(...) *um dever de conhecimento do cliente (Know your client rule) (...)*”, com o objectivo de estabelecer um tratamento diferenciado entre clientes, de forma a que as suas assimetrias sejam diminuídas¹⁰³. Podemos concluir, na esteira de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, que esta informação prévia exigida ao intermediário financeiro consiste num *dever de conduta secundário*¹⁰⁴.

3.1.1.1.2. – Os deveres de informação na fase de execução do contrato

Durante a execução do contrato de intermediação, nascem novos e subsequentes deveres de informação na esfera do intermediário financeiro. Estes deveres encontram-se previstos nos arts. 323.º e segs. do CVM, onde o legislador pressupõe a prévia existência de um contrato de intermediação, com o resultado de estes deveres acrescerem aos deveres já analisados presentes nos arts. 312.º e segs. do CVM¹⁰⁵.

Neste âmbito avultam os deveres de informação que decorrem da execução das ordens e dos resultados das operações efectuadas. Ademais, o intermediário financeiro ainda deve informar o cliente-investidor de quaisquer

dificuldades que surjam durante a fase de execução das ordens, ou até a sua possível inviabilidade. No entendimento de MENEZES LEITÃO, estaremos perante “(...) *deveres de informação típicos da relação de mandato (...)*”¹⁰⁶. Na mesma linha de raciocínio, o intermediário financeiro também deve informar o cliente-investidor de todos os factos ou circunstâncias, não integráveis no segredo profissional tal como é entendido no Código dos Valores Mobiliários, que possam justificar a alteração ou mesmo revogação das ordens anteriormente formuladas¹⁰⁷. Este conjunto de informações, para além de constituírem deveres semelhantes ao que podemos encontrar na relação de mandato, também constituem-se como informação sucessiva a ser prestada durante a execução contratual. Isto é, estaremos perante “(...) *deveres acessórios de informação (...)*”, em que na sua génese irão permitir a satisfação do cliente-investidor – aqui entendido como o credor do dever de prestar a informação – e, ao mesmo tempo, garantir a inexistência de danos¹⁰⁸.

Um último pormenor a ter em conta nesta sede, é o constante do art. 304.º, n.º 3 do CVM¹⁰⁹, onde o intermediário financeiro é obrigado a conhecer o cliente-investidor, procurando saber todas as informações necessárias para aferir dos conhecimentos e experiência que este tem sobre o mercado de valores mobiliários. Este pormenor é posterior densificado com mais detalhe no art. 314.º-B do CVM, onde se procura sinalizar que o intermediário financeiro deve procurar saber a maior quantidade de informação possível sobre o seu cliente, de forma a considerar a sua situação

¹⁰³ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 46.

¹⁰⁴ Para o Autor, estaremos perante um conjunto de “(...) *deveres secundários de prestação, funcionalizados, é certo, à prestação principal (...) com relevância na “relação obrigacional” para, em termos de autonomia e de influência sobre a prossecução do interesse do credor, (...), justificar, por exemplo, a aplicação dos meios de reacção perante o não cumprimento da obrigação.*” Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 141. Sobre a figura dos deveres secundários, vide, LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, cit.*, pp. 124.

¹⁰⁵ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 47.

¹⁰⁶ Cfr., LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *ob.cit.*, pp. 144. Opinião partilhada por RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 47.

¹⁰⁷ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 47.

¹⁰⁸ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 140. Sobre a temática dos deveres acessórios de conduta, vide, por todos, LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, cit.*, pp. 121-125 e CORDEIRO, António de Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, Coimbra, pp. 586-631.

¹⁰⁹ Segundo o art. 304.º, n.º 3 do CVM, “*Na medida do necessário para o cumprimento dos seus deveres de prestação de serviço, o intermediário financeiro deve-se informar junto do cliente sobre os seus conhecimentos e experiência no que respeita ao tipo específico de instrumento financeiro ou serviço oferecido ou procurado, bem como, se aplicável, sobre a situação financeira e os objectivos de investimento do cliente.*”

financeira, a sua experiência em matéria de investimentos, entre outros. Este conjunto de informações deve ser feito na medida do necessário, e deve ser deixado ao critério do intermediário¹¹⁰.

4 – A responsabilidade do Intermediário Financeiro por violação dos deveres de informação

4.1.1. – O regime do art. 304.º-A do Código dos Valores Mobiliários

Nos termos do art. 304.º-A do CVM, o intermediário financeiro que viole os seus deveres perante o cliente, de índole organizacional ou referentes ao exercício da sua actividade, é obrigado a indemnizá-lo pelos prejuízos causados¹¹¹. Mais avança o Código, ao prever uma presunção de culpa do intermediário financeiro, quer nas relações contratuais, pré-contratuais ou no cumprimento dos deveres de informação¹¹². Já noutro âmbito, o art. 324.º do CVM determina a nulidade de cláusulas que excluem a responsabilidade do intermediário financeiro¹¹³.

Estas são as coordenadas que pretendemos analisar neste capítulo. Como vimos até agora, o intermediário financeiro está adstrito a um profundo e extenso manancial de deveres, nomeadamente, de índole informativa. Sendo a base para a formação de uma relação de confiança entre o intermediário e o seu cliente-investidor,

para que este consiga sentir seguro de que está a aplicar de forma correcta as suas poupanças, o regime de ressarcimento dos danos, e o regime de imputação da responsabilidade, seguem esta tendência de protecção da parte mais fraca, para que haja uma tendencial igualdade entre os agentes.

4.1.1.1. – A violação dos deveres por parte do intermediário financeiro

Nos termos do art. 304.º-A, n.º 1 do CVM, o intermediário financeiro é civilmente responsável quando viole os deveres que lhe são impostos por lei ou regulamento, no exercício da sua actividade ou na sua organização. Segundo a doutrina, estaremos perante deveres de índole legal e regulamentar, que os intermediários financeiros devem cumprir, sob pena de violarem “(...) disposições destinadas a proteger interesses alheios (...)”. Nesta perspectiva, a violação destes deveres permitirá o ressarcimento das perdas, patrimoniais, que os clientes, ou terceiros, tenham sofrido devido à actuação do intermediário¹¹⁴.

Na relação entre o intermediário financeiro e o cliente-investidor estabelece-se, na nossa opinião, uma relação de índole obrigacional em que o primeiro está obrigado, perante o segundo, a prestar um conjunto de actividades que formam a prestação deste vínculo. Isto é, o cliente-investidor tem o direito de exigir ao intermediário o cumprimento cabal das suas obrigações, a que está adstrito através de via contratual¹¹⁵. Temos assim que é a violação dos seus deveres que origina, na

¹¹⁰ Cfr., RODRIGUES, Sofia Nascimento, *ob.cit.*, pp. 47.

¹¹¹ Dispõe concretamente o art. 304.º-A, n.º 1 do CVM: “Os intermediários financeiros são obrigados a indemnizar os danos causados a qualquer pessoa em consequência da violação dos deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua actividade, que lhe sejam imposto por lei ou por regulamento emanado de autoridade pública.”

¹¹² Estipula o art. 304.º-A, n.º 2 do CVM: “A culpa do intermediário financeiro presume-se quando o dano seja causado no âmbito das relações contratuais ou pré-contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado pela violação dos deveres de informação.”

¹¹³ Prevê o art. 324.º, n.º 1 do CVM: “São nulas quaisquer cláusulas que excluam a responsabilidade do intermediário financeiro por actos praticados por seu representante ou auxiliar.”

¹¹⁴ Cfr., LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *ob.cit.*, pp. 147. Conclui o Autor que estamos perante uma situação de responsabilidade delitual, prevista e regulada pelo art. 483.º do Código Civil. Para um contributo mais extenso, no que toca à violação de um dever de informação, entendida como uma disposição de protecção, vide, MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *ob.cit.*, pp. 237 e segs.

¹¹⁵ Opinião perfilhada por Gonçalves Castilho dos Santos, sendo que o Autor considera que estamos perante “(...) um dever específico de agir por parte do intermediário financeiro, precisamente o dever de realizar a prestação devida.” Cfr., SANTOS, Gonçalves André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 192.

esfera jurídica do intermediário, a obrigação de indemnizar o cliente-investidor pelos eventuais danos causados. Esta relação de natureza obrigacional terá a sua fonte primordial no contrato de intermediação financeira que deu azo à sua relação contratual, sendo que a definição das obrigações e a respectiva responsabilidade por incumprimento terão a sua densificação nesse documento¹¹⁶.

Para que a cláusula do art. 483.º do Código Civil funcione, em articulação com o art. 304.º-A, n.º 1 do CVM, é necessário que os cinco pressupostos da responsabilidade civil estejam preenchidos: o facto voluntário, a ilicitude, o dano, a culpa e o nexo de causalidade¹¹⁷.

No que toca ao facto voluntário do agente, é necessário que este pressuposto seja revelado através de uma acção ou de uma omissão. Pense-se numa informação não dada pelo intermediário financeiro que se revele absolutamente indispensável para a tomada de decisão do cliente-investidor. Nos termos do art. 312.º, n.º 1 do CVM, uma das principais obrigações do intermediário financeiro é divulgar a informação necessária, ao seu cliente, para que este consiga ter uma decisão *esclarecida e fundamentada*. A acção do intermediário financeiro deve ser pautada por elevados níveis de profissionalismo e diligência e a não realização da prestação a que está adstrito – quer através de uma acção ou de uma omissão – irá provocar um dano injustificado na esfera do credor, ou seja, o cliente-investidor¹¹⁸. É através do seu facto voluntário que o intermediário financeiro, violando os seus deveres, irá impedir que o cliente-investidor consiga retirar vantagens patrimoniais das suas decisões, violando assim a obrigatoriedade

de agir com uma conduta transparente, leal e diligente em vista a proteger os legítimos interesses do seu cliente¹¹⁹.

Para além da voluntariedade da acção, é necessário que a actuação do intermediário seja *ilícita*, isto é, tem que existir uma “(...) *desconformidade entre a conduta devida (a realização da prestação) e o comportamento observado pelo intermediário financeiro*.”¹²⁰. Estaremos, portanto, perante uma ilicitude de índole obrigacional, em função do tipo de relação que, supra, configurámos como ser uma relação obrigacional. Teremos aqui, no fundo, através de uma actuação ilícita, “(...) *uma disfuncionalização da composição inicial de interesses vertida no contrato de intermediação financeira* (...)”¹²¹.

Para ser responsabilizado pela sua actuação, é necessário que o intermediário financeiro actue com *culpa*. Sem adiantar muitos pormenores que irão ser analisados, infra, no ponto 4.1.1.2., podemos adiantar que, nesta sede, estamos perante a necessidade de a conduta do intermediário financeiro seja “(...) *censurada pelo facto deste não ter adoptado a conduta que, de acodo com o comando legal, deveria ter adoptado*.”¹²².

Em quarto lugar é necessário que a acção ou omissão do intermediário financeiro provoque dano na esfera jurídica do cliente-investidor. No entendimento de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, estaremos perante “(...) *a supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento*.”¹²³. No mercado de valores mobiliários, este dano consistirá na

¹¹⁶ Assim também, SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 193.

¹¹⁷ Iremos, nas linhas subsequentes do nosso trabalho, seguir de perto as considerações de Gonçalo Castilho dos Santos.

¹¹⁸ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 200.

¹¹⁹ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 200.

¹²⁰ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 200.

¹²¹ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 202. O Autor admite que o intermediário financeiro, para além dos casos de não cumprimento definitivo da prestação a que está adstrito, pode ainda ser responsabilizado em situações de mora, de incumprimento temporário da prestação, cfr., pp. 203.

¹²² Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 208.

¹²³ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 216.

desvantagem patrimonial suportada pelo cliente-investidor, em função do facto voluntário do intermediário. Na esteira de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, também entendemos que a indemnização pode abranger quer danos patrimoniais, quer não patrimoniais, e ainda os lucros cessantes e os danos emergentes¹²⁴.

Por último, é necessário aferir do nexo de causalidade entre o facto voluntário e o dano provocado¹²⁵. Não nos cabendo a nós, no nosso trabalho e não sendo o nosso escopo, pronunciar-nos sobre qual a teoria que se coaduna melhor com a letra do art. 563.º do Código Civil, consideramos de seguir a posição de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, ao referir que a teoria da causalidade adequada é a que se coaduna melhor com o regime de responsabilidade do intermediário financeiro. Ou seja, a indemnização devida por este deve-se circunscrever “(...) aos danos que provavelmente não teriam sido sofridos pelo cliente se não fosse a violação do seu direito de crédito face ao intermediário financeiro.”¹²⁶.

Como tivemos oportunidade de analisar, a cláusula do art. 304.º-A, n.º 1 do CVM funciona sempre que esteja em causa uma situação em que o intermediário financeiro viola os seus deveres, colocando em perigo a confiança que o mercado deve suscitar nos seus agentes, nomeadamente nos clientes-investidores. A cláusula é particularmente abrangente no que toca aos deveres de informação,

visto que o elenco normativo determina que a responsabilidade é accionada no caso da violação de qualquer dever informativo. E assim bem se compreende esta solução visto que a informação desempenha um papel fulcral, nuclear na construção de um clima de confiança entre os vários agentes do mercado, não só assegurando uma decisão esclarecida e fundamentada por parte do cliente-investidor que assim se sente seguro ao aplicar as suas poupanças na busca de ganhos patrimoniais, como ainda assegura que o próprio mercado possa funcionar de uma forma ágil e eficiente, protegendo assim o conjunto de intervenientes que, pelas mais variadas razões e dependente da posição em que ocupam neste jogo de oferta e procura de valores mobiliários, precisam que o público em geral interiorize que o mercado é um espaço seguro, com regras definidas em que a confiança desempenha um papel primordial.

4.1.1.2. – A presunção de culpa do art. 304.º-A, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários

Nos termos do art. 304.º-A, n.º 2 do CVM: “A culpa do intermediário financeiro presume-se quando o dano seja causado no âmbito das relações contratuais ou pré-contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado por violação de deveres de informação.”.

Segundo MENEZES LEITÃO, estamos perante “(...) uma unificação do critério de apreciação da culpa do intermediário financeiro (...)”, visto que o art. 304.º, n.º 2 estabelece o princípio de que o intermediário financeiro deve agir com elevados padrões de transparência, lealdade e profissionalismo. Com isto, resulta que a presunção de culpa do art. 304.º-A, n.º 2 do CVM encerra

¹²⁴ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 217 e nota 516, com contributos doutrinários de Sinde Monteiro. No que toca à forma como é ressarcido o dano, Gonçalo Castilho dos Santos faz referência à teoria da diferença presente no art. 566.º, n.º 2 do Código Civil, porém com algumas exceções, cfr., *ob.cit.*, pp. 219-222.

¹²⁵ Para uma perspectiva mais geral sobre o nexo de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil, *vide*, VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 9ª Edição, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 582 e segs., VARELA, João de Matos Antunes, *ob.cit.*, Volume II, Reimpressão da 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 105-106 e Leitão, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 343-350.

¹²⁶ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 223-228, onde também aborda a questão de se o intermediário financeiro pode invocar uma causa virtual para diminuir ou extinguir a sua responsabilidade.

dentro de si o critério da culpa levíssima¹²⁷. Mais acrescenta, ao considerar que o ónus da prova da culpa do intermediário financeiro cabe ao lesado, escudado no art. 487.º, n.º 2 do Código Civil¹²⁸. Não obstante, as considerações agora feitas não retiram utilidade ao argumento que, na presunção de culpa do art. 304.º-A, n.º 2 do CVM, estaremos perante um acentuar de responsabilidade, quer na fase contratual, quer na pré-contratual, através desta inversão do ónus da prova – ou seja, o ónus passa a pertencer ao intermediário financeiro – que em nada, no nosso entender e seguindo a posição de MENEZES LEITÃO, altera as considerações tidas anteriormente no que toca ao ónus da prova em termos gerais caber ao lesado, v.g., o cliente-investidor, mantendo assim a unidade do sistema de responsabilidade civil do intermediário financeiro¹²⁹.

Posição semelhante parece ser a adoptada por GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS. No entendimento deste Autor, o art. 304.º, n.º 2 do CVM introduz um padrão distinto ao existente no art. 487.º, n.º 2 do Código Civil, no que toca à verificação da culpa na actuação do intermediário financeiro. Se por um lado o art. 487.º, n.º 2 do Código Civil nos fala da ideia do *bom pai de família*, o art. 304.º, n.º 2 do CVM, por sua vez, exige que o intermediário financeiro actue de boa fé e com “(...) elevados padrões de diligência, lealdade e transparência”. Segundo GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, estamos perante um “(...) diligentissimus pater familias (...)”¹³⁰.

No seu entendimento, na esteira de MENEZES LEITÃO, a presunção constante do art. 304.º-A, n.º 2 do CVM, entende-se face ao critério de *culpa levíssima* presente na norma legal. Também considera que a existência da presunção se coaduna com a ideia de que o agente profissional deve actuar com a diligência necessária a efectivar a confiança e a segurança que os clientes-investidores precisam de sentir¹³¹. Não obstante esta concordância, sobre o ónus da culpa, na sua opinião, “(...) o ónus da prova da culpa, e para nós, do nexo de causalidade, que fica a cargo do lesante (devedor inadimplente) – artigo.350, n.º 1 do Código Civil (...)”. Isto é, para GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, o ónus da prova da culpa presente no art. 304.º-A, n.º 2 do CVM pertencerá ao intermediário financeiro. Mais acrescenta, defendendo que, face ao constante no art. 342.º, n.º 2 do Código Civil, em termos de prova do cumprimento, o ónus estará na esfera jurídica do intermediário financeiro. Mas se estivermos perante o “(...) não cumprimento de obrigações de conteúdo negativo (...)”, o Autor admite que o ónus deve pertencer ao cliente, por força do art. 342.º, n.º 1 do Código Civil¹³².

Na nossa opinião consideramos que a posição que melhor protege os interesses da parte mais fraca, isto é, do cliente-investidor é aquela que encontra expressão nas palavras de MENEZES LEITÃO. Na verdade, nos termos do art. 487.º, n.º 1 do Código Civil: “É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção de culpa”. Isto é, caberia ao cliente-investidor provar a culpa do intermediário financeiro em caso de danos devido a uma acção ou omissão deste

¹²⁷ Cfr., LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *ob.cit.*, pp. 147, qualificando-a como uma situação de responsabilidade delitual à luz do art. 483.º do Código Civil.

¹²⁸ Cfr., LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *ob.cit.*, pp. 147-148. Esta conclusão advém da classificação desta responsabilidade como delitual, interpretando a contrario o art. 314.º, n.º 2 do CVM, prova essa facilitada pelo facto de estarmos perante um “(...) elevado padrão de diligência (...)”.

¹²⁹ Cfr., LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *ob.cit.*, pp. 148.

¹³⁰ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 210.

¹³¹ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 213-214. Acrescenta ainda que esta cláusula de responsabilidade tanto inclui a responsabilidade contratual como a extra-contratual.

¹³² Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 236-238. Nos termos do art. 342.º, n.º 1 do Código Civil: “Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos dos factos alegados.” Já o art. 342.º, n.º 2 do Código Civil dispõe que: “A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.”

agente do mercado, mas, e de acordo com o art. 487.º, n.º 2 do Código Civil, a presunção de culpa atribui esse ónus ao intermediário financeiro. Parece-nos uma solução justa e equilibrada pois não nos devemos esquecer que o cliente-investidor é a parte mais fraca nestes contratos e cabe ao legislador protegê-lo de eventuais abusos. Mais, a sua acção estará facilitada através do amplo critério aferidor presente no art. 304.º, n.º 2 do CVM, através do padrão da culpa levíssima. Não nos podemos esquecer que o intermediário financeiro tem um papel fulcral na construção de um clima de confiança e de segurança nos clientes-investidores, papel esse bem delineado através do acervo normativo exausto que lhe cabe cumprir. Mal seria se o cliente tivesse que provar o não cumprimento das obrigações do intermediário, tendo ele, sendo um investidor não qualificado, acesso a toda a informação necessária para aferir da conduta do agente em questão. Consideramos ainda que a inversão do ónus da prova, com a existência desta presunção de culpa, proteger os clientes-investidores de possíveis abusos de que podem ser alvo, obrigado o intermediário financeiro a provar que cumpriu com os seus deveres contratuais, pré-contratuais e de informação.

Posto isto concluímos, em suma, que o ónus da culpa presente no art. 304.º-A, n.º 1 do CVM cabe ao lesado, prova essa facilitada pelo art. 304.º, n.º 2 através das exigências de actuação do intermediário financeiro. E, ao mesmo tempo, consideramos que, por força do art. 487.º, n.º 1 do Código Civil, o ónus da prova presente na presunção de culpa do art. 304.º-A, n.º 2 do CVM pertencerá ao intermediário financeiro. Isto é, deve ser o intermediário financeiro a provar que cumpriu com os deveres contratuais, pré-contratuais ou de informação.

4.2.1. – O regime do art. 324.º do Código dos Valores Mobiliários

Como já vimos no ponto subsequente, no art. 304.º-A, n.ºs 1 e 2, do CVM, encontramos a cláusula geral de imputação da responsabilidade do intermediário financeiro. Já no art. 324.º do CVM, encontramos uma cláusula de imputação específica no âmbito contratual. Falamos, essencialmente, da nulidade de cláusulas de exclusão de responsabilidade por actos de representante ou auxiliar. Neste ponto iremos tentar descobrir se a exclusão da responsabilidade do intermediário financeiro por acto de representante ou auxiliar pode ser admissível.

4.1.2.1. – A exclusão da responsabilidade civil do intermediário financeiro

No art. 324.º do CVM encontramos regras autónomas de responsabilidade civil do intermediário, com certas especialidades face à responsabilidade contratual. Desde logo, encontramos o art. 324.º, n.º 1 do CVM que prevê a nulidade de cláusulas que excluem a responsabilidade do intermediário devido a actos praticados por representantes ou auxiliares. Na opinião de MENEZES LEITÃO, estamos perante uma *derrogação* do art. 800.º, n.º 2 do Código Civil¹³³, em que, não só se impede a exclusão da responsabilidade do intermediário financeiro, como o art. 800.º do Código Civil apenas poderá ter aplicação na esfera da responsabilidade contratual do intermediário financeiro, sendo que, nos restantes casos, o intermediário financeiro apenas irá responder pelos actos de terceiro segundo o art. 500.º do Código Civil¹³⁴.

¹³³ Nos termos do art. 800, n.º 2 do Código Civil: “A responsabilidade pode ser excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública.”

¹³⁴ Cfr., LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob.cit.*, pp. 148. Em concordância com a opinião que se trata de uma derrogação do art. 800, n.º 2 do Código Civil, cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 241.

Uma questão pertinente e de aguda importância nesta sede é a de saber se é possível a estipulação, através de cláusulas contratuais gerais, de regras que limitem ou excluam a responsabilidade civil do intermediário financeiro para efeitos do art. 324.º do CVM, quando os actos sejam praticados por seu representante ou auxiliar.

Segundo o entendimento de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, a análise a este problema terá que partir de um conjunto de normas que contém importantes subsídios para esta questão, nomeadamente, os arts. 324.º, n.º 1, e 334.º, n.º 2, ambos do CVM; o art. 809.º do Código Civil e os arts. 18.º, alíneas c) e d) e 21.º, alínea d), ambos da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, doravante LCCG¹³⁵. No seu entendimento, a regra constante do art. 324.º, n.º 1 do Código Civil, que veda a possibilidade de exclusão de responsabilidade, se coaduna com a previsão do art. 809.º do Código Civil, que proíbe as cláusulas em que o credor renuncia antecipadamente aos seus direitos¹³⁶. Entende o Autor que a equiparação feita pelo art. 321.º, n.º 3 do CVM¹³⁷ é extemporânea pois a articulação dos artigos da LCCG são suficientes para ter obter esse efeito. Ou seja, se através do art. 321.º, n.º 3 do CVM, temos a equiparação de investidores não qualificados a consumidores, isto significa que, nos termos da LCCG, iriam ser-lhes aplicado o regime constante dos arts. 20.º e segs. da LCCG. Ora, esta remissão olvida o facto de, nos termos do art. 20.º da LCCG, o regime dos arts. 17.º e segs. da LCCG, aplicáveis aos profissionais, também é

extensivo aos consumidores. Por tudo isto, o Autor, posição que perfilhamos, considera que a existência do art. 321.º, n.º 3 do CVM é dúbia pois o seu efeito já é conseguido através da conjugação dos vários elencos normativos referidos da LCCG¹³⁸.

No entendimento de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, não será admissível a existência de cláusulas que excluam a responsabilidade do intermediário financeiro, ou sequer que a limitem¹³⁹. Defende o Autor que o art. 324.º, n.º 1 do CVM veda por completo a possibilidade de derrogação do art. 800.º, n.º 2 do Código Civil, proibindo a existência de cláusulas de exclusão da responsabilidade, em respeito ao art. 809.º do Código Civil e do art. 18.º, alínea d) da LCCG, mesmo que haja culpa leve¹⁴⁰. Questão diferente se coloca quando se trata de limitar a responsabilidade civil obrigacional do intermediário, através de uma cláusula contratual geral ou outro qualquer molde negocial e perante qualquer tipo de culpa.

Entende GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, na nossa opinião acertadamente sendo uma posição que aderimos por completo, que não deve ser permitida a possibilidade limitação de responsabilidade do intermediário financeiro, por respeito aos valores que presidem ao regime de

¹³⁸ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 243.

¹³⁹ Não nos cabe a nós, por economia de espaço e por estar fora do âmbito do nosso trabalho, discutir a concatenação possível entre o regime da LCCG e do art. 809.º do Código Civil, optamos apenas por fazer uma referência breve. Segundo Gonçalo Castilho dos Santos, a doutrina divide-se em três correntes nesta matéria: uns admitem uma interpretação restritiva do art. 809.º do Código Civil, com o intuito de admitir cláusulas que excluam a responsabilidade sustentadas na culpa leve; outros defendem que o Código Civil não pode ser mais restritivo que a LCCG, argumentado portanto que é possível a limitação ou a exclusão da responsabilidade por culpa leve; outros há ainda que consideram que uma lei especial, como a LCCG, não poderá derogar uma lei geral como o Código Civil, concluindo pela nulidade de qualquer cláusula que viole o art. 809.º do Código Civil. Não obstante estas posições, a doutrina considera, pacificamente, a possibilidade de excluir a responsabilidade do devedor por culpa leve, e limitá-la quando estejamos perante actos praticados por representantes ou auxiliares. Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 244-245, com notas e referências bibliográficas.

¹⁴⁰ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 245.

¹³⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Janeiro e alterado pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho. Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 241.

¹³⁶ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 242.

¹³⁷ Nos termos do art. 321.º, n.º 3 do CVM: “Aos contratos de intermediação financeira é aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais, sendo que para esse efeito os investidores não qualificados equiparados a consumidores.”

imputação do Código dos Valores Mobiliários. Se por um lado o intermediário financeiro está adstrito a um conjunto pesado de deveres que visam construir uma confiança e uma segurança suficientes para o cliente-investidor possa procurar no mercado de valores mobiliários as melhores formas de ter ganhos patrimoniais, também é verdade que esta acção por parte do intermediário deve ser feita à luz do art. 304.º, n.º 2 do CVM, ou seja, à luz do critério do *diligentissimus pater familias*¹⁴¹. Com isto pretende-se dizer que o intermediário financeiro, de forma mais apurada e exigente da fórmula que encontramos na lei civil, tem deveres acrescidos devido à posição que ocupa como agente do mercado. Isto é, não chega, na nossa opinião, dizer que o intermediário financeiro deve actuar como um bom pai de família. Mesmo considerando que estamos perante uma cláusula geral que deve ser preenchida casuisticamente, consideramos que ela não consegue preencher por completo todas as funções, toda a importância que o intermediário tem. Não nos podemos esquecer que ele está obrigado a cumprir um manancial exaustivo de deveres de informação, sendo ele um dos principais agentes que deve transmitir uma confiança nos mercados que se estenda aos clientes-investidores. A sua função não pode ser diminuída ao ponto que se deve comportar como um normal contraente, bem mais do que isso, aliás, exige a própria lei mobiliária ao exigir que o intermediário actue com elevados padrões de lealdade, transparência e diligência. Nós estamos perante sujeitos com uma posição privilegiada, no que toca ao acesso à informação, no mercado de capitais e é essa mesma informação o vector principal para criar os dois pilares que sustentam todo o mercado de valores mobiliários: a confiança e a segurança. Por isto, consideramos que não se pode admitir a exclusão ou mesmo a limitação da

responsabilidade civil obrigacional do intermediário financeiro, porque estar-se-ia a criar uma distorção num regime que, no seu elenco normativo, coloca um acento tónico bastante forte na protecção dos agentes mais fracos e na necessidade que o intermediário financeiro se comporte de forma a não colocar em causa a confiança e a segurança que os mercados necessitam para poder funcionar de forma eficiente e, permitir, ao cliente-investidor obter ganhos patrimoniais através da aplicação das suas poupanças.

4.1.3. – A natureza jurídica da responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente

A dúvida de saber qual a natureza jurídica do esquema da responsabilidade civil do intermediário financeiro não é, de todo, de resposta fácil. Numa perspectiva inicial, na esteira de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, podemos considerar que a lei mobiliária aceita que a responsabilidade civil do intermediário seja aceite independentemente de culpa: referimo-nos, concretamente e a título exemplificativo, à relação entre o art. 324.º do CVM e o art. 800.º do Código Civil¹⁴².

Refere o Autor que, para além deste ponto inicial, a responsabilidade do intermediário tem uma tendência, nas suas palavras, “(...) *objectivizada ou objectivizante*”. No seu entender, para além da responsabilidade objectiva presente ao longo da lei mobiliária, temos ainda “(...) *outros exemplos importantes – e também eles nevrálgicos* (...)”, que permitem uma densificação do tipo de responsabilidade civil que estamos perante. Relacionado com esta perspectiva, é de realçar que a lei mobiliária, através do art. 304.º, n.º 2 do

¹⁴¹ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 246.

¹⁴² Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 270-271. Na análise subsequente iremos seguir as suas considerações de perto.

CVM, impõe ao intermediário financeiro uma actuação mais exigente que a do *bom pai de família*, imputando-lhe a responsabilidade através do mecanismo jurídico da presunção de culpa¹⁴³.

Não obstante estas considerações, o Autor considera – e na nossa opinião, de forma correcta – que estamos perante uma responsabilidade *subjectiva*, fundada na culpa do intermediário financeiro¹⁴⁴. E é neste ponto que GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, admite que existe uma influência objectiva ou objectivizante neste regime de pendor subjectivista. No seu entendimento, as normas de *ratio* objectiva, no campo da responsabilidade do intermediário financeiro, surgem devido ao risco inerente à participação no mercado de capitais. Para o Autor, existe uma “(...) *distribuição da respectiva perigosidade – enquanto susceptibilidade danosa – por quem, mais beneficiando dessa actividade, estaria em condições de poder/dever indemnizar*.”¹⁴⁵. Para além deste ponto, o Autor acrescenta ainda a seguinte ideia-chave: nos contratos de intermediação financeira existe uma *álea*, em que o risco da operação é ponderado pelo cliente-investidor com o objectivo de ter ganhos patrimoniais. Deste modo o cliente-investidor surge como o *beneficiário* do risco que está subjacente ao negócio em questão, negando, consequentemente, a ideia de dano para efeitos de imputação da responsabilidade em casos de actuação diligente por parte do intermediário financeiro¹⁴⁶.

Na tentativa de descobrir a *ratio* fundadora da responsabilidade civil do intermediário financeiro, consideramos que, na esteira de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, devemos procurar a solução noutros quadrantes como sejam a tutela da confiança e a função económico-social do contrato de intermediação financeira. Se por um lado o intermediário financeiro encerra dentro de si a necessidade de criar uma imagem de credibilidade junto dos outros agentes do mercado de valores mobiliários, ele também é a pessoa, por estipulação da lei mobiliária, que permite ao cliente-investidor entrar no mundo dos valores mobiliários e ter a possibilidade de obter ganhos patrimoniais¹⁴⁷. Isto não só provoca uma necessidade por parte das autoridades reguladoras de conformar a actividade do intermediário financeiro dentro de regras claras, como também faz com que, nas palavras de GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, “(...) *esta intermediação genética, assumida pelo intermediário financeiro junto do cliente, justifica que a lei acabe por alargar as fórmulas tradicionais (ex vi da lei civil) de imputação objectiva (ou exigentemente quase-objectiva) (...)*”. No fundo, o Autor frisa o acento tónico na confiança que o intermediário financeiro transmite ao cliente-investidor e, principalmente, ao papel de “(...) *elo central (...)*” que este agente desempenha na ligação fulcral que deve existir entre mercado, intermediários e clientes-investidores, de forma a que seja criada uma redoma de confiança e de segurança¹⁴⁸.

Em suma, na nossa opinião consideramos que a responsabilidade civil do intermediário financeiro envolve duas vertentes. Por um lado temos uma

¹⁴³ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 270. Considera o Autor que este regime deve ser articulado com os arts. 304.º-A, n.º 2 do CVM e com o art. 799.º do Código Civil. Isto sem prejuízo, como iremos ver mais à frente, de se considerar que estamos perante uma responsabilidade subjectiva.

¹⁴⁴ O Autor coloca o acento tónico nos arts. 304.º, n.º 2 e 314., ambos do CVM, para justificar a sua afirmação. Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 271.

¹⁴⁵ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 271. Não obstante esta sua posição, o Autor considera que não se deve entender a actividade do intermediário financeiro à luz do art. 493.º, n.º 2 do Código Civil, isto é, considerá-la como uma actividade perigosa.

¹⁴⁶ Gonçalo Castilho dos Santos frisa que estamos perante a “(...) *álea negociada (...)*”, e não perante o “(...) *risco enquanto instância de ponderação de*

danos (...)”. Assim se compreende que o intermediário financeiro não responda por eventuais perdas decorrentes da operação inserida no mercado de capitais, caso tenha actuado de acordo com a exigência da lei mobiliária, e a perda tenha sido resultado de desvalorizações de cotações. Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 271-272.

¹⁴⁷ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 274.

¹⁴⁸ Cfr., SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *ob.cit.*, pp. 274-275.

responsabilidade subjectiva fundada na culpa do intermediário financeiro com a expressão legal constante do art. 304.º-A, n.º 2 do CVM, com a articulação com a cláusula de aferição do comportamento do intermediário constante do art. 304.º, n.º 2 do CVM. E por outro lado também temos a manifestação de responsabilidade objectiva do intermediário, não só através da responsabilidade contratual presente no art. 324.º do CVM, em colaboração estrita em termos de funcionamento com os arts. 800.º e 809.º do Código Civil, como também na importância que o intermediário financeiro tem no funcionamento do mercado de valores mobiliários, em parte devido à excepcional posição que ele possui em termos de conhecimento das informações necessárias para formar um clima de confiança e de segurança indispensáveis para o bom funcionamento do mercado.

5 – Conclusão

O contrato de intermediação financeira surge como um dos mais importantes e fulcrais inserido no mercado dos valores mobiliários. Consiste no negócio jurídico que permite o encontro da oferta e da procura no mercado de valores mobiliários, isto é, permite a um indivíduo aceder a um instrumento para obter ganhos patrimoniais com o investimento das suas poupanças, estabelecendo, ao mesmo tempo, uma relação de confiança com o agente do mercado que irá servir de interlocutor – o intermediário financeiro.

O Código dos Valores Mobiliários elenca um quadro normativo contratual não taxativo. De uma forma geral, podemos concluir que o contrato de intermediação surge como uma categoria contratual autónoma, com regras próprias. Entre elas, encontramos a necessidade de ter forma escrita, consubstancia-se como verdadeiros contratos comerciais, contendo ainda vários

deveres informativos que são comuns a todos os subtipos legais. Mais especificamente, encontramos a distinção entre contratos de investimento e contratos auxiliares, sendo que os primeiros estão dirigidos para a prática de serviços na área da intermediação financeira; e os segundos, têm como função pretar serviços auxiliares aos contratos de intermediação.

Também podemos concluir que os deveres informativos presentes no CVM são extensos, de um alcance e de uma profundidade tal que se tornam numa peça fulcral para a sobrevivência do próprio mercado. Duas razões se destacam para justificar este profuso elenco normativo: a protecção dos investidores e a defesa do mercado e da sua regulação. Por um lado os deveres informativos protegem os investidores mais frágeis, os investidores não qualificados, que dificilmente têm acesso à informação necessária para lhes transmitir confiança. A regulação legal que podemos encontrar no CVM tem como objectivo proteger estes investidores, formando na sua esfera um sentimento de confiança e de segurança que lhes permita ter uma decisão esclarecida e fundamentada sobre quais as melhores opções para investir as suas poupanças. E, por outro lado, estes deveres informativos também ganham uma importância especial porque são uma das travesmestras indispensáveis para defender o próprio mercado de agentes que pensem mais em ganhos próprios. Ademais, a existência de uma vasta informação, completa e verosímil, ajuda o próprio mercado a regular-se e a proteger-se, permitindo que transpareça para a sociedade a imagem de um conjunto de agentes que actuam de boa fé.

Os deveres de informação do intermediário financeiro podem ser divididos em dois grandes grupos: os deveres de informação pré-contratual e os deveres de informação contratual. Os primeiros encontram-se regulados nos arts. 312.º e segs. do

CVM e têm por objectivo levar o cliente-investidor a tomar uma decisão esclarecida e fundamentada sobre os seus projectos de investimento, como também criar o clima de confiança e segurança necessários para o mercado de capitais prosperar. Os segundos encontram-se previstos nos arts. 323.º e segs. do CVM e, debruçam-se principalmente, sobre os deveres de informação nas operações de execução de ordens e sobre os resultados das operações. Constituem deveres típicos da relação de mandato, como também se podem classificar como informação sucessiva a ser transmitida, obrigatoriamente, pelo intermediário financeiro.

O regime da responsabilidade civil do intermediário financeiro pode ser encontrado, principalmente, nos arts. 304.º-A e 324.º, ambos do CVM. Por um lado, no art. 304.º-A, n.º 1 do CVM prevê-se a responsabilidade do intermediário financeiro por violação dos seus deveres impostos por lei ou regulamento, tratando-se de disposições que visam proteger interesses alheios, à luz do art. 483.º do Código Civil. Por outro, o art. 304.º-A, n.º 2 do CVM estabelece uma presunção de culpa quando se viole os deveres respeitantes à organização e ao exercício da actividade do intermediário financeiro, bem como quando esteja em causa qualquer dever de informação. Estamos perante uma relação de índole obrigacional, onde o intermediário financeiro fica adstrito a cumprir com uma prestação perante o cliente-investidor. Deste modo, o incumprimento por sua parte, de qualquer dos seus deveres, tem como consequência que incorra em responsabilidade. E, na mesma esteira mas aprofundando o raciocínio, a presunção de culpa do art. 304.º-A, n.º 2 do CVM coloca uma tónica mais intensa nos deveres de informação, sobressaindo ainda mais a sua importância.

Para a aplicação do mecanismo da responsabilidade civil, previsto pelo art. 483.º do Código Civil, é necessário que estejam reunidos os cinco pressupostos: facto voluntário, ilicitude, dano, culpa e nexo de causalidade, em que o ónus da prova caberá ao lesado. Já no que toca à presunção de culpa, podemos concluir que, para além de existir uma unificação do critério da culpa, não só através do art. 304.º, n.º 2 do CVM que impõe uma conduta diligentíssima por parte do intermediário financeiro, institui uma inversão do ónus da prova, cabendo a este provar que cumpriu, de acordo com a cláusula constante do art. 304.º, n.º 2 do CVM, os seus deveres.

Já no regime do art. 324.º, n.º 1 do CVM, que prevê a nulidade das cláusulas que excluem a responsabilidade civil do intermediário financeiro por actos praticados por representante ou auxiliar, entendemos que, não só não pode ser permitida cláusulas que excluem a responsabilidade do intermediário nestes casos, como a limitação também deve ser proibida. Assim é pois o art. 809.º do Código Civil proíbe a renúncia antecipada dos direitos por parte do credor, e o art. 20.º da LCCG equipara, para o regime do diploma em questão, os consumidores aos profissionais fazendo com que a proibição constante do art. 18.º, alínea d) do CVM também se aplique nesta sede. Também a limitação deve ser afastada porque a função do intermediário financeiro não se coaduna com a possibilidade de admitir que não cumpra os seus deveres de forma diligentíssima. Cabe a ele servir como elo de ligação entre a oferta e a procura no mercado de valores mobiliários, recaindo sobre ele deveres que se constituem como mais amplos e exigentes face ao critério geral do bom pai de família. Com o acesso privilegiado que este agente tem, e com o dever que lhe recai para a divulgar da melhor forma possível, com eficiência e verdade, não poderá haver margem

para uma desculpabilização do mesmo, em caso de violação dos deveres a que está obrigado.

A responsabilidade civil do intermediário financeiro tem duas vertentes, coincidentes com o profuso regime legal. A sua responsabilidade é de índole subjectiva com a necessidade de aferição da culpa do intermediário, à luz da cláusula do art. 304.º-A, n.º 2 do CVM. E a sua responsabilidade também é de pender objectivo, aquando do incumprimento dos deveres legais a que está adstrito, sem esquecer a responsabilidade civil independente de culpa, que pode ser encontrada no art. 324.º do CVM.

6 – Bibliografia

- AFONSO, A. Isabel, “O Contrato de Gestão de Carteiras: Deveres e Responsabilidades do Intermediário Financeiro”, in *AaVv: Jornadas – Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 55-86
- ALBUQUERQUE, Pedro de, *O Direito de Preferência dos Sócios em Aumentos de Capital nas Sociedades Anónimas e por Quotas*, Almedina, Coimbra, 1993
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “As Transacções de Conta Alheia no Âmbito da Intermediação no Mercado de Valores Mobiliários”, in *AaVv: Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 291-309.
- *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, Almedina, Coimbra, 2007
- “Relação de Clientela na Intermediação de Valores Mobiliários”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 121-136.
- ALMEIDA, João Queirós de, “Contratos de Intermediação Financeira enquanto Categoria Jurídica”, in: *AaVv, Caderno dos Mercados dos Valores Mobiliários*, n.º 24, Novembro de 2006, pp. 291-303.
- ANTUNES, José A. Engrácia, “Os Contratos de Intermediação Financeira”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, Coimbra, 2007, pp. 277-319.
- *Direito dos Contratos Comerciais*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- BARROSO, H. Tapp, *Subscrição de Acções através de Intermediários – O Caso Especial da Tomada Firme*, Diss., UCP, Lisboa, 1994
- CAMANHO, Paula Ponces, *Do Contrato de Depósito Bancário: natureza jurídica e alguns problemas de regime*, Almedina, Coimbra, 1998
- CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2009
- CAMUZZI, Sergio Scotti, “I Conflitti di Interessi fra Intermediari Finanziari e Clienti nella Direttiva MIFID”, in: *Banca Borsa Titolo di Credito*, Volume LX, 2, Marzo-Aprile 2007, Giuffrè Editore, 2007, pp. 121-132.
- CASTALDI, Giovanni e FERRO-LUZZI, Paolo, *La Nuova Legge Bancaria*, Tomo III, Giuffrè Editore, 1996
- CASTRO, Carlos Osório de, “A Informação no Direito do Mercado de Valores Mobiliários”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 333 e segs.
- CORDEIRO, António de Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I*, 2ª Reimpressão da 3ª Edição de Março de 2005 (Aumentada e Inteiramente Revista), Almedina, Coimbra, 2009
- *Da Boa Fé no Direito Civil, Volume I e II*, Almedina, Coimbra, 1997
- *Manual de Direito Bancário*, 4ª Edição, Lisboa, Almedina, 2010
- *Manual de Direito Comercial*, 1ª Edição, Volume I, Almedina, Coimbra, 2001
- DUARTE, Rui Pinto, “Contratos de Intermediação Financeira no Código dos Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril de 2000, pp. 351-372
- FARIA, José Manuel, “Regulando a Actividade Financeira: As Actividades de Intermediação Financeira – Razões e Critérios Gerais para a Compartimentação”, in: *AaVv, Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 15, Dezembro de 2002, pp. 1-24
- FERREIRA, Amadeu José, “Ordem de Bolsa”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, Julho de 1992, Lisboa, pp.467-511
- *Direito dos Valores Mobiliários*, AAFDL, Lisboa, 1997
- FERREIRA, Eduardo Paz, “A Informação no Mercado de Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Separata da Revista da Banca*, n.º 50, Julho/Dezembro de 2000, pp. 5 e segs.
- GOMES, Fátima, “Subscrição Indirecta e Tomada Firme”, in: *Direito e Justiça*, Volume VIII, Tomo I, 1994, pp. 201-292.
- “Contratos de Intermediação Financeira, Sumário Alargado”, in: *Estudos Dedicados ao Prof.Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, UCP Editora, Lisboa, 1ª Edição, 2002, pp. 565-599.
- GONZALEZ, P. Boullosa, “Gestão de Carteiras – Deveres de Informação, Anotação à Sentença da 5ª Vara Cível da Comarca do Porto, 3ª Secção, Processo n.º 2261/05.0TVPR” in: *AaVv Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, N.º 30, Agosto de 2008, pp. 147-166.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “Actividades de Intermediação e Responsabilidade dos Intermediários Financeiros”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume II, Coimbra, 2000, pp. 129-156.

- *Direito das Obrigações, Volume I*, 8ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009

- *Direito das Obrigações, Volume III, Contratos em Especial*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009

MAFFEIS, Daniele, “Intermediario Contro Investitore: i Derivati Over The Counter”, in: *Banca Borsa Titoli di Credito*, Volume LXIII, 6, Novembro-Dicembre 2010, Giuffrè Editore, 2010, pp. 779-796

MARTINS, Fazenda, “Deveres dos Intermediários Financeiros, em especial, os Deveres para com os Clientes e o Mercado”, in: *AaVv Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril de 2000, pp. 328-348

MASCARENHAS, Maria Vaz de, “O Contrato de Gestão de Carteiras: Natureza, Conteúdo e Deveres – Anotação a Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça”, in: *AaVv, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 13, Abril de 2002, pp. 109-128

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989

NUNES, Fernanda Conceição, “Os Intermediários Financeiros”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume II, 2000, pp. 91-128.

OGANDO, José João de Avillez, “Os Deveres de Informação Permanente no Mercado de Capitais”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64, Novembro de 2004, Lisboa, pp. 201-256.

PEREIRA, Maria Rebelo, “Contratos de registo e Depósito de Valores Mobiliários – Conceito e Regime”, in: *AaVv Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 15, Dezembro de 2002, pp. 317-322

PERRONE, Andrea, “Regole di Comportamento e Tutela degli Investitori. Less is More”, in: *Banca Borsa Titoli di Credito*, Volume LXIII, 5, Settembre-Ottobre 2010 Giuffrè Editore, 2010

- “Gli Obblighi di Informazione nella Prestazione dei Servizi di Investimenti”, in: *Banca Borsa Titoli di Credito*, Volume LIX, 4, Luglio-Agosto 2006, Giuffrè Editore, 2006, pp. 372-387

PINA, Carlos Costa, *Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999

POSER, Norman e FANTO, James, *Broker-Dealer Law and Regulation*, 4ª Edição, Aspen, New York, 2007

RODRIGUES, Sofia Nascimento, “Aspectos jurídicos da Actividade e dos Relatórios de Análise Financeira”, in: *AaVv, Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 14, Agosto de 2002, pp. 100-104

- “Os Contratos de Reporte e de Empréstimo no Código dos Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril de 2000, pp. 288-326.

- *A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001

SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente*, Almedina, Coimbra, 2008

VALE, Alexandre Lucena e, “Consultoria para Investimento em Valores Mobiliários”, in: *AaVv, Direito dos Valores Mobiliários*, volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 343-403.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 9ª Edição, Almedina, Coimbra, 1998

- *Das Obrigações em Geral*, Volume II, Reimpressão da 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003.

VASCONCELOS, Pedro de Pais, “Mandato Bancário”, in: *AaVv, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume II – Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 131-155.

VIGO, Ruggero, “La Reticenza dell’Intermediario nei Contratti Relativi alla Prestazione di Servizio d’Investimento”, in: *Banca Borsa Titoli di Credito*, Volume LVIII, 6 Novembro-Dicembre 2005, Giuffrè Editore, 2005, pp. 665-674.

O AUTOR

Pedro Miguel S.M. Rodrigues, nascido a 18 de Julho de 1988, actualmente frequenta o curso de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na área de Direito Bancário e Direito dos Seguros, procedendo neste momento à elaboração da respectiva Tese de Mestrado, após terminar o primeiro ano com média final de 16 valores.

Começou os seus estudos nos Salesianos de Lisboa, mudando-se posteriormente para a Escola Básica Luís de Camões, onde estudou até ao 9.º Ano. Efectuou os estudos secundários no Liceu D. Filipa de Lencastre, na área de Humanidades, e após ter frequentado o Neues Gymnasium Nürnberg ao abrigo de uma bolsa concedida pelo Goethe Institut, terminou os estudos secundários com a média final de 16 valores.

Mais tarde, concluiu a Licenciatura em Direito, com a média final de 14 valores, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, frequentando ainda, ao abrigo do programa Erasmus, a Mykolas Romeris Universitetas, em Vilnius.



PRINCÍPIO DA DEVOLUÇÃO FACULTATIVA OU DA SUFICIÊNCIA DISCRICIONÁRIA NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RICARDO ALEXANDRE CARDOSO RODRIGUES

Mestre e Investigador em Direito

RESUMO:

No presente estudo procuramos desenvolver, criticamente, os aspetos mais marcantes do princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária no contencioso administrativo.

O seu enquadramento dogmático, os seus caracteres fundamentais, a concretização prática do substrato conteudístico dos dois princípios em que se desdobra – devolução facultativa; suficiência discricionária.

Finalmente, a problematização destes dois critérios jurídicos enquanto instrumentos orientativos da conduta do interprete/julgador nos tribunais administrativos.

PRINCÍPIO DA DEVOLUÇÃO FACULTATIVA

OU DA SUFICIÊNCIA DISCRICIONÁRIA

NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RICARDO ALEXANDRE CARDOSO RODRIGUES
Mestre e Investigador em Direito

Breve enquadramento

O princípio que pretendemos analisar não se encontra isolado, mas como caractere constitutivo de um micro sistema de princípios relativos à prossecução processual (decurso, condução e extinção)¹ que partilha um lugar, a par de outros micro sistemas, num macro sistema designado de princípios gerais do processo administrativo. Todos os elementos compreendidos nesse macro cosmos revelam-se dos desígnios constantes do conteúdo das normas adjetivas de direito administrativo, que “(...) lhes dão concretização e (...) permitem a sua formulação a partir das soluções estabelecidas.” Estes princípios processuais apresentam-se como construções analíticas feitas pelo intérprete /aplicador do direito com base nas soluções jurídicas densificadas nas normas legais do processo administrativo, “exemplo expressivo de um momento em que a ciência do direito constrói o seu próprio objecto”.^{2 3}

¹ ANDRADE, Vieira de - **Justiça Administrativa: Lições**, 12.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2012, pág. 441.

² *Ibidem*, pág. 425.

³ Para mais desenvolvimentos sobre as características dos princípios em geral e respetiva distinção das regras, ver CANOTILHO, J.J. Gomes, - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2012, págs. 1160 e 1161.

I- Enquadramento Sistemático

Dos princípio gerais do processo administrativo⁴

I. Princípios relativos à promoção processual

- Princípio da necessidade do pedido
- Princípio da promoção alternativa, particular ou pública

II. Princípios relativos ao âmbito processual

- Princípio da vinculação do juiz ao pedido
- Princípio da limitação do juiz pela causa do pedido

III. Princípio relativos à prossecução processual

-

ex:

- Princípio da tipicidade e da adequação formal da tramitação
- Princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária
- Princípio da igualdade das partes e da boa-fé processual

IV. Princípios relativos à prova – ex.

- Princípio da investigação
- Princípio da universalidade dos meios de prova

V. Princípios relativos à forma processual – ex.

- Princípio da fundamentação obrigatória das sentenças.

⁴ ANDRADE, Vieira de - **Justiça Administrativa: lições (...)**, *op. cit.*, págs. 425-429.

2- Princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária

Em termos dogmáticos, este princípio – basilar do sistema de contencioso administrativo – desdobra-se em dois princípios estruturantes⁵ – *devolução facultativa*; *suficiência discricionária* – que se apresentam, *valorativamente*, numa posição intermédia ou eclética, em comparação com o substrato das teses de devolução obrigatória (acolhida, entre nós, até 1984) e a tese do conhecimento obrigatório.^{6 7 8}

2.1- Densificação legal

A sede legal dos princípios em análise está no artigo 15.º do CPTA (Lei n.º 15/2002 de 22 de Fevereiro) que, em termos sistemáticos, encontra-se no capítulo III, secção I. Para o efeito hermenêutico pretendido é bastante uma mera interpretação literal, todavia, sem descurar o elemento teleológico constante da respetiva norma jurídica, no caso do princípio da devolução facultativa (art. 15.º n.º1 do CPTA), e, promover uma interpretação por inferência de princípios gerais implícitos, no demarcar dos respetivos corolários do princípio da suficiência discricionária.^{9 10}

⁵ Ou diferentes perspetivas do mesmo princípio.

⁶ “Este regime foi instituído pelo ETAF (art. 4.º n.º2) [desenvolvido pelo art. 7.º da LPTA], em 1984 (valia até então o princípio da devolução obrigatória). Sobre o alcance deste poder do juiz, v. o **Acórdão do STA/Pleno de 16/4/97, P. 27375**, nota de rodapé n.º 979 de Vieira de Andrade, in *Justiça Administrativa: Lições*, pág. 425.

⁷ SANTOS BOTELHO, José Manuel da S. - **Contencioso Administrativo : anotado, comentado, jurisprudência**, Coimbra: Almedina, 2002, págs. 37 e seguintes., e 151-152

⁸ Realizando um contraponto de regimes o **Acórdão do STA/Pleno de 18-02-1998, de processo 125899** -“no art. 4, n. 2 do ETAF, consagrou-se inovatoriamente o princípio da suficiência da jurisdição administrativa, e, ao contrário do que acontecia no direito anterior - art. 72 do RSTA -, o Juiz tem hoje a faculdade, não o dever, de sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie.”

⁹ Nome atribuído pelo autor Vieira de Andrade. ANDRADE, Vieira de - **Justiça Administrativa: Lições** (...), *op. cit.*, pág. 446-447.

¹⁰ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário - **Código de Processo nos tribunais Administrativos**, Volume I, Coimbra: Almedina, págs. 190.

Artigo 15.º

(Extensão da competência à decisão de questões prejudiciais)

1- Quando o conhecimento do objecto da acção dependa, no todo ou em parte, da decisão de uma ou mais questões da competência de tribunal pertencente a outra jurisdição, pode o juiz sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie.

2- A suspensão fica sem efeito se a acção da competência do tribunal pertencente a outra jurisdição não for proposta no prazo de dois meses ou se ao respectivo processo não for dado andamento, por negligência das partes, durante o mesmo prazo.

3- No caso previsto no número anterior, deve prosseguir o processo do contencioso administrativo, sendo a questão prejudicial decidida com efeitos a ele restritos.

3- Dos Princípios

Partindo dos considerandos interpretativos, acima mencionados, e do conteúdo das disposições do artigo 15.º do CPTA, estamos habilitados, ora, a proceder à análise dos particularismos processuais dos princípios em análise.

Assim, e de forma ainda incipiente, podemos, concretizando, entender que quando o julgador de um tribunal administrativo estiver perante uma questão prejudicial, que inviabiliza a continuidade do processo administrativo, por fazer depender a questão principal da sua resolução, cuja competência é atribuída a tribunais pertencentes a uma ordem de jurisdição distinta (a fiscal incluída)¹¹, pode tomar uma de duas decisões: sobrestar na decisão até que o tribunal [competente] se pronuncie (devolução facultativa), ou decidir a questão [prejudicial] com base nos elementos de prova admissíveis - se bastantes - e com efeitos restritos àquele processo (suficiência discricionária).¹²

¹¹ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário - **Código de Processo nos Tribunais Administrativos**, Volume I, pág. 188.

¹² ANDRADE, Vieira de - **Justiça Administrativa: Lições** (...), *op. cit.*, pág. 446.

No entanto, o julgador deverá decidir a questão prejudicial e julgar, nesses termos, a questão principal se, e tendo ele optado por sobrestar, houver inércia dos interessados por mais de dois meses na instauração da respetiva ação ou negligência no andamento do processo relativo à questão prejudicial. Deverá, também, ele optar por decidir a questão prejudicial se (conjugando o princípio da suficiência com princípio da economia processual) esta se apresentar simples - pouco complexa ou ainda que complexa de fácil alcance seja na componente técnico-dogmática seja na construção lógico-racional da decisão de facto e/ou de direito - e existirem no processo todos os elementos necessários à formação do juízo respetivo.¹³

3.1- Pontos a aprimorar

Do exposto permanecem latentes algumas questões que deverão ser desconstruídas, a par de alguns esclarecimentos fundamentais, para que o entendimento acerca do nosso comando jurídico se torne suficientemente pleno.

As dúvidas evidenciam-se no plano das questões prejudiciais e da discricionariedade. Já os pontos a esclarecer incidem sobre a devolução facultativa, respectivos requisitos e consequências, mas, também, sobre a suficiência discricionária e suas especificidades, a par de outros esclarecimentos de teor terminológico.

3.1.1- Das questões prejudiciais

O comando jurídico proposto para estudo (art. 15.º do CPTA), corresponde a um dispositivo de extensão de competências (para os tribunais administrativos) a matérias (âmbito das

questões prejudiciais) distintas das constantes no conteúdo do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF). Nestes termos, e, sem esquecer a alínea 2 e 3 do mesmo artigo, tendo em apresso a teoria tricolor de Vieira de Andrade, permitir-se-á a entrada de matérias que, no âmbito da competência de jurisdição, estariam compreendidas na zona vermelha, ou seja, na zona de apreciação proibida, ou vedada, pela Constituição da República Portuguesa (posteriormente designada de CRP). Nesta zona, integram-se: todas “as questões de direito privado em que não intervenha a Administração (ou entes por ela formados), nem tenham a ver com o exercício da função administrativa, bem como, por regra, as questões que consistam na *impugnação directa de actos típicos de outras funções estaduais*, designadamente, de actos da função política (pelo menos daqueles que não sejam actos do Governo), de normas editadas no exercício da função legislativa (incluindo as constantes de decretos leis) e de (ato) de natureza jurisdicional (que não sejam os dos próprios tribunais administrativos).”¹⁴. Matérias da competência principal de tribunais pertencentes a outra ordem de jurisdição.¹⁵

É ponto assente que se trata de uma questão que deve prejudicar/ impedir, tanto total como parcialmente, a decisão sobre o objeto da ação administrativa. Tratando-se, nestes termos, de uma questão “cuja resolução prévia constitui condição da decisão de mérito”.¹⁶

¹⁴ ANDRADE, Vieira de, in *Âmbito e limites da jurisdição administrativa*, Reforma da Justiça Administrativa, Cadernos da Justiça Administrativa, pág. 12.

¹⁵ “Ao contrário do que acontece com a competência prejudicial dos tribunais judiciais que só abrange questões dessas de natureza penal ou administrativa”, ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário - *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Volume I, (...), op. cit., pág. 189.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 187 e 188.

¹³ *Ibidem*, pág. 447.

3.1.1.1- Caracteres da questão prejudicial

Para tratar-se de uma verdadeira questão deste tipo deverá reunir um conjunto de requisitos cumulativos¹⁷:

- representar um *antecedente lógico - jurídico* da decisão da questão principal, de tal modo que se imponha e que se resolva antes da decisão final da questão principal [Questão prévia / prejudicial - Dependência];¹⁸

- ser *autónoma*, no sentido de, por si só, pelo seu objecto ou natureza, poder legitimar a um processo independente (no seu tribunal de origem que pertencerá a uma ordem de jurisdição distinta da Administrativa) [Autonomia];¹⁹

- ser *necessária*, no sentido de a sua resolução ser plausível - não meramente dilatória - [Necessidade]

3.1.1.2- Exemplos:

- Se o tribunal tem de julgar a validade do ato administrativo de demolição de um prédio urbano, caber-lhe-á apurar, anteriormente, da titularidade do bem demolido.

- Se o tribunal administrativo tem de julgar a validade do ato administrativo que indeferiu a atribuição de uma pensão pública de viuvez pela morte de quem o(a) requerente reclama ser seu

¹⁷ SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL - HENRIQUES, Manuel - **Código de Processo Penal Anotado – Volume I**, 3.ª Ed., Rei dos Livros, 2008, págs. 121 e 122.

¹⁸ Segundo Alberto dos Reis “uma causa é prejudicial em relação a outra quando a decisão daquela pode prejudicar a decisão desta, isto é, quando a procedência da primeira tira razão de ser à existência da segunda.” REIS, Alberto dos - **Comentário ao Código de Processo Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, III, 1946, pág. 206. Por sua vez, Lebre de Freitas considera como questão prejudicial “toda aquela cuja resolução constitui pressuposto necessário da decisão de mérito, quer esta necessidade resulte da configuração da causa de pedir, quer da arguição ou existência duma (exceção) ([perentória] ou dilatória), quer ainda do objeto de incidentes em correlação lógica com o objeto do processo, e seja mais ou menos (direta) a relação que ocorra entre essa questão e a pretensão ou o *thema decidendum*.” FREITAS, Lebre de - **Introdução ao Processo Civil. Conceitos e Princípios Gerais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, págs. 130 -131.

¹⁹ Questões de natureza heterogênea.

cônjuge, deverá decidir-se, anteriormente, da validade do casamento hipoteticamente celebrado *in articulo mortis*.²⁰

3.1.2- Delimitação – Parte I

- Das questões incidentais (art.96.º do CPC)²¹

3.1.2.1- *Dos incidentes* – “os procedimentos anómalos, sequencias de (atos) que exorbitam da tramitação normal do processo e têm, por isso, carácter eventual, visando a resolução de determinadas questões que, embora de algum modo relacionadas com o (objeto) do processo, não fazem parte do encadeamento lógico necessário à resolução do pleito tal como ele é desenhado pelas partes”²² -, como sucede com a verificação do valor da causa, com a intervenção de terceiros, a habilitação (arts. 302.º ss. do CPC²³).²⁴ No entanto, a questão incidental poderá estar “em correlação lógica necessária com o *thema decidendum*, tal como ele se apresenta ao juiz *no final* (...)”²⁵

3.1.2.2- Das questões (jurídico-administrativas) suscitadas pelo réu como meio de defesa (as excepções dilatórias ou peremptórias).²⁶

²⁰ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, - **Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I**, (...), *op. cit.*, pág. 188

²¹ Art. 91.º da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação n.º 36/2013, de 12 de agosto, que aprova o Código de Processo Civil (mais adiante novo CPC). O diploma legal revoga o Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961 (al. a), art. 4.º) e entra em vigor a partir do dia 1 de setembro de 2013 (art. 8.º).

²² Citando de Freitas et alii, - **Código de Processo Civil Anotado, Vol. I**, pág. 169. ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, in **Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I**, (...), *op. cit.*, pág. 188.

²³ Arts. 292 e ss. do novo CPC..

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ FREITAS, Lebre de - **Introdução ao Processo Civil. Conceitos e Princípios Gerais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, nota n.º 4, pág. 131.

²⁶ ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, - **Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I**, (...), *op. cit.*, pág. 188.

Atendendo ao disposto no supracitado art. 96.º/1 do CPC, podemos concluir que a competência atribuída ao tribunal administrativo compreende a decisão das questões incidentais postuladas no ponto dois, estando incumbido de pronunciar-se sobre elas, sendo que “tal pronúncia pode valer fora do processo (respetivo) quando estiverem reunidas as condições do n.º2 desse mesmo artigo – já as questões da competência de tribunal pertencente a outra jurisdição, como as de natureza jurídico - privada suscitadas pelo réu como meio de defesa, ficam sujeitas à disciplina do art. 15.º do CPTA.”²⁷

O disposto no número 1 do artigo 96.º do CPC apenas faz menção às questões incidentais que o réu suscite como meio de defesa, deixando de fora as “alegadas pelo autor como fundamento do seu pedido, como integrantes da (respetiva) causa de pedir”. Trata-se de “questões que o tribunal [deve] necessariamente considerar, na lógica do pedido deduzido, a fim de chegar à apreciação deste, isto é, as respeitantes à causa de pedir (ex.: a validade do contrato cujo cumprimento é pedido). Tendo embora a mesma natureza de questão prejudicial que a (exceção perentória) (...), a competência do tribunal para delas conhecer é inerente à ligação necessária em que estão com o *thema decidendum* (...)”²⁸

No que tange às questões reconventionais aplica-se o disposto no art. 98.º do CPC²⁹, que vincula o tribunal a decidi-las desde que tenha competência para delas conhecer em *razão da matéria e da hierarquia*.³⁰

²⁷ *Ibidem*, pág. 188.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Art. 93.º do novo CPC..

³⁰ *Ibidem*.

3.1.3- Delimitação – Parte II

• Outros tipos de questões prejudiciais ³¹

3.1.3.1- *As questões prejudiciais da competência de outro tribunal administrativo*

3.1.3.1.1- Se essa questão prejudicial constitui objecto de um processo e por efeito “haverá lugar à aplicação (supletiva, mas,) direta do regime do art. 279.º do CPC³² – de suspensão da ação (administrativa) dependente até decisão do processo prejudicial;”

3.1.3.1.2- Não tendo sido, a questão prejudicial, levada a juízo, o tribunal administrativo acionado pode ver a sua competência alargada, por força do princípio de extensão normal da competência judicial às questões incidentais da instância, plasmado no art. 96.º do CPC, em articulação com os princípios da economia e celeridade processuais, e decidir a questão. Ou, ver suspensão a ação principal até decisão da questão prejudicial, por aplicação analógica do referido art. 279.º do CPC. Este último caso, parece contrariar a convergência de sentido do atual sistema dogmático.

3.1.3.2- *As questões prejudiciais de Direito da União Europeia (UE)*

3.1.3.2.1- O tribunal administrativo, enquanto tribunal comum da UE, como qualquer outro tribunal nacional, estará, regra geral, habilitado a decidir sobre questões prejudiciais de direito da UE, mas, querendo sobrestar, deverá lançar mão do instrumento do *reenvio prejudicial*

³¹ *Ibidem*, pág. 189.

³² Artigo 292.º do novo CPC.

previsto no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,³³ obrigatório, aliás, quando a questão - de interpretação e/ou de validade - se suscite num determinado processo cuja decisão não seja suscetível *de recurso* jurisdicional.

3.1.3.3- As questões prejudiciais de direito constitucional

3.1.3.3.1- No concernente às questões de inconstitucionalidade das normas, tendemos a considerar que têm cabimento na competência incidental dos tribunais administrativos (art. 204.º da CRP).

Agora, atentando a “questões respeitantes a (atos) ou figuras jurídicas reguladas na lei fundamental, e cujo conhecimento a título principal e, mesmo, a título incidental está (ao que parece) exclusivamente reservado ao Tribunal Constitucional – como acontece com os impedimentos ou perda do cargo do Presidente da República (art. 7.º da Lei do Tribunal Constitucional), com a perda do mandato de deputado, art. 7.º - A, com os processos eleitorais, no seu art. 8.º, com os processos relativos a partidos políticos, art.9.º, etc., - questões que, embora não frequentemente, podem surgir como

³³ Artigo 267.º (ex-artigo 234.º do TCE)

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos (atos adotados) pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam (suscetíveis) de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível. (Negrito e parenteses nossos).

prejudiciais de causas administrativas (ou afetas à jurisdição administrativa), relacionadas, por exemplo, com a impugnação de (atos) administrativos ou (ações) de responsabilidade extracontratual.” Desta feita, encontra-se, em princípio, vedado ao juiz do tribunal administrativo o acesso a questões prejudiciais desta natureza, não operando, nesses casos, o comando jurídico de extensão de competências do art. 15.º do CPTA.

4- Discricionariedade e Sindicabilidade

4.1- Discricionariedade

Nos termos do disposto no art. 15.º n.º 1 do CPTA, cabe ao tribunal, que, para concretizar uma decisão emergente de um, determinado, processo administrativo, necessite de resolver, previamente, uma questão prejudicial da competência de outra jurisdição, escolher³⁴:

- assumir o dever (e poder) de proferir uma decisão incidental sobre a questão prejudicial com efeitos restritos ao processo e proferindo a respetiva decisão principal com base na sua convicção (princípio da *suficiência discricionária*); ou

- sobrestar na decisão da causa administrativa e remeter a parte, a quem interessa a questão prejudicial, para o tribunal competente para que ela seja aí julgada a título *principal* (princípio da *devolução facultativa* do processo), podendo suspender-se o processo “prejudicado “ (art. 279.º do CPC) até sobrevir tal decisão.

Para Antunes Varela ³⁵ o tribunal que esteja nas condições acima referenciadas deverá, “como

³⁴ *Ibidem*, pág. 189-190.

³⁵ Do autor citado. VARELA, Antunes; BEZERRA, Miguel; Sampaio E Nora - **Manual de Processo Civil**, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pág. 221 e ss. *Vide*. ESTEVES DE

posição de princípio, sobrestar na decisão da questão prejudicial, e deixar que seja o tribunal principalmente competente a decidir dela, sem que isso constitua no entanto um vínculo legal para o mesmo”, isto é, um dever jurídico, mas, antes um verdadeiro poder de escolha.³⁶ Entendemos, no entanto, que o poder conferido pela ordem jurídica ao julgador de sobrestar na decisão (ou de decidir a questão prejudicial) constitui uma verdadeira prerrogativa, um verdadeiro poder funcional dirigido a uma finalidade legal objetiva.³⁷

Segundo o autor, por efeito da falta de especialização do tribunal administrativo sobre matérias que, originariamente, não são da sua competência “a decisão de conhecer incidentalmente a questão prejudicial (...), com efeitos restritos ao [respetivo] processo, poderá não convir muito à aplicação do Direito (...)”.

Outra razão que poderá sustentar a posição de princípio do autor é a importância da coerência entre julgados, ou melhor, o princípio da homogeneidade das decisões. Procurando-se

evitar pronúncias não coincidentes sobre a mesma questão. (*vide* Acórdão STA, Proc. n.º 0312/04, 20 – 01 – 2005 /Acórdão STA, proc. n.º 0648/ 03, 03 – 07 – 2003). Por outro lado a devolução da questão ao tribunal principalmente competente possibilita aos interessados para além de verem a sua questão a ser apreciada pelo tribunal mais habilitado, beneficiar de uma fase processual de prova, para além de isso ver garantida a sua posição jurídica através de uma decisão final que faz caso julgado material.

Contudo não poderemos descurar o seguinte: o julgador do tribunal administrativo apresentará qualidades transversais a quaisquer outros de uma outra jurisdição. Neste sentido, tratando-se de questões de manifesta simplicidade (*ex maxime* validade e eficácia de atos), e estando reunidos todos os elementos indispensáveis à decisão, o juiz terá mais certezas do que dúvidas, encontrando-se habilitado a decidir da questão prejudicial, não havendo razões plausíveis que o levem a sobrestar na decisão.

Além do mais, o princípio da suficiência, (Acórdão do S T A, proc. n.º 0648/ 03, de 03 – 07 – 2003/ Acórdão do STA, proc. n.º 0312/04 , de 20.01.2005) ganha relevo, principalmente quando articulado com o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processuais³⁸.

OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, - **Código de Processo nos Tribunais Administrativos**, Volume I, (...), *op. cit.*, pág. 190.

³⁶ Tratando-se, para o autor, de uma verdadeira discricionariedade em que a expressão “pode”, terá, necessariamente, o sentido de poder de escolha, de oportunidade, de prudente arbítrio. Não de um verdadeiro Poder /Funcional, ou dever, que, a admitir-se, traria alguma incongruência histórico – legislativa. Consideramos que não é pelo facto de anteriormente se acolher a tese da devolução obrigatória e hoje a tese da devolução facultativa que a operatividade da devolução deixa de existir. A entender-se assim, tudo se resumiria a um problema de sindicabilidade. De facto, o direito e a tutela são duas realidades distintas, ainda que complementares.

³⁷ Consideramos que expressão “pode” corresponde a uma verdadeira prerrogativa, um verdadeiro poder/dever, um poder funcional ou operado sobre o intérprete/aplicador do Direito (o juiz). Aliás, basta atentarmos a expressão “prudente arbítrio” ou “poder discricionário” para encontrar a carga de dirigismo legalista operante (necessária) que recai sobre o juiz. Que devolve ou decide a questão prejudicial sempre que os princípios de contencioso administrativo fundamentais aplicáveis reclamem aplicação efetiva no caso em concreto. Princípios esses que deverão ser entendidos, sempre, por forma articulada, envolvendo-se e desenvolvendo-se no seu próprio sistema dogmático. De facto, à discricionariedade são impostos diversos limites, como o cumprimento do comando jurídico, a articulação do mesmo dentro do sistema de regras e princípios de carácter mais geral e finalmente o cumprimento do elemento teleológico da norma. A discricionariedade num ato, nada mais é que um dever para uma finalidade. O que resulta da discricionariedade nestes termos? Uma realidade com um conteúdo perfeitamente determinável, através de um mero juízo de prognose.

³⁸ “Segundo o princípio da economia processual, entendido no seu sentido mais amplo, o processo há-de ser, tanto quanto possível, em função do seu (objetivo), eficiente e célere, devendo evitar-se trâmites desnecessários ou excessivamente complicados, comportamentos dilatatórios e decisões inúteis. O princípio constitui uma manifestação do princípio da tutela judicial (efetiva) e é naturalmente um princípio relativo, sobretudo no que respeita à celeridade, devendo atender-se à complexidade do assunto e à necessidade de salvaguardar os direitos de defesa e outros interesses legítimos das partes, bem como à razoabilidade do (respetivo) comportamento. Interessa é que a duração do processo não ponha em causa a realização (efetiva) da justiça material, o que se pode conseguir através das providências cautelares [quando legalmente admitidas], que asseguram o efeito útil sentenças (...)” (Negrito e parênteses nossos) Vieira de Andrade, *in Justiça Administrativa*, pág. 449. Ver sobre: o princípio da tutela jurisdicional efetiva, princípio da celeridade processual, princípio do prazo razoável e o princípio da economia processual, respetivamente. BRITO, Wladimir, - **Lições**

Aliás, e não obstante as considerações iniciais, Antunes Varela considera que *a decisão de conhecer incidentalmente a questão prejudicial* permite uma maior celeridade processual, "sobretudo se a decisão principal sobre a questão prejudicial que se tomasse na sua jurisdição própria for passível de recurso o que constitui uma relativa recomendação ao juiz administrativo para só sobrestar na (respetiva) decisão quando se tratar de questão acessível apenas aos conhecimentos experimentados dos juizes da sua jurisdição própria" (a acrescentar às razões de tecnicidade e complexidade das matérias, relevará, também, o facto de o processo não apresentar todos os elementos indispensáveis para uma decisão, o que implicará, consequentemente, a criação de uma dúvida razoável na *psique* do juiz). Neste sentido e respetivamente: o Acórdão do STA, de 20-01-2005, proc. n.º 0312/04: "O respeito pelos princípios da economia e da celeridade processuais concorrem no sentido da mesma conclusão, devendo o Tribunal abster-se de, sem que se revele imperioso, retardar com a utilização do "reenvio" o curso da justiça"; o Acórdão do STA, Pleno, de 09-07-1997, de proc. n.º 028598 – "o art. 4.º n. 2 do ETAF consagrou inovatoriamente o princípio da suficiência administrativa, podendo o juiz sobrestar na decisão a emitir pelo tribunal competente desde que haja razões substantivas que, no caso, aconselhem a paralisação da normal tramitação do processo."

4.2- Sindicabilidade

Perante a opção do juiz³⁹ (que entendemos corresponder a um poder funcional ou operado)

de **Direito Processual Administrativo**. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, págs. 117, 128, 129, 131.

³⁹ "I. Disciplina o artº 15º do CPTA a competência dos tribunais administrativos para conhecer e decidir questões

de, em determinados casos, sobrestar na decisão do objeto do processo administrativo ou devolver a questão prejudicial ao tribunal (art. 15.º n.º 1 *in fine*), originariamente competente, não existe possibilidade de recurso, conforme o disposto no artigo 679.º do CPC⁴⁰ [e artigo 156.º⁴¹, n.º 4, do CPC⁴²] (questões meramente processuais).⁴³ 44 Todavia, esse recurso tem viabilidade se tiver como fundamento a falta dos caracteres " da prejudicialidade, ou seja, não se tratar de uma questão de que dependa a decisão de mérito [fundo] da questão principal [dependência e necessidade], ou se ela não for da competência de outra jurisdição [autonomia] (cf. Acórdão do STA, pleno, de 16.04.1997, proc. n. 27375). "⁴⁵ 46

prejudiciais do processo administrativo, sem as quais não se pode conhecer o objeto da ação administrativa e que sejam da competência de tribunal pertencente a outra jurisdição, como as de natureza jurídico-privada. II. Concede tal preceito legal ao tribunal administrativo, **a faculdade ou a opção, livre e discricionária**, que deve ser tomada em função das circunstâncias do caso concreto, entre resolver a questão prejudicial com efeitos restritos na ação administrativa ou sobrestar na decisão, devolvendo o conhecimento da questão prejudicial ao tribunal competente, pertencente a outra jurisdição.

III. Em termos semelhantes, disciplinava o artº 4º, n.º 2 do ETAF/1984 e o artº 7º da LPTA e disciplina a lei processual civil, no artº 97º do CPC." (Negrito nosso) Acórdão do TCA Sul, CA- 2.º Juízo de 24-05-2012.

⁴⁰ Art. 630.º do novo CPC.

⁴¹ Art. 152.º do novo CPC.

⁴² Como dispõe o Acórdão do STA, de 06-07-2004, de proc. n.º 01147/03 – "(...)o poder do juiz de sobrestar ou não nessa decisão não é sindicável (artigos 679.º e 156.º, n.º 4, do CPC)."

⁴³ Nesse sentido: o Acórdão do STA/Pleno de 16/4/97, P. 27375 - "A legalidade da decisão "não sobrestar" é insindicação – artº 679 do Código de Processo Civil –, dada a sua natureza volitiva totalmente livre, que torna inútil qualquer esforço nessa indagação".

⁴⁴ "As partes, mesmo não recorrendo da decisão de "desaforamento" da questão prejudicial podem impedir os efeitos dessa decisão, não lhe dando sequência", ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, - **Código de Processo nos tribunais Administrativos**, Volume I, (...), *op. cit.*, pág. 190.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 190.

⁴⁶ Também neste sentido: o acórdão do STA, de 20- 01 – 2005, proc. n.º 0312/04 - "...é certo que a suspensão da instância é uma faculdade que depende do prudente arbítrio do julgador – de acordo com o princípio de devolução facultativa ou suficiência discricionária, de que fala V. de Andrade, in *Justiça Administrativa*, 2ª. Ed. pág. 12 – (v. entre outros ac. deste S.T.A. de 5-2-91, ac. 27.751 in Ap. ao DR pág. 594 e segs, de 3-3-94, rec. 30.248, in Ap. ao DR pág. 1556 e segs, de 18-10-00, rec. 46.394), também é, antes de mais, exacto, que a aplicação do citado preceito, o qual representa a transposição para o contencioso administrativo do artº 97º do C.P.C.,[ver, também, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE / CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, - **Comentário ao Código de Processo nos tribunais Administrativos**, Coimbra: Almedina, 2010, págs. 144 a 146] *requer a existência de uma "verdadeira prejudicialidade" da questão que motiva a*

Nesta linha de pensamento, “se o juiz considera erroneamente que a questão prejudicial é da competência principal da jurisdição civil ou criminal e, por esse motivo, remete a parte interessada para os respectivos tribunais, há recurso da sua decisão de «desaforamento»”. Já se o julgador considerar que está perante uma “questão civil controvertida”, opinião acolhida por “jurisprudência firme e doutrina uniforme”, “a sua opção já não poderá ser objecto de recurso”.⁴⁷

Se o juiz administrativo optar por resolver a questão prejudicial na sua sede (art. 15.º n.º 1 *in fine*)⁴⁸, essa decisão não é passível de recurso (“em qualquer circunstância”), ainda que se trate de uma “questão especializadíssima que as partes julgassem preferível submeter à intervenção do tribunal principalmente competente” (porque mais habilitado).⁴⁹

Entendemos, imperioso atentar a ponderação dos valores, dos interesses em jogo.

Consideramos que a concretização do poder operado do juiz de decidir ou sobrestar merece um tratamento mais cauteloso, dirigido às especificidades do caso. Nesta medida, entendemos, sempre que haja um real interesse jurídico material ou processual na lide, serem sindicáveis os atos processuais relevantes, no que tange ao objeto do processo, *ex maxime*, sempre que impliquem um prejuízo sério para

qualquer uma das partes intervenientes, para a congruência da lide processual ou para a harmonização das decisões sobre assuntos de natureza análoga.

5- Da decisão provocada

Suspensa o processo em virtude da decisão de devolução da questão prejudicial para o tribunal da jurisdição principalmente competente, caberá à (qualquer) parte interessada (“por sua iniciativa ou a convite do tribunal”) fazer prova de que impetrou uma ação *prejudicial* no respetivo tribunal (com competência originária). Caso contrário, e a ação não tendo sido concretizada no prazo de dois meses contados da decisão de suspensão, ou se o respetivo processo estiver parado, durante o mesmo período de tempo, por negligência de qualquer uma das esferas interessadas, o processo do contencioso administrativo segue termos (repristina-se o processo suspenso), e a questão prejudicial é decidida, ainda que com efeitos intra processuais (art. 15.º n.º 2 e 3 do CPTA).⁵⁰

Doutra forma, “não se comprovando a instauração da (ação) prejudicial no prazo referido no n.º 2 – ou comprovando-se a sua escusada demora – a lei impõem ao tribunal administrativo que decida *incidentalmente* da questão prejudicial, não autonomamente, claro, mas inscrevendo na decisão da causa, como parte e fundamento desta.” Essa decisão tem efeitos restritos ao processo administrativo só podendo ser objeto de recurso como parte do recurso dirigido contra a decisão da causa. Fora desta sede, “a decisão prejudicial do tribunal administrativo é como se não existisse – e em rigor nem devia ser aceite como documento instrutório na (ação) principal, se e quando esta for instaurada”. Esta consequência pode ser entendida

*suspensão em relação ao conhecimento do objecto do recurso...”; o acórdão STA, de 3 de Julho de 2003, proc. n.º 648/03 – “uma causa depende do julgamento de outra quando na causa prejudicial se tenha de apreciar uma questão cuja solução por si só possa modificar uma situação jurídica que tenha de ser considerada para a decisão a proferir na (ação) ou recurso (dependente)”.[ver, também, ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE / CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, - **Comentário ao Código de Processo nos tribunais Administrativos** (...), *op. cit.*, págs. 144 a 146]; o Acórdão do STA, de 08-05-2002, de proc. n.º 047909- “a suspensão da instância ao abrigo do art.º 4º n.º 2 do ETAF é uma faculdade que depende do prudente arbítrio do julgador, mas requer a existência de uma verdadeira prejudicialidade da questão que motiva a suspensão em relação ao conhecimento do (objeto) do recurso”.*

⁴⁷ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário - **Código de Processo nos tribunais Administrativos**, Volume I, (...), *op. cit.*, p. 190-191.

⁴⁸ Por inferência de princípios gerais implícitos.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 191

como uma sanção à conduta do interessado, que terá de suportar uma decisão, por parte de um tribunal que, poderá encontrar-se pior posicionado, porque menos habilitado, *in casu*, para decidir. Por outro lado, no plano da segurança jurídica, verá a sua posição garantida apenas no âmbito do objeto daquele processo (efeito de caso julgado formal). Podendo haver tríplice identidade processual noutro tribunal, no âmbito de outro processo.⁵¹

O AUTOR

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Licenciatura em Direito (2010)

Mestrado em Direito (2012)

Docente / formador / (2008 – até ao momento);

Investigador bolseiro da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT) e Fundação Minerva – Cultura – Ensino e Investigação Científica no domínio das políticas laborais anticrise (2009-2010);

Colaborador no departamento administrativo e financeiro - contencioso da *optimus* (2011-2012);

Formador na Câmara dos Solicitadores (2011);

Docente / formador (com Certificado de Competências Pedagógicas - CCP) na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Comercial, Direito Comercial Internacional, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Processual Penal (2012);

Investigador - Instituto Jurídico da Universidade Portucalense (2012);

PEPAC - Juízos de execução do Porto (2013);

Artigos científicos mais relevantes:

- Consensualismo contratual: um princípio do sistema ou uma regra lógica, supletiva, e residual? In "Temas de Direito dos Contratos", Volume II, Coleção de Estudos Seleccionados do IJP, coordenação do Professor António Pinto Monteiro, LISBOA, Editora Rei dos Livros, 2013.

- A proteção do direito à imagem (comentário ao acórdão do stj, 13-01-2011), in "Direitos de Personalidade e sua tutela", Volume I, Coleção de Estudos Seleccionados do IJP, coordenação do Professor Manuel Costa Andrade, LISBOA, Editora Rei dos Livros, 2013;

- Pobreza e Desemprego – Novo Paradigma (Poverty and Unemployment in Portugal: New Paradigm), SSRN, 2013:

SOCIAL & POLITICAL PHILOSOPHY EJOURNAL - VOL 6, ISSUE 144, August 08, 2013. Disponível em:

<http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226>

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=950427&issue_number=144&volume=6&journal_type=CMBO&function=showissue

UNEMPLOYMENT INSURANCE eJOURNAL - VOL 4, ISSUE 11, July 15, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=1475472&issue_number=11&volume=4&journal_type=CMBO&function=showissue

EMPLOYMENT LAW eJOURNAL - VOL 8, ISSUE 30, July 10, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=237464&issue_number=30&volume=8&journal_type=CMBO&function=showissue

LAW & SOCIETY: PUBLIC LAW eJOURNAL - VOL 8, ISSUE 113, July 09, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=912327&issue_number=113&volume=8&journal_type=CMBO&function=showissue

LAW & SOCIETY: PRIVATE LAW eJOURNAL - VOL 8, ISSUE 109, July 09, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=912326&issue_number=109&volume=8&journal_type=CMBO&function=showissue

POVERTY, INCOME DISTRIBUTION & INCOME ASSISTANCE eJOURNAL - VOL 5, ISSUE 12, June 20, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=1500171&issue_number=12&volume=5&journal_type=CMBO&function=showissue

EUROPEAN ECONOMICS: LABOR & SOCIAL CONDITION eJOURNAL - VOL 7, ISSUE 57, June 19, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=992936&issue_number=57&volume=7&journal_type=CMBO&function=showissue

DEVELOPMENT ECONOMICS: REGIONAL & COUNTRY STUDIES eJOURNAL Vol. 2, ISSUE. 93: June 14, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=1979633&issue_number=93&volume=2&journal_type=CMBO&function=showissue

LABOR: SUPPLY & DEMAND eJOURNAL - VOL 5, ISSUE 75, June 13, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=1480992&issue_number=75&volume=5&journal_type=CMBO&function=showissue

MACROECONOMICS: EMPLOYMENT, INCOME & INFORMAL ECONOMY EJOURNAL - VOL 6, ISSUE 66, June 13, 2013, Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=1154236&issue_number=66&volume=6&journal_type=CMBO&function=showissue

COMPARATIVE POLITICAL ECONOMY: SOCIAL WELFARE POLICY eJOURNAL - VOL 1, ISSUE 60, June 13, 2013, Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2274226&journalid=2199892&issue_number=60&volume=1&journal_type=CMBO&function=showissue

⁵¹ *Ibidem*, pág. 191

- Medidas anticrise nas áreas da pobreza e do desemprego - A realidade portuguesa: Resultados de investigação (Anti Crisis Measures in the Poverty and Unemployment Areas - Portuguese Context: Research Results), SSRN, 2013:

SOCIAL & POLITICAL PHILOSOPHY EJOURNAL - VOL 6, ISSUE 137, July 30, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2270810&journalid=950427&issue_number=137&volume=6&journal_type=CMBO&function=showissue

LAW & SOCIETY: PUBLIC LAW eJOURNAL - VOL 8, ISSUE 107, June 17, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2270810&journalid=912327&issue_number=107&volume=8&journal_type=CMBO&function=showissue

ECONOMETRIC MODELING: MACROECONOMICS eJOURNAL Vol. 3, No. 106: Jun 13, 2013, Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2270810&journalid=1939263&issue_number=106&volume=3&journal_type=CMBO&function=showissue

EUROPEAN ECONOMICS: LABOR & SOCIAL CONDITIONS eJOURNAL - VOL 7, ISSUE 54, June 12, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2270810&journalid=992936&issue_number=54&volume=7&journal_type=CMBO&function=showissue

MACROECONOMICS: EMPLOYMENT, INCOME & INFORMAL ECONOMY EJOURNAL - Vol. 6, No. 65: Jun 11, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2270810&journalid=1154236&issue_number=65&volume=6&journal_type=CMBO&function=showissue

COMPARATIVE POLITICAL ECONOMY: SOCIAL WELFARE POLICY EJOURNAL - VOL. 1, NO. 59: Jun 11, 2013, Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2270810&journalid=2199892&issue_number=59&volume=1&journal_type=CMBO&function=showissue

DEVELOPMENT ECONOMICS: REGIONAL & COUNTRY STUDIES EJOURNAL - VOL. 2, NO. 89: Jun 10, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=2270810&journalid=1979633&issue_number=89&volume=2&journal_type=CMBO&function=showissue

- O Princípio da Devolução Facultativa ou Suficiência Discricionária em Contencioso Administrativo, VERBO JURÍDICO, 2013. Disponível em:

http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/administrativo/ricardorodrigues_devolucaofacultativa.pdf

- Joint accounts upon death of one of the holders - a new perspective on the application of art 516 of portuguese Civil Code. / Das contas coletivas solidárias no caso de morte de um dos seus cotitulares - uma nova perspetiva da aplicação do art. 516.º Código Civil português, SSRN, 2013, Disponível em:

EUROPEAN PUBLIC LAW eJOURNAL - VOL 10, ISSUE 18, 2013. Disponível em: http://hq.ssrn.com/journals/issueproof.cfm?abstractid=2199425&journalid=500621&issue_number=18&volume=10&journal_type=cmbo&function=showissue

PROPERTY, LAND USE & REAL ESTATE LAW eJOURNAL -. VOL 14, ISSUE 18, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/journals/issueproof.cfm?abstractid=2199425&journalid=157511&issue_number=18&volume=14&journal_type=cmbo&function=showissue

LAW & SOCIETY: PRIVATE LAW EJOURNAL - CMBO: PROPERTY (TOPIC) - VOL 8, ISSUE 41, 2013. Disponível em:

http://hq.ssrn.com/journals/issueproof.cfm?abstractid=2199425&journalid=912326&issue_number=41&volume=8&journal_type=cmbo&function=showissue

- Medidas anticrise nas áreas da pobreza e do desemprego - a realidade portuguesa (Anti Crisis Measures in the Poverty and Unemployment Areas - Portuguese Context), VERBO JURÍDICO, 2012, Disponível em:

http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/ricardorodrigues_medidasanticrise.pdf

- Regulação Apositiva da Contratação Internacional - The New Law Merchant, Dissertação de Mestrado, Repositório da Universidade Lusíada do Porto, 2012 (Inédito);

- Direito Internacional Privado - Training Cases - QUID JURIS, 2011.



DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DESPEDIMENTO POR INADAPTAÇÃO

DAVID FALCÃO

Doutor em Direito e Professor do Ensino Superior

RESUMO:

Com a entrada em vigor das alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012 de 25 de Junho no Código de Trabalho, o regime jurídico do despedimento por inadaptação sofre alterações de fundo. Alterações que inclusive desvirtuam o que histórica e juridicamente foi o referido regime até então. Por outro lado, levanta-se a questão da inconstitucionalidade do regime do despedimento por inadaptação, por violação do Princípio da Segurança no Emprego previsto no art. 53.º da Constituição da República Portuguesa, uma vez no referido regime se prevê causa de despedimento que ultrapassa as previstas no art. 53.º da Constituição da República Portuguesa. Pretende-se, pois, provar com este estudo a inconstitucionalidade do regime do despedimento por inadaptação previsto no Código de Trabalho Português em vigor justamente por violação do Princípio da Segurança no Emprego.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DESPEDIMENTO POR INADAPTAÇÃO

DAVID FALCÃO
Doutor em Direito e Professor do Ensino Superior

Palavras-chave: despedimento por inadaptação; segurança no emprego; justa causa.

Introdução

Com a entrada em vigor das alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012 de 25 de Junho no Código de Trabalho, o regime jurídico do despedimento por inadaptação sofre alterações de fundo¹. Alterações que inclusive desvirtuam o que histórica e juridicamente foi o referido regime até então. Por outro lado, levanta-se a questão da inconstitucionalidade do regime do despedimento por inadaptação, por violação do Princípio da Segurança no Emprego previsto no art. 53.º da Constituição da República Portuguesa, uma vez no referido regime se prevê causa de despedimento que ultrapassa as previstas no art. 53.º da Constituição da República Portuguesa.

Este estudo pretende, pois, provar a inconstitucionalidade do regime do despedimento por inadaptação previsto no Código de Trabalho Português em vigor justamente por violação do

Princípio da Segurança no Emprego. Para o efeito iniciamos com a análise do Princípio da Segurança no Emprego e noção de justa causa no âmbito laboral, seguidamente com a caracterização do regime do despedimento por inadaptação antes e após a entrada em vigor da Lei n.º 23/2012 e, por fim, após se ter cruzado os dois regimes alerta-se para a inconstitucionalidade do regime actual do despedimento por inadaptação.

1-Princípio da Segurança no Emprego – A consagração constitucional de justa causa de despedimento

O art. 53.º da Constituição da República Portuguesa, cujo art. 338.º do Código de Trabalho é reflexo, consagra o Princípio da Segurança no Emprego. Neste sentido, são “proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”. Cabe, pois, aferir o que se entende por justa causa uma vez que, como refere Gomes Canotilho e Vital Moreira², o conceito de justa causa em Portugal é relativamente aberto pois permite despedimentos com base em critérios objectivos para além do despedimento disciplinar

¹ As alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2012 relativas ao despedimento por inadaptação resultaram do acordo celebrado a 11 de Maio de 2011 entre a *Troika* e o Governo Português na sequência do pedido de ajuda financeira feito por Portugal. O regime laboral actual prevê então que o empregador possa proceder a despedimento por inadaptação mesmo sem a introdução de alterações no posto de trabalho;

² Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 709;

ou com base em critérios subjectivos. O que, sem dúvida, a Constituição exclui são os despedimentos discricionários ou arbitrários.

Pode considerar-se uma dupla dimensão do conceito de justa causa: a justa causa subjectiva e a justa causa objectiva. No que concerne à justa causa subjectiva ou disciplinar, dependendo, por sua vez, de comportamento culposo imputável ao trabalhador, legitima o despedimento desde que tal comportamento torne imediatamente impossível a subsistência da relação laboral (art. 351º n.º 1 do CT). Desta forma, como explica João Pedro Regêncio “a função *tuitiva* do Direito do Trabalho impõe a exigência de *justa causa* para o despedimento, não consentindo, desse modo, a dissolução *ad nutum* da relação laboral pelo empregador”³. No que diz respeito à justa causa objectiva, a lei, taxativamente, consagra situações que apesar de externas ou exógenas à relação laboral e, portanto, não imputáveis nem ao trabalhador nem ao empregador podem conduzir ao despedimento. Desta forma, cumpridos determinados requisitos o empregador pode colocar fim à relação laboral mesmo não existindo qualquer comportamento culposo por parte do trabalhador. A consagração legal da justa causa objectiva prende-se fundamentalmente com a adequação do regime laboral a determinadas realidades económicas. Neste sentido, a dissolução do vínculo laboral com base em justa causa objectiva **apenas** pode ter por base motivos de mercado, estruturais ou económicos. A lei consagra taxativamente três formas de cessação do contrato de trabalho com base nos referidos motivos de natureza objectiva: Despedimento colectivo (art. 340º al. d) do CT), despedimento por extinção do posto de trabalho (art. 340º al. e) do CT) e despedimento por inadaptação (art. 340º al. f) do CT).

³ Cfr. João Pedro Regêncio, Da inadaptação do *Memorando de Entendimento* ao Direito Laboral Português, *artciencia.com*, year VII, Number 15, May 2012 – November 2012, pág. 2;

Na sequência do que se realçou no primeiro parágrafo deste capítulo, e atentos os motivos expostos, pode concluir-se que a Constituição da República Portuguesa no seu art. 53º alude a um conceito relativamente amplo de justa causa⁴ que prevê não só o despedimento por facto imputável (justa causa subjectiva) ao trabalhador mas igualmente o baseado em justa causa objectiva⁵. Em entendimento semelhante dispõe igualmente o art. 30º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O que a Constituição proíbe são os despedimentos arbitrários, sem justa causa.

2-Despedimento por inadaptação antes e após a entrada em vigor da Lei nº 23/2012 de 25 de Junho

Historicamente o despedimento por inadaptação surge pela primeira vez como regime jurídico autónomo em 1991, em concreto por via do DL nº 400/91 de 16 de Outubro mantendo-se na essência, por sua vez, nos Códigos de trabalho de 2003 e de 2009⁶. Como não pretendemos debruçar-nos sobre a evolução histórica do despedimento por inadaptação, focalizar-nos-emos apenas no estudo do regime antes e após da entrada em vigor das alterações produzidas pela Lei nº 23/2012 de 25 de Junho.

Antes das alterações, o despedimento por inadaptação baseava-se na inadaptação superveniente do trabalhador em virtude de alteração introduzida no posto de trabalho⁷. Neste

⁴ Cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 13ª Ed, Almedina, 2008, pág. 556; Cfr. Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 3ª Ed, Almedina, 2006, pags. 873 a 875;

⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 64/91, Processo nº 117/91, “(...) O conceito constitucional de *justa causa* é susceptível de cobrir factos, situações ou circunstâncias objectivas, não se limitando à noção de justa causa disciplinar (...);

⁶ Para aprofundar a evolução histórica do regime do despedimento por inadaptação cfr. João Pedro Regêncio, Da inadaptação do *Memorando de Entendimento* ao Direito Laboral Português, *Op. Cit.*, págs. 6 e ss;

⁷ Não está em causa a inadaptação originária do trabalhador uma vez que o regime para tutelar essa situação é o do período experimental. Cfr. João Pedro Regêncio, Da inadaptação do

sentido, o art. 373º do Código de Trabalho considerava justamente despedimento por inadaptação a “cessação do contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho”.

Por sua vez, o despedimento por inadaptação só poderia ter lugar quando, cumulativamente se verificassem os requisitos previstos no art. 375º ou seja:

1. “Tenham sido introduzidas modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores ao início do procedimento” (art. 375º nº 1 al.a));

2. “Tenha sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho, sob controlo pedagógico da autoridade competente ou de entidade formadora certificada” (art. 375º nº 1 al.b));

3. “Tenha sido facultado ao trabalhador, após a formação, um período de adaptação de, pelo menos, 30 dias, no posto de trabalho ou fora dele sempre que o exercício de funções naquele posto seja susceptível de causar prejuízo ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros” (art. 375º nº 1 al.c));

4. “Não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador” (art. 375º nº 1 al.d);

5. “A situação de inadaptação não decorra de falta de condições de segurança e

saúde no trabalho imputável ao empregador” (art. 375º nº 1 al.e),

e sempre que se verifique “redução continuada de produtividade ou de qualidade ou avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros desde que sendo determinada pelo modo de exercício de funções do trabalhador, torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho” segundo o art. 374º nº 1.

Da conjugação dos art. 373º, 374º e 375º resultava um regime fechado e baseado exclusivamente em causas objectivas (introdução de elemento externo à actividade laboral ao qual o trabalhador não se adaptou).

Com a entrada em vigor das alterações introduzidas pela Lei nº 23/2012 de 25 de Julho o regime do despedimento por inadaptação é totalmente desvirtuado e processa-se uma clara violação do Princípio da Segurança no Emprego previsto no art. 53º da Constituição da República Portuguesa. Pois introduz-se, como analisaremos seguidamente, uma “nova” noção de justa causa de despedimento que não se baseia nem em causas objectivas nem subjectivas mas sim, claramente, na arbitrariedade.

Do acordo celebrado a 11 de Maio de 2011 entre a *Troika* e o Governo Português na sequência do pedido de ajuda financeira feito por Portugal podem retirar-se diversas ilações. Em primeiro lugar, o Governo Português obrigou-se a redefinir as causas de despedimento, flexibilizando por sua vez o vínculo laboral e, por outro lado, a reduzir os custos relativos a compensação por cessação de contrato de trabalho⁸; objectivos: aumentar a produtividade, a competitividade das empresas, reduzindo, por sua vez, gastos com despedimentos baseados em causas objectivas.

Memorando de Entendimento ao Direito Laboral Português, *Op. Cit.*, pág. 7; Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2006, pág. 895;

⁸ Cfr. Lei nº 53/2011 de 14 de Outubro;

É justamente neste sentido, centrando-nos apenas no regime do despedimento por inadaptação, que o acordo celebrado entre o Governo e a *Troika* prevê que este deva ser possível mesmo sem que se produza qualquer alteração ao posto de trabalho⁹.

Desta forma, é com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2012 de 25 de Junho, que é “arrasado” o regime jurídico do despedimento por inadaptação e com reforma atrás de reforma se “vai escrevendo a crónica da morte anunciada do (já não) tão moderno Direito do Trabalho”¹⁰.

Veja-se:

Em primeiro lugar, a noção de despedimento por inadaptação prevista no art. 373.º do Código de Trabalho em vigor não sofre qualquer alteração – **1.ª incongruência** – pois, “Considera-se despedimento por inadaptação a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho”.

Em segundo lugar, às situações de inadaptação previstas no art. 374.º, acrescenta-se a descrita n.º 2 que prevê que se verifica “inadaptação de trabalhador afecto a cargo de complexidade técnica ou de direcção quando não se cumpram os objectivos previamente acordados, por escrito, em consequência do seu modo de exercício de funções e seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho” – **2.ª incongruência** – Por um lado, porque se introduz uma “espécie de período experimental” que faz depender a manutenção do posto de trabalho do cumprimento de determinados objectivos quando na verdade no âmbito laboral a figura dos objectivos apenas releva para efeitos de retribuição (art. 261.º)¹¹. Por outro

lado, porque sendo este tipo de despedimento baseado em causas objectivas (não imputáveis ao trabalhador) não se pode de forma alguma considerar situação de inadaptação o não cumprimento de objectivos em consequência do modo de exercício das funções adstritas ao trabalhador (causa subjectiva) podendo, desta forma, colocar-se a questão: inadaptação a quê?

Em terceiro lugar, naquela que provavelmente constitui a alteração mais controversa¹², o art.º 375.º n.º 2 dispõe:

“O despedimento por inadaptação na situação referida no n.º 1 do artigo anterior, caso **não tenha havido modificações** no posto de trabalho, pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:

a) Modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que tenha carácter definitivo;

b) O empregador informe o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da actividade antes prestada, com descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa de modificação substancial da prestação, bem como de que se pode pronunciar por escrito sobre os referidos elementos em prazo não inferior a cinco dias úteis;

⁹ Cfr. Ponto 4.5. i) do Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica de 17 de Maio de 2011 celebrado entre Governo Português, Comissão Europeia, FMI e Comissão Europeia;

¹⁰ Cfr. João Pedro Regêncio, Da inadaptação do *Memorando de Entendimento* ao Direito Laboral Português, *Op. Cit.*, pág. 18;

¹¹ Se se quiser chegar mais longe pode ainda afirmar-se que com o estipulado no art. 374.º n.º 2 se abala a própria noção de contrato de

trabalho mediante o qual o trabalhador está vinculado a uma obrigação de meios e não de resultados o que, por sua vez, distingue o contrato de trabalho (art.11CT) do de prestação de serviços (art.1154 do CC). Ou seja, para a perfeita execução do contrato de trabalho é suficiente que o trabalhador se encontre à disposição do empregador para desenvolver de forma diligente e reiterada a actividade contratada. A não obtenção de um fim é, normalmente, irrelevante para a referida perfeita execução do contrato. Desta forma é totalmente desprovido de sentido que se faça depender a manutenção de um contrato de trabalho da obtenção de um resultado/objectivo;

c) Após a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para o efeito, o empregador lhe comunique, por escrito, ordens e instruções adequadas respeitantes à execução do trabalho, com o intuito de a corrigir, tendo presentes os factos invocados por aquele;

d) Tenha sido aplicado o disposto nas alíneas b) e c) do número anterior, com as devidas adaptações.” – **3ª incongruência** – concede-se ao empregador a faculdade de fazer cessar a relação laboral recorrendo ao despedimento por inadaptação, mesmo não se tendo processado qualquer alteração ao posto de trabalho; então é hora de perguntar, de novo: inadaptação a quê? Recordando, em conformidade com a noção de despedimento por inadaptação prevista no art. 373º, o empregador apenas poderá fazer cessar o contrato de trabalho por esta via com o fundamento em inadaptação **superveniente** ao posto de trabalho, inadaptação esta que resulte de alteração introduzida no posto de trabalho à qual o trabalhador não se adaptou¹³. Por outro lado, o art. 351º n.º 2 al.m) considera como justa causa subjectiva de despedimento “reduções anormais de produtividade” bem como a al.d) do n.º 2 do mesmo artigo que consagra, igualmente, como justa causa subjectiva de despedimento o “desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho a que está afecto”. É, na realidade, absurdo que se consagrem as mesmas situações constituintes de justa causa objectiva (despedimento por inadaptação não se tendo processado qualquer alteração ao posto de trabalho) e simultaneamente subjectiva de despedimento (despedimento por facto imputável ao trabalhador) basta confrontar os arts. 375º n.º 2 e 351º n.º 2 als. d) e m) para se constatar tal realidade.

Em suma, o despedimento por inadaptação deve basear-se apenas na introdução de alterações ao posto de trabalho às quais o trabalhador não logrou adaptar-se ou seja, sempre com base numa causa objectiva, não imputável ao trabalhador, em concreto de natureza tecnológica. Admitimos, de facto, a importância da modernização dos postos de trabalho com o objectivo de aumentar a produtividade e consequentemente a competitividade das empresas e que os trabalhadores devem adaptar-se obrigatoriamente a essa constante modernização. O que não podemos admitir é um regime que considere a inadaptação de um trabalhador ao posto de trabalho sem que se tenha processado qualquer alteração nesse posto de trabalho porque, se assim fosse, aceitaríamos uma forma de “despedimento nova” que não tem por base nem causas objectivas nem subjectivas, um despedimento arbitrário e claramente inconstitucional por violação do art. 53º da Constituição da República Portuguesa. É justamente a questão da inconstitucionalidade do actual regime desta forma de cessação de contrato de trabalho que vamos analisar.

3-Da inconstitucionalidade do actual regime do despedimento por inadaptação – notas conclusivas

O art. 53º da Constituição da República Portuguesa permite efectivamente o despedimento com base em causas objectivas (estruturais, tecnológicas ou de mercado) ou subjectivas (comportamento culposos do trabalhador) sempre que em qualquer das situações se manifeste impossível a subsistência da relação laboral.

Com o regime actualmente em vigor do despedimento por inadaptação desaparece a garantia da segurança no emprego prevista na Lei Fundamental. Consagra-se, pois, uma forma de despedimento “estranha”, arbitrária, baseada na redução de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho

¹³ Pois se assim não fosse, todos os contratos de trabalho teriam uma espécie de “período experimental” durante toda a sua duração o que levaria a questionar o previsto no art. 53º da CRP sobre a Segurança no Emprego;

ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador ou de outros trabalhadores por causa não imputável ao trabalhador e sem qualquer alteração introduzida no posto de trabalho. Desta forma “não existindo qualquer modificação no posto de trabalho, deixa de existir também qualquer interesse da entidade empregadora digno de tutela”¹⁴.

Na conjuntura actual, a necessidade das empresas aumentarem a produtividade, a competitividade e reduzirem custos é uma evidência. No entanto, quando se confronta essa necessidade com um valor fundamental como o previsto no art. 53º da Constituição da República Portuguesa que proíbe claramente despedimentos arbitrários obviamente que o valor constitucionalmente tutelado se sobrepõe às necessidades de mercado.

Concluindo, pode dizer-se, ironicamente, que a solução passa pela alteração da Constituição da República Portuguesa de forma a legitimar um regime jurídico morto à nascença por ferido de inconstitucionalidade.

Bibliografia

Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Vol. I*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007;

Leitão, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 2ª Edição, Almedina, 2010;

Monteiro Fernandes, António, *Direito do Trabalho*, 13ª Ed, Almedina, 2008;

Palma Ramalho, Maria do Rosário, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2006;

Regêncio, João Pedro, Da inadaptação do *Memorando de Entendimento* ao Direito Laboral Português, *artciencia.com*, year VII, Number 15, May 2012 – November 2012;

Romano Martinez, Pedro, *Direito do Trabalho*, 3º Ed, Almedina, 2006.

O AUTOR

David José Galdes Falcão, nascido em Agosto de 1978, é Doutor em Direito (Direitos Humanos e Filosofia do Direito) pela Universidade de Salamanca no âmbito do programa de doutoramento Pasado y Presente de los Derechos Humanos pertencente ao departamento de História do Direito e Filosofia Jurídica, Moral e Política da Faculdade de Direito da referida Universidade, concluído em 27 de Setembro de 2006, com classificação máxima, cujo registo foi efectuado na Reitoria da Universidade do Minho.

Licenciou-se em Direito em 2001 e obteve o Mestrado em Direito (Direitos Humanos e Filosofia do Direito) pela Universidade de Salamanca, com classificação máxima e reconhecimento de grau pela Universidade de Coimbra, concluído em 2004.

Actualmente Professor do ensino superior politécnico e universitário, foi Professor-adjunto, em regime de dedicação exclusiva, da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico de Castelo Branco (desde o ano lectivo 2006/2007); Equiparado a Professor-adjunto (em regime de acumulação legal) da Escola Superior de Tecnologia Gestão do Instituto Politécnico de Portalegre (desde o ano lectivo 2008/2009); Professor Convidado do Instituto Piaget (ano lectivo 2009/2010) e Professor Convidado da Universidade Independente (ano lectivo 2006/2007).

Regente de unidades curriculares, docente em Ciclos de Estudos Conferentes do Grau de Licenciado e em Ciclos de Estudos Conferentes do Grau de Mestre.

Criador da Pós-Graduação em Solicitadoria de Execução ministrada pela Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico de Castelo Branco 2007/2008.

Membro do Conselho Científico da Universidade Independente de Lisboa no ano lectivo 2006/2007; Coordenador da Licenciatura em Solicitadoria da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico de Castelo Branco desde o ano lectivo 2007/2008 até à actualidade; Membro do Conselho Científico (actualmente designado Conselho Técnico-Científico) da Escola Superior de Gestão do IPCB desde 2007 até à actualidade;

Coordenador Científico da Pós-Graduação em Solicitadoria de Execução ministrada pela Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico de Castelo Branco 2007/2008; Membro do Conselho de Representantes da ESGIN desde Março de 2010 (1º suplente) até à actualidade.

Foi igualmente Membro da Comissão de autoavaliação do IPCB no âmbito do programa de avaliação institucional (IEP) levado a cabo pela European University Association (EUA) (2008); Responsável pela unidade curricular de Enquadramento Legal da Empresa do Mestrado em Empreendedorismo e Gestão de PME's ministrado pela ESTG do IP de Portalegre desde o ano lectivo 2008/2009 e Membro da Comissão Científica do Mestrado em Gestão de Empresas da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico de Castelo Branco (desde 2009).

¹⁴ Cfr. João Pedro Regêncio, Da inadaptação do *Memorando de Entendimento* ao Direito Laboral Português, *Op. Cit*, pág. 14.

Formador em vários cursos da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico de Castelo Branco.

Participante em vários Congressos e Seminários Nacionais e Internacionais.

Membro de Júris para Atribuição do Grau de Doutor, para Atribuição do Título de Professor Especialista; Membro de Júris e Supervisão de Estágios para Atribuição do Grau de Licenciado; Membro de Júris de Concursos Especiais.

Relator na Avaliação do Desempenho do Pessoal Docente.

Actividade Científica:

Artigos:

“Derechos Humanos y Diversidad Cultural”, na Revista Jurídica Jus Navigandi, Revista Jurídica Especializada do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007 (revista com revisão por pares);

“Los Más Recientes Esfuerzos de la UNESCO en Materia de Derechos Humanos y Diversidad Cultural”, na Revista Jurídica Prolegis, 2007 (revista com revisão por pares);

“Derechos Humanos y Diversidad Cultural: Una Posible Conciliación”, na Revista Jurídica Prolegis, 2007 (revista com revisão por pares);

“Multiculturalismo: El Cáncer de los Derechos Humanos versus un Pluralismo Integrador Razonable”, na Revista Científica GESTIN, n.º 7, 2008;

“Derechos Humanos: ¿Historias de Consensos?”, na Revista Jurídica Prolegis, 2008 (revista com revisão por pares);

“Derechos Humanos y Dignidad: Fundamentos de la Protección de las Diversas Identidades Culturales”, na Revista REID – Revista Jurídica Internacional de Derechos Humanos, Derechos Fundamentales e Ciudadania, n.º 4, Instituto de Estudos de Direito e Cidadania, 2009 (revista com revisão por pares);

“Noção de consumidor”, na Revista Científica GESTIN, n.º 8, 2010; “Culturas y Derecho”, na Revista Jurídica Prolegis, 2010 (revista com revisão por pares);

“Banco de Horas: A Escravidão Legal no Código de Trabalho Português (Lei n.º 7/2009)”, na Revista Jurídica Julgar, Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2012 (revista com revisão por pares);

“Universalización de los Derechos Humanos a Partir de la Diversidad Cultural: Políticas de Integración, de Flexibilización y de Diálogo”, na Revista REID – Revista Jurídica Internacional de Derechos Humanos, Derechos Fundamentales e Ciudadania, n.º 12, Instituto de Estudos de Direito e Cidadania, 2012 (revista com revisão por pares);

“Análise ao Regime Jurídico da Venda de Bens de Consumo”, na Revista Jurídica Julgar, Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2012 (revista com revisão por pares);

“Invalidade do Registo da Marca por Falta de Legitimidade: A confusão no Código de Propriedade Industrial Português”, na Revista Jurídica Julgar, Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2013 (revista com revisão por pares);

Livros/Manuais:

Relatório de Auto-avaliação do IPCB, no âmbito do programa de avaliação institucional (IEP) levado a cabo pela European University Association (EUA), 2008;

Notas Sobre Direito do Consumo e Compilação de Legislação Conexa, Chiado Editora, Lisboa, 2012;

Colaborações Científicas:

Colaborador da revista jurídica Prolegis desde 2007 até à actualidade;

Colaborador da revista REID – Revista Jurídica Internacional de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Cidadania desde 2009 até à actualidade;

Membro do conselho editorial da revista científica do ISCET (Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo), Percursos & Ideias, desde 2009 até à actualidade;

Reviewer da revista científica Técnica, Revista de Estudos Politécnicos, 2010;

Membro do conselho editorial da revista científica Luso-Brasileira de Direito do Consumo desde Março de 2011 até à actualidade;

Colaboração em Unidades de Investigação Coordenador do Gabinete de Estudos de Direito do Consumo instituído através de protocolo entre o Instituto Politécnico de Castelo Branco e a Associação Portuguesa de Direito do Consumo e, cuja finalidade é a de formação e informação ao consumidor bem como, a de desenvolver estudos de investigação e organização de congressos e seminários para divulgação de conhecimento, desde Novembro de 2010 até à actualidade;

Sebentas de Apoio Pedagógico Facultadas aos Alunos: -Direito do Trabalho I (Relações Individuais); Direito do Trabalho II (Relações Colectivas); Direito do Consumo; Direito da Família, Marcas e Patentes

Distinções: Distinção Cum Laude na tese de mestrado intitulada “Derechos Humanos y Diversidad: Una Posible Conciliación” apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca em 2004.



CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RENATO LOPES MILITÃO

Advogado

SUMÁRIO:

Neste trabalho realizamos uma abordagem ao modelo do chamado Estado social e democrático de direito.

Embora dissequemos separadamente cada um dos seus elementos essenciais, temos por objectivo evidenciar que foi a modulação, compatibilização e conjugação destes que permitiu, homogeneizou e representou esse modelo.

CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RENATO LOPES MILITÃO
Advogado

1. Introdução

Ao período compreendido entre a eclosão da Primeira Guerra Mundial e a implosão da URSS, com particular destaque para o segmento entre o termo da Segunda Guerra Mundial e meados da década de 1970, chamou Eric Hobsbawm o «breve século XX». Foram, de facto, extraordinárias as transformações económicas, sociais e políticas que ocorreram em tão pouco tempo, não só a Leste mas também a Ocidente. Aqui, com a implementação do projecto do chamado Estado social e democrático de direito.

É certo que, sobretudo a partir de meados da década de 1970, fruto de múltiplos factores que não cabe aqui abordar, a correlação entre as forças sociais e políticas alterou-se e o retrocesso tem sido enorme. Porém, como recordou Antonio Cantaro (1997: 177), mostra-se «perfeitamente actual o problema mais profundo a que o Estado social tentou proporcionar resposta. Ou seja, a procura de outra racionalidade oposta à económica, de uma racionalidade capaz de limitar e corrigir o código meramente calculador do *homo economicus*». O que, perante a crise económica de 2008-..., se tornou ainda mais uma evidência. Por isso, vale a pena ponderar sobre as experiências encetadas no «breve século», nomeadamente sobre o chamado Estado social e democrático de direito, tanto mais que, como notaram a este propósito Sami Naïr e Edgar Morin (1997: 216), «o futuro, felizmente, é

muito longo». Aqui fica, pois, um pequeno contributo.

2. Estado (enonómico-)social

Perante a incontornável falência do modelo liberal, as fortíssimas lutas sociais e políticas que este gerou ⁽¹⁾ e os bons resultados que algumas experiências encetadas na recém criada URSS começaram a evidenciar ⁽²⁾, a construção do

⁽¹⁾ O que bem se compreenderá se se recordar, por exemplo, que a evolução do capitalismo no quadro liberal de tal modo degradou as condições de trabalho e de vida dos trabalhadores que até fisicamente estes se distinguiam dos patrões. Por exemplo em Inglaterra e na França, a estatura média dos filhos dos patrões era superior à dos filhos dos operários em 12 e 10 centímetros, respectivamente (Lequim, 1983: 273).

⁽²⁾ Por força das vicissitudes subsequentes à Revolução Soviética, designadamente a invasão do país por exércitos das principais potências estrangeiras, apenas a partir do final da década de 1920 os bolcheviques conseguiram implementar de facto o seu projecto, nomeadamente a colectivização e planificação da actividade económica. Ora, neste quadro, o crescimento da economia soviética foi, efectivamente, impressionante. Só entre 1929 e 1933, ou seja, quando os principais países capitalistas, mormente os EUA, atravessavam uma gravíssima crise económica, a indústria da URSS cresceu mais de 200%. Foi, pois, fundamentalmente a partir daí que a URSS desenvolveu o seu objectivo de incremento da igualdade real entre os cidadãos. E, de facto, apesar do total isolamento e do severo boicote a que esteve sujeito até à Segunda Guerra Mundial, foram extraordinários os passos que esse país deu em tal sentido. O desemprego praticamente desapareceu a partir de 1931. Então, grande parte das fábricas dispunha já de creches, jardins de infância e cantinas, realidades que na época eram quase inexistentes nos demais países. Em pouco mais de uma década, o número de médicos passou de 70.000 para 155.000, o número de camas nos hospitais de 247.000 para 791.000, o número de técnicos superiores de 233.000 para 908.000, o número de engenheiros de 47.000 para 289.900 e o número de especialistas de 288.000 para 1.492.200. «Os esforços feitos nos domínios do ensino geral e técnico e no da cultura aproveitavam a todos e davam novas oportunidades de «promoção social aos filhos dos operários», elementos de bem-estar e de cultura ainda desconhecidos entre os operários médios do Ocidente» (Einstein, 1976: 222 e, para uma panorâmica geral da

chamado Estado social nos países ocidentais foi em grande medida o último recurso encontrado para que o sistema capitalista pudesse subsistir nestes países (*v.g.*, Nunes, 2008: 49 e ss.). Mas justamente por isso, essa via implicou a introdução de expressivos elementos de natureza socialista nos países do Ocidente.

Desde logo, os Estados ocidentais serviram-se em elevado grau do sistema fiscal, não apenas para ampliarem as suas receitas mas igualmente para redistribuírem a riqueza. Foi enorme o incremento quer dos impostos sobre o capital, quer da tributação *progressiva* dos rendimentos ⁽³⁾.

De igual modo, o direito de propriedade privada e as liberdades económicas em geral não só foram grandemente desvalorizadas e comprimidas, como lhes foi imposta uma acentuada *função social*. Sobretudo as empresas privadas passaram, pois, a estar em elevado grau socialmente vinculadas.

Mas, mais do que isso, os Estados em referência passaram a reger profusamente a actividade económica. Implementaram extensíssimas políticas económicas (orçamentais, monetárias, de preços, salariais, de emprego, de concorrência, etc.) (*v.g.*, Almeida, 1979: 531 e ss.). Concretizaram avultadíssimos investimentos em múltiplos sectores. E introduziram mesmo a *planificação* da economia, tendencialmente indicativa para o sector privado e em regra imperativa para o sector público (*v.g.*, Almeida, 1979: 559 e ss.).

Acresce que, sobretudo a partir do termo da Segunda Guerra Mundial, os referidos Estados

igualmente nacionalizaram e criaram inúmeras e relevantíssimas empresas em sectores económicos fundamentais. Por exemplo na República Federal Alemã, o Estado passou a controlar «70% da produção do alumínio, 45% da produção automóvel, 37% da produção de ferro, 27% da construção naval, 25% da produção de hulha, 23% de adubos azotados, 17% da produção de electricidade, etc. (...). A França nacionalizou largos sectores da Banca privada, empresas de gás e electricidade, de produção de hulha, a produção automóvel Renault e a indústria aeronáutica. A Inglaterra nacionalizou parte do sector bancário, a siderurgia, a produção de hulha, os transportes ferroviários e aéreos e sectores dos transportes vários» (Torres, 1995: 309-310).

A par, os Estados ocidentais instituíram múltiplas entidades públicas, designadamente de carácter empresarial, destinadas à prestação de serviços, quer de cariz sobretudo económico (água, electricidade, gás, resíduos, efluentes, comunicações, transportes, etc.), quer de jaez fundamentalmente social (saúde, ensino, cultura, etc.). E estabeleceram mesmo *monopólios públicos* em algumas dessas actividades, subtraindo-as assim totalmente à iniciativa privada e ao mercado.

É certo que as sociedades em análise nunca deixaram de ser essencialmente capitalistas. De facto, em última instância, a intervenção dos respectivos Estados na actividade económica e, genericamente, na sociedade civil, foi direccionada para a sustentação do sistema capitalista. A própria propriedade pública dos meios de produção jamais foi aí transformada em propriedade social. Enfim, «a orientação adoptada traduziu-se numa solução de *capitalismo de estado*, em que a propriedade pública se afirmou como uma nova forma de propriedade capitalista (propriedade do estado capitalista)» (Nunes, 2008: 59).

Porém, esta realidade não deve obnubilar a extraordinária evolução que efectivamente representou a tendencial racionalização do sistema

evolução económica, social e cultural ocorrida entre 1922 e 1941, 212-245). Realidades que se prolongaram após a Segunda Guerra Mundial, apesar da colossal devastação que esta provocou nesse país. De facto, «[o]s progressos da economia soviética, a partir dos anos cinquenta até aos anos setenta, foram espectaculares, resolvendo alguns problemas básicos das populações de modo mais satisfatório que os países ocidentais (...)» (Torres, 1995: 306-307).

⁽³⁾ Todavia, a utilização do sistema fiscal assumiu outras formas. A título exemplificativo, destaca-se a criação da figura dos chamados «impostos extrasfiscais», cujo escopo dominante é o de evitar certos comportamentos económicos e sociais dos respectivos destinatários. Trata-se, pois, de verdadeiras medidas de intervenção económica e social por via fiscal (*v.g.*, Nabais, 2003: 17-18, 63-64 e 404-407).

económico pelo sistema político, desenvolvida sobretudo através da intervenção do Estado na actividade económica, nomeadamente por via da constituição de um sector público empresarial fortíssimo, o qual de modo algum se cingiu à subsidiariedade.

Tal como não deve obscurecer que este modelo visou também em elevado grau a paulatina realização do bem-estar dos cidadãos e da justiça social. Com efeito, o projecto do Estado social teve igualmente como desiderato a construção progressiva de uma sociedade mais igualitária (v.g., Sousa e Matos, 2006: 107). E, de facto, como melhor veremos adiante, os chamados Estados sociais, então já capacitados para tal, em face da elevada subordinação do sistema económico ao sistema político, bem como das receitas provenientes quer dos novos impostos quer das suas empresas, consagraram e efectivaram, designadamente através das inúmeras entidades que criaram para o efeito, múltiplos direitos a prestações de carácter económico, social e cultural, vulgo, direitos sociais.

Em suma, o Estado social traduziu-se na sobreposição do sistema político ao sistema económico e, afinal, à generalidade dos demais sistemas e subsistemas sociais, bem como na significativa publicização destes, nomeadamente através da constituição de um fortíssimo sector público empresarial, com a consequente consagração e satisfação de direitos sociais. Na verdade, apenas a realização destes direitos, sem a ascendência do sistema político sobre o sistema económico e a sociedade civil em geral, não só não define o Estado social como jamais teria sido possível. Ou seja, o Estado social foi, somente poderia ter sido e apenas poderá continuar a ser um *Estado económico-social*.

Foi, aliás, este o programa anunciado pela primeira Constituição *efectiva* do Estado social, a

Constituição alemã de Weimar, de 1919 ⁽⁴⁾. Aí se consagrou pela primeira vez a *função social da propriedade privada* (art. 153º, § 3º). Nela foi estabelecido o princípio segundo o qual «[a] ordem económica deve corresponder aos princípios da justiça tendo por objectivo garantir a todos uma existência conforme à dignidade humana. Só nestes limites fica assegurada a liberdade económica do indivíduo» (art. 151.º). Lá foi afirmado «o controlo do estado sobre a «repartição e utilização do solo» «e de todas as forças naturais susceptíveis de utilização económica», bem como a possibilidade de nacionalização de empresas privadas, e finalmente «a administração autónoma da economia»» (Moreira, 1979: 79). Em consequência, essa Constituição procedeu à *fundamentalização* de múltiplos direitos *positivos* a prestações de carácter económico, social e cultural. Tratou-se, na verdade, de um projecto reformista, que visou «não apenas a “racionalização” da economia, mas a “transformação” do sistema económico» (Nunes, 2008: 51).

Não foi, pois, apenas fruto do contexto revolucionário imediatamente posterior à Revolução de Abril de 1974 que a versão originária da CRP, além do mais, incluiu nas tarefas fundamentais do Estado português a socialização dos meios de produção e da riqueza, a criação das condições necessárias à promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo, particularmente das classes trabalhadoras, e a abolição da exploração do homem pelo homem ⁽⁵⁾, ou afectou à República Portuguesa o desiderato de se transformar numa

⁽⁴⁾ Antes ainda da Constituição de Weimar, já a Constituição Mexicana de Queretaro, de 1917, resultante da Revolução de 1910-1917, havia revelado um projecto semelhante. Porém, este texto constitucional nunca ultrapassou verdadeiramente a sua dimensão programática. Para um resumo das principais Constituições do Estado social, *vd.* Ayala: 342-371.

⁽⁵⁾ Cfr. art. 9º, al. c), da versão originária da CRP. É de notar que essa norma foi aprovada sem votos contrários, apenas com 11 abstenções.

«sociedade sem classes» ⁽⁶⁾ e ao Estado português o de «assegurar a transição para o socialismo» ⁽⁷⁾. Tratou-se, com efeito, pese embora muito tardiamente, do reflexo no nosso país de toda a evolução verificada na generalidade das sociedades ocidentais.

Assim, nos países em referência, passaram a vigorar, a par das clássicas Constituições políticas, formal ou materialmente, amplíssimas Constituições económico-sociais.

3. Princípio democrático

Ora, em face da elevada subordinação do sistema económico e da generalidade dos demais sistemas e subsistemas sociais ao sistema político, todas as questões sociais, sobretudo as económicas, ao menos potencialmente, passaram a ser questões estaduais e políticas.

Deste modo, inevitavelmente, tal como ocorreu na experiência socialista da URSS e em grande medida por pressão da existência desta, também nos Estados económico-sociais do Ocidente se verificou uma alteração profunda das características do sistema político e, portanto, dos princípios jurídico-políticos inerentes ao liberalismo.

Desde logo, para mais em face da enorme pressão dos trabalhadores e da pequena e média burguesia, o princípio democrático não só veio a adquirir uma dimensão de extraordinário relevo como acolheu significativas transformações.

⁽⁶⁾ Cfr. art. 1º da versão originária da CRP. Recorde-se que apenas o PPD votou contra a norma citada. O próprio CDS votou favoravelmente esse preceito, tendo lembrado, na respectiva declaração de voto, que «a referência ao objectivo da transformação da sociedade numa sociedade sem classes consta da declaração de princípios do CDS» (Caldeira e Silva, 1976: 489). Aliás, deve notar-se que ainda em 1984 um dos fundadores e mais carismáticos líderes desse partido continuava a reivindicar para a democracia cristã o ideal de uma «sociedade sem classes» (Amaral, 1984: 91).

⁽⁷⁾ Cfr. art. 2º da versão originária da CRP. Saliente-se que esse preceito foi aprovado sem votos contrários, apenas com 32 abstenções.

Pese embora com alguma lentidão, progrediu o processo de universalização do sufrágio, que a partir de 1918 passou a ser também impelido pelo facto de a URSS ter concedido o direito de voto aos trabalhadores, incluindo às mulheres ⁽⁸⁾. Assim, por exemplo no Reino Unido, o direito de voto foi conferido aos trabalhadores em 1918, pelo *Representation of the People Act*, e às mulheres, irrestritamente, em 1928, pelo *Equal Franchise Act*. A maioria dos demais países do Ocidente seguiu o mesmo caminho logo após a Segunda Guerra Mundial. A França, por exemplo, universalizou o sufrágio em 1946. Já na Suíça e em Portugal, porém, o sufrágio apenas foi plenamente universalizado na década de 1970.

Muitos desses países foram igualmente adoptando formas de *proporcionalidade* dos sistemas eleitorais. Por essa via possibilitou-se a representação de várias tendências políticas e diferentes grupos sociais nos parlamentos. Estes ficaram, pois, mais representativos da realidade política e social dos respectivos países. E, desse modo, foi ainda mais potenciada a dinâmica democrática na sociedade ⁽⁹⁾.

Por seu lado, os governos, de um modo geral, foram passando a resultar e depender apenas dos parlamentos, eleitos pelo povo. Assim, os executivos perderam definitivamente a legitimidade extra-social que lhes havia sido conferida pelo liberalismo originário ⁽¹⁰⁾, tendo

⁽⁸⁾ A primeira Constituição soviética, de 10 de Julho de 1918, concedeu o direito de voto, bem como o de ser eleito, a todos os cidadãos maiores de 18 anos, de ambos os sexos, «que prestassem trabalho produtivo», tendo, no entanto, transitoriamente, excluído do sufrágio «os que explorassem o trabalho dos outros», exclusão que, em face do anúncio do fim da exploração do homem pelo homem, veio a ser abolida pela Constituição de 1936, que consagrou já o sufrágio universal, directo, igual e secreto (v.g., Miranda, 2003: 186).

⁽⁹⁾ Importa ter presente que, de acordo com a famosa “Lei Duverger”, a representação proporcional tende ao multipartidarismo. Sobre a “Lei Duverger”, bem como sobre a representação proporcional, *vd.* Sá, 1992: *maxime* 85-120.

⁽¹⁰⁾ Na linha de Montesquieu, para quem o governo devia continuar a depender do rei, decorrendo a sua legitimidade da legitimidade própria deste (v.g., Sá, 1994: 98-100), as monarquias constitucionais do séc. XIX consagravam uma «dupla legitimidade do poder político», sendo o executivo ou, se se quiser, «a administração, chefiada pelo monarca, baseada num título próprio e independente de legitimidade do poder (ou seja, em tudo o que

também eles adquirido, ainda que tão-só por via indirecta, legitimidade popular.

Em paralelo, os partidos políticos, no governo ou na oposição, foram obtendo um estatuto constitucional que lhes conferiu um papel relevantíssimo no sistema político ⁽¹¹⁾. De tal modo assim foi, que o próprio Estado constitucional começou mesmo a ser considerado «um Estado constitucional de partidos» (Canotilho, 2003: 315 ⁽¹²⁾) ⁽¹³⁾. O poder passou, pois, a ser exercido e controlado por entidades colectivas, exprimindo vontades colectivas. Com a mais valia decorrente de muitos dos partidos possuírem então um elevado número de militantes e significativos níveis de participação interna ⁽¹⁴⁾. Assim, ainda que em grande medida tão-só indirectamente, os partidos políticos permitiram alargar em muito a interferência do povo no exercício do poder estadual. Por outro lado, não menos importante se mostrou a sua contribuição para a própria formação da opinião pública e, de um modo geral, para o robustecimento da dinâmica sócio-política. Foi, pois, enorme o contributo dos partidos políticos para o desenvolvimento da democracia. Pese embora com o decorrer do tempo tenham

acabado por monopolizar o sistema político e, pior, as direcções e os chefes dos partidos da área do poder hajam adquirido um elevado domínio sobre todo o aparelho estadual (Sá, 1994: 100-102).

Mas o certo foi que, como notou Jürgen Habermas (2002: 51), «[r]eacoplar o sistema económico ao político, que de certo modo repolitiza as relações de produção, cria uma crescente necessidade de legitimação». De facto, não obstante largamente ampliada, a democracia representativa, por si só, deixou de dar resposta satisfatória à realidade resultante, sobretudo, do colossal crescimento, quantitativo e qualitativo, da intervenção do Estado na sociedade civil, do enorme incremento dos direitos sociais e da imposição de deveres fundamentais, bem como à elevada dinâmica social e política dos trabalhadores e da classe média e ao extraordinário peso que assumiram inúmeras organizações, *maxime* os sindicatos, também elas, como os partidos políticos, entidades grandemente participadas.

Neste quadro, a “mera” legitimidade do exercício dos poderes públicos, ainda que assente no sufrágio universal, tornou-se manifestamente insuficiente, tendo-se imposto a necessidade de *legitimação* permanente desse exercício. Mostrou-se, pois, necessário que os actos desses poderes obtivessem *validação* por parte do povo, não bastando a respectiva validade.

Assim, revelou-se indispensável não apenas que os representantes do povo no parlamento fossem eleitos pela generalidade dos cidadãos, como igualmente que estes controlassem em permanência o exercício de grande parte das funções estaduais, da base ao topo, e, mesmo, que dispusessem de uma certa margem de participação nesse exercício. Em tal contexto, foi enorme o desenvolvimento da publicitação da actuação dos poderes públicos. Mas, mais do que isso, assistiu-se à progressiva institucionalização de certas formas de controlo directo do exercício dos poderes públicos e, inclusive, de participação nesse

dissesse respeito à esfera estatal prevalecia a legitimidade dinástica)» (Sousa e Matos, 2006: 106).

⁽¹¹⁾ Importa ter-se presente que, no liberalismo, aliás pela essência e definição deste, os partidos políticos não possuíam acolhimento constitucional e, de resto, nem sequer existiam verdadeiramente, ao menos na sua configuração hodierna.

⁽¹²⁾ Como refere aí o autor citado, chegou mesmo a haver quem defendesse, pese embora impropriamente, que os partidos políticos «exerciam as funções de um *órgão constitucional*».

⁽¹³⁾ «[U]m Estado constitucional de partidos» permitia, pois, a existência de vários partidos políticos. Desse modo, apesar de algumas similitudes também neste domínio, o constitucionalismo dos Estados sociais e democráticos de direito diferenciou-se substancialmente do constitucionalismo soviético, o qual concedia ao Partido Comunista o papel de *única* «força dirigente e orientadora da sociedade soviética, o núcleo do seu sistema político e de todas as organizações estatais e sociais» (art. 6º da Constituição da URSS de 1977), razão por que, toda a estrutura do Estado soviético era «duplicada pela organização paralela do Partido Comunista» (Guedes, 1978: 237).

⁽¹⁴⁾ Não quer isso dizer que os partidos fossem então, todos eles, partidos de massas, pois o elemento distintivo destes não é o número dos seus militantes, mas a respectiva estrutura (*v.g.*, Sá, 1994: 51). Contudo, tendencialmente, pode dizer-se que, «[a]o passo que os partidos do século XIX eram partidos de *quadros* ou de *notáveis*, os partidos do sufrágio universal tenderam a ser, até há pouco, partidos de massas e de integração» (Miranda, 2007: 23, citando concordantemente Neumann).

exercício por parte quer dos cidadãos, quer, sobretudo, de entidades colectivas formadas por estes.

Deste modo, em maior ou menor grau, o princípio democrático, entendido não só na sua dimensão representativa mas também na participativa, passou a conformar a organização e o funcionamento da generalidade das entidades públicas, das escolas públicas aos hospitais públicos, dos institutos públicos às empresas públicas, das autarquias locais e regionais ⁽¹⁵⁾ aos órgãos máximos do Estado.

Na verdade, o Estado social estreitou enormemente o fosso entre o Estado ou, se se quiser, o sistema político e a sociedade civil. E, consequentemente, alargou em muito o espaço para o exercício da cidadania.

Porém, em todo esse contexto, inevitavelmente, o princípio democrático, assim equacionado, estendeu-se mesmo às próprias entidades privadas. Além do mais, que foi muito, mostrou-se particularmente importante a institucionalização, que de facto se efectivou em grande medida, da intervenção dos trabalhadores na vida das empresas privadas ⁽¹⁶⁾.

Em suma, tendencialmente, o princípio democrático estendeu-se à generalidade das dimensões sociais, nomeadamente à económica, não só no sentido da subordinação destas ao poder político democraticamente eleito, mas também no da vinculação de todos os sistemas e subsistemas sociais e, portanto, de todos os poderes, públicos e privados, ao controlo e, mesmo, à relativa participação do povo, porquanto todas essas realidades passaram a ser perspectivadas como

«grandezas políticas» que não podem nem devem autolegitimar-se» (Canotilho, 2006: 318). Efectivamente, no contexto referido, «não existem, por definição, esferas da vida social subtraídas às determinações da soberania popular, zonas intangíveis governadas por qualquer «mão invisível», por qualquer autoridade extra social (...)» (Cantaro, 1997: 67).

Dito de outro modo, o princípio democrático foi normativamente conformado e efectivou-se não apenas como forma de organização, racionalização e legitimação do poder, mas afinal, ao menos tendencialmente, «como *modo de vida*» (Tapias, 2007: 206) e «*impulso dirigente* de uma sociedade» (Canotilho, 2003: 288 ⁽¹⁷⁾).

O que vale por dizer que esse princípio ocupou em elevado grau o lugar do princípio liberal. Efectivamente, o direito à liberdade dos indivíduos, *maxime* dos *indivíduos-proprietários*, passou em grande medida a ser conformado pela vontade colectiva e pela participação alargada dos cidadãos na generalidade das questões sociais.

A realidade do Estado económico-social facultou, pois, as condições e os estímulos para o desenvolvimento da natureza social do homem. Ou, dito de outro modo, permitiu em muito a realização deste enquanto «*ser genérico*», indivíduo e cidadão num só (Marx, 1994: *maxime* 104-128 e 155-161; Marx, 1997: *maxime* 90-91). De facto, como reconheceria o papa João XXIII, na Encíclica *Mater et Magistra* (1961), a «tendência para a socialização (...) deu origem, sobretudo nestes últimos decênios, a grande variedade de grupos, movimentos, associações e instituições, com finalidades económicas, culturais, sociais, desportivas, recreativas, profissionais e políticas, tanto nos diversos países como no plano mundial» ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Importa notar que, por si só, «[a] democracia local, autárquica, assim como a democracia empresarial, são exemplos de democracia participativa» (Cunha, 2008: 161).

⁽¹⁶⁾ Tenha-se presente o teor dos arts. 55º, nº 1 – «É direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para (...) intervenção democrática na vida da empresa (...)» –, e 56º, als. b) e c) – «Constituem direitos das comissões de trabalhadores: (...) b) Exercer o controlo de gestão nas empresas; c) Intervir na reorganização das unidades produtivas» –, da versão originária da CRP.

⁽¹⁷⁾ Pese embora o autor citado se reporte aí à CRP, a afirmação caracteriza o Estado de direito democrático.

⁽¹⁸⁾ Aliás, em face de toda esta evolução, a própria igreja romana, que até então sempre afirmara peremptoriamente a origem divina do poder e da propriedade privada, viu-se forçada a reformular em

4. Princípio da separação de poderes

Porém, o progresso descrito teve igualmente repercussões profundas no princípio da separação de poderes.

Desde logo, foi patente a confluência entre o poder executivo e o poder legislativo, inclusive com preponderância daquele. Os governos, resultando e dependendo agora dos parlamentos eleitos pelo povo, isto é, com legitimidade popular, ainda que tão-só indirecta, perante as necessidades ditadas pelo enorme crescimento da intervenção do Estado na sociedade, *maxime* na economia, e pela consequente implementação de direitos sociais, viram não apenas largamente ampliadas as suas competências administrativas, como lograram obter extensas competências legislativas e, até, jurisdicionais ou, pelo menos, *quase-jurisdicionais* ⁽¹⁹⁾.

Por sua vez, o poder jurisdicional ⁽²⁰⁾ passou a ter competência para controlar a constitucionalidade das leis produzidas pelo parlamento e pelo governo, podendo derrogá-las. Bem como passou mesmo a poder substituir-se em certa medida aos outros poderes estaduais, sobretudo por virtude da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas ⁽²¹⁾. Ou seja, o poder jurisdicional passou a exercer funções que antes pertenciam em exclusivo aos demais poderes do Estado.

Por outro lado, não menos relevante se mostrou o extraordinário desenvolvimento de formas de «separação institucional-vertical ou territorial dos

poderes» públicos (Piçarra, 1989: 265). Tal realidade foi sobretudo exponenciada por via da transferência de poderes do Estado, inclusive legislativos e, mesmo, jurisdicionais, ou *quase-jurisdicionais* ⁽²²⁾, para entidades infra-estaduais, nomeadamente regiões autónomas e autarquias locais. Naturalmente, essa evolução implicou um elevado grau de diluição do próprio Estado e aproximou ainda mais dos cidadãos o exercício dos poderes públicos ⁽²³⁾.

Porém, desta feita com vista à limitação *exógena* dos poderes do Estado ⁽²⁴⁾, o princípio da separação de poderes foi também grandemente alargado pela incorporação de novos mecanismos e pela valorização de outros a que anteriormente não era dada a mesma relevância. Entre tantos, nomeadamente os direitos atribuídos à oposição, aos sindicatos e a muitas outras organizações, bem como a margem concedida à auto-regulação ou à negociação colectiva, destacou-se o relevo e o robustecimento conferidos à opinião pública e à liberdade de imprensa. Deste modo, tornou-se ainda mais visível uma progressiva simbiose entre o Estado e a sociedade civil.

Todavia, importa ter-se presente que o princípio da separação de poderes foi também profundamente esbatido por razões perversas. De facto, o peso que os partidos políticos maioritários, quais «Modernos Príncipes» ⁽²⁵⁾, passaram a deter levou a que neles ficassem em grande medida concentradas enormes parcelas do poder

certa medida os seus postulados. João XXIII, na citada Encíclica *Mater et Magistra*, sustentou, além do mais, o interesse das nações «em que todos os cidadãos se considerem responsáveis pela realização do bem comum, em todos os setores da vida social», tendo inclusive pugnado pelo desenvolvimento de «um ambiente humano» que favorecesse «a possibilidade de as classes trabalhadoras assumirem maiores responsabilidades mesmo dentro das empresas».

⁽¹⁹⁾ Assim sucedeu com a criação do chamado direito de mera ordenação social.

⁽²⁰⁾ Sobre o conceito de poder jurisdicional, *vd.* Canotilho, 2003: 576.

⁽²¹⁾ Sobre a extensão dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, justamente decorrente do *processo de socialização*, *vd.* o ponto 7, *infra*.

⁽²²⁾ Tenha-se presente, uma vez mais, o caso paradigmático do direito de mera ordenação social.

⁽²³⁾ A partilha dos poderes do Estado, com o consequente esbatimento progressivo deste, começou também a operar-se a favor de instâncias supra-estaduais (*v.g.*, Gouveia, 2007: 223). Todavia, nesse plano, a evolução tem sido no sentido do afastamento do exercício dos poderes públicos relativamente ao povo.

⁽²⁴⁾ Note-se que, na construção *iluminista-liberal* do princípio da separação de poderes, desde logo porque a mesma assumia em absoluto a dicotomia governantes-governados, «somente o poder limitaria o poder» (Fontes, 2006: 88).

⁽²⁵⁾ A expressão «Moderno Príncipe», no sentido de «Príncipe colectivo», foi utilizada por Gramsci (1974: 254 e segs.) para evidenciar o papel positivo dos partidos políticos modernos, *maxime* dos partidos de classe, no sistema político.

legislativo, do poder executivo e, mesmo, do poder jurisdicional (v.g., Sá, 1994: 100-102).

Em suma, pese embora o princípio da separação de poderes não tenha sido totalmente aniquilado pelos Estados sociais e democráticos, como sucedeu na experiência socialista da URSS ⁽²⁶⁾, a verdade foi que também esses Estados o esbateram e transformaram enormemente ⁽²⁷⁾.

5. Estado de direito

Todavia, a realidade descrita influiu também fortemente na abordagem do próprio princípio do Estado de direito.

⁽²⁶⁾ O constitucionalismo soviético radicalizou os fundamentos que presidiram à progressiva degradação do princípio da separação de poderes nos Estados sociais e democráticos de direito. Assim, ali, todo o poder pertencia exclusivamente aos Sovietes, enquanto únicos órgãos do Estado representativos do povo (princípio do governo de assembleia). Porém, com vista à diluição dos poderes públicos na sociedade e à ampliação da participação dos cidadãos no seu controlo e exercício, os Sovietes encontravam-se piramidalmente estruturados (locais, regionais, centrais, Supremo). Desse modo, os poderes do Estado estavam repartidos verticalmente pelos Sovietes de cada circunscrição geográfica. Nas correspondentes circunscrições, os Sovietes detinham toda a competência legislativa (não sendo, por isso, conhecida a distinção entre lei em sentido formal e em sentido material). A eles estava subordinada a administração. E também os juízes eram eleitos por essas assembleias ou, nalguns casos, por sufrágio directo, sendo de todo o modo coadjuvados por «assessores populares» e, por vezes, também por «assessores sociais», igualmente eleitos. Acresce que os Sovietes estavam obrigados a conjugar as suas actividades com inúmeras entidades não estaduais (colectivos de trabalho, sindicatos, cooperativas, organizações juvenis), as quais detinham avultados poderes de fiscalização e participação na administração dos assuntos do Estado e da sociedade (cfr., v.g., arts. 7º e 8º da Constituição da URSS de 1977), estando igualmente os deputados, cujos mandatos eram revogáveis pelos eleitores, obrigados a prestar regularmente contas das funções que desempenhavam no respectivo Soviete e do trabalho deste, quer perante os eleitores, quer perante os colectivos que tivessem promovido as correspondentes candidaturas. Todavia, como se disse, jamais as constituições soviéticas deixaram de conceder ao Partido Comunista o papel de «força dirigente e orientadora da sociedade soviética, o núcleo do seu sistema político e de todas as organizações estatais e sociais» (art. 6º da Constituição da URSS de 1977), duplicando a sua organização toda a estrutura do Estado. Assim, nunca na URSS deixou de vigorar um regime de partido único, sendo avassalador o domínio unívoco daquele partido quer sobre o sistema político, quer, afinal, sobre todas as dimensões da sociedade.

⁽²⁷⁾ Aliás, na sua versão originária, a CRP apenas aludia à separação de poderes em sede de organização do poder político (cfr. art. 114º, nº 1, que corresponde ao actual art. 111º, nº 1). Só na quarta revisão constitucional (Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro) a «separação e independência dos poderes do Estado» foi incluída no art. 2º da CRP, isto é, no âmbito dos princípios fundamentais.

É certo que este princípio manteve o seu postulado originário, de subordinação do Estado ao império da lei, com vista a garantir a racionalização do Estado e a segurança das pessoas.

Contudo, passou a implicar também, desde logo, a obrigação de o Estado, através do direito, racionalizar a dimensão económica da sociedade e implementar o bem-estar do povo e a justiça social, designadamente restringindo o conteúdo e as consequências do direito de propriedade privada e das demais liberdades económicas e concedendo as condições materiais necessárias ao desenvolvimento e à realização do homem. O Estado e o direito passaram, portanto, a estar vinculados a uma *função social*, tornando-se instrumentais, ao menos tendencialmente, daqueles desideratos.

Com efeito, no Estado social, como salientam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2006: 107), «[a] ideia de separação entre Estado e sociedade é recusada e em seu lugar é afirmada a missão estadual de transformação da sociedade num sentido mais justo (...)». Por isso, aliás, as respectivas Constituições, tal como as soviéticas, eram em certa medida documentos programáticos. Foi, de resto, significativa, nesse enquadramento, a formulação do princípio do não retrocesso social, segundo o qual deve considerar-se constitucionalmente garantido e, portanto, irreversível, no mínimo, o núcleo essencial dos direitos sociais já concretizado ⁽²⁸⁾. Em suma, a validade das leis passou, em elevado grau, a depender da sua afectação à prossecução dos referidos objectivos.

Mas, concomitantemente, a validade das normas jurídicas passou também a estar condicionada não só à democraticidade da respectiva produção como à sua própria *função democrática*. Efectivamente, como sai precípua do que se disse, ao princípio do Estado de direito

⁽²⁸⁾ Sobre o princípio da proibição do retrocesso social, *vd.*, v.g., Canorilho, 2003: 338-340.

tornou-se inerente a necessidade de legitimação permanente do exercício dos poderes. E isso pressupôs tanto a inevitabilidade de as leis serem democraticamente produzidas quanto a necessidade de as mesmas contribuírem para o aprofundamento da democracia. Aliás, nesse enquadramento, a versão originária da CRP absteve-se mesmo de utilizar a expressão Estado de direito, tendo antes introduzido o conceito de «legalidade democrática» ⁽²⁹⁾.

Assim, visando agora a concretização progressiva da igualdade entre os cidadãos, para o que tinha de introduzir ela mesma tratamentos diferenciados ⁽³⁰⁾, ampliar cada vez mais os direitos positivos e os deveres e reforçar a sua dimensão imperativa, bem como resultando e devendo ser o estímulo de um processo democrático amplo e crescente, a lei perdeu em muito quer as suas características liberais originárias de abstracção, generalidade e eventualidade, quer a sua tendencial durabilidade (Díaz, 1989: 28-31) ⁽³¹⁾. Dito de outro modo, a lei adquiriu uma enorme *politicidade*, por isso havendo perdido em grande medida os atributos que possuía no Estado liberal ⁽³²⁾. Ou seja, também neste contexto foi

largamente acolhido o paradigma do «direito em movimento» ⁽³³⁾.

Em suma, o novo Estado de direito assumiu inequivocamente a concretização de um modelo de sociedade, afirmando-se portanto como um Estado de direito *material*.

6. Princípio da dignidade da pessoa humana

De todo o modo, para evitar que o indivíduo pudesse ser aniquilado nesse modelo de sociedade, foi ainda consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto referencial ético e limite inultrapassável do Estado social e democrático de direito.

Na sequência da Carta das Nações Unidas, de 1945 ⁽³⁴⁾, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Lei Fundamental de Bona, de 1949, foi a primeira Constituição a acolher esse princípio, fundamentalmente como reacção ao período nazi.

Esse seu código genético evidencia sem dúvida que o princípio da dignidade da pessoa humana foi referenciado, *prima facie*, ao indivíduo, enquanto

⁽²⁹⁾ Cfr. art. 3º, nº 4, da versão originária da CRP. Foram, aliás, elucidativas as declarações de voto do PPD e do PS, produzidas aquando da aprovação dessa norma. Com efeito, o primeiro deles, representado por Mota Pinto, salientou que, com o conceito de «legalidade democrática», não se indica apenas o «mecanismo de elaboração da lei; introduz-se uma exigência relativa ao próprio conteúdo da lei. Introduce-se obviamente na legalidade produzida pelos detentores do poder um decisivo elemento crítico com vista a neutralizar o absolutismo da lei». Já o deputado Manuel Alegre, em representação do PS, referiu que a expressão «legalidade democrática» «tem um conteúdo mais preciso e mais concreto e cujo respeito é condição fundamental para que se possa construir no nosso país, no quadro de uma sociedade socialista democrática, um verdadeiro Estado de Direito, onde não mais seja possível o arbítrio e onde, também, não mais se invoque um direito abstracto para violar as liberdades concretas dos cidadãos ou para manter, seja sob que forma for, a exploração do homem pelo homem».

⁽³⁰⁾ Nesse contexto, o princípio da igualdade passou a comportar «três dimensões: proibição do arbítrio (*Willkürverbot*), proibição de discriminação e obrigação de diferenciação», sendo certo que esta última «legítima (*rectius*, impõe) ao legislador a adopção de discriminações positivas, destinadas a compensar desigualdades de oportunidades» (Correia, 2008: 358-359).

⁽³¹⁾ Autores há que vão ao ponto de afirmar que «[a] crise do conceito clássico de lei (...) é, em rigor, a crise do Estado de Direito liberal» (Buesco, 1997: 648-649).

⁽³²⁾ Efectivamente, «[c]om o Estado Social, o atributo da politicidade da lei substituiu os atributos da generalidade e da

abstracção que marcavam o seu conteúdo no Estado Liberal» (Morais, 2008: 24, acompanhando Paladín).

⁽³³⁾ De todo o modo, foi sobretudo na experiência socialista da URSS que o «direito em movimento» substituiu o paradigma liberal do direito estável, duradouro, conservador (Sarotte, 1975: 281). Aí, foi radicalmente assumida a instrumentalidade do Estado e do direito com vista à construção do socialismo e do comunismo. Assim, o princípio do Estado de direito foi substituído pelo princípio da «legalidade socialista», à luz do qual a legalidade deixou de ser perspectivada enquanto forma de cristalização do *statu quo*, tendo passado a sê-lo como instrumento de transformação da sociedade, cumprindo assim que em cada momento fossem aprovadas as leis mais adequadas à prossecução daqueles desideratos. Justamente por isso, as constituições soviéticas desempenhavam antes de mais uma função de balanço das etapas já percorridas e de programa das metas a atingir (Miranda, 2003: 191). Desse modo, as leis apenas adquiriam legitimação e se impunham por virtude da sua *materialidade* socialista, e não por serem formalmente leis. Ademais, dado que todas as leis possuíam primordialmente uma *função social*, não só tinham sempre carácter imperativo, como eram obrigatórias quer para a administração, quer para os cidadãos. Porém, apesar de o princípio da «legalidade socialista» nunca ter deixado de ser um «método dinâmico de construção do socialismo», a partir de Krutchev passou a ser «oficialmente entendido como comportando uma componente de garantia dos direitos dos cidadãos», e assim foi recebido na Constituição de 1977 (Novais, 1985: 192).

⁽³⁴⁾ Cfr. Preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

ser «dotado de razão e consciência» ⁽³⁵⁾. Deste modo, o Estado social e democrático de direito foi em grande medida subordinado ao dever de respeito pelo «indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual» (Canotilho, 2003: 225).

No entanto, tomando de empréstimo as palavras lapidares de Reis Novais (2004: 34), importa ter-se presente que «a dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito não é mais a do individualismo possessivo (...). A representação constitucional do homem enquanto pessoa, cidadão e trabalhador, a desvalorização relativa da propriedade e iniciativa económica privada, a visão universalista dos direitos, a tónica na criação de condições de uma igualdade real ou o carácter profundamente social das tarefas fundamentais atribuídas ao Estado mostram que a dignidade da pessoa humana (...) é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos».

7. Direitos fundamentais

Como decorre do que vimos dizendo, a evolução descrita implicou uma diferente abordagem dos direitos fundamentais, face à sua conformação liberal.

Desde logo, como adiantámos de início, com vista a incrementarem o bem-estar do povo e a justiça social, os Estados económico-sociais procederam à *fundamentalização* dos já referidos direitos sociais. E, nalguns casos, chegaram mesmo a *constitucionalizar políticas sociais* destinadas à

efectivação desses direitos ⁽³⁶⁾, à semelhança do que fez o constitucionalismo soviético ⁽³⁷⁾. Pretendeu-se, assim, conjugar com a «igualdade jurídica» abstracta a «igualdade social» concreta (Miranda, 2006: 49-50).

Por isso, aliás, os direitos sociais foram em muito afectados aos trabalhadores, bem como a outros grupos mais fragilizados (mulheres, crianças, etc.). O que, como vimos, implicou em grande medida a assunção de tratamentos diferenciados pelo direito. Ou seja, inclusive no plano constitucional, o homem passou a ser tratado não apenas enquanto indivíduo abstracto, mas também como ser social, que se encontra condicionado pelos grupos e relações sociais que o envolvem.

Acresce que as Constituições do Estado social e democrático de direito, tal como fizeram as soviéticas, ampliaram extraordinariamente os direitos de participação dos cidadãos. Bem como concederam estes direitos aos partidos políticos, sindicatos e outras entidades colectivas ⁽³⁸⁾.

Concomitantemente, rejeitando a perspectiva liberal do indivíduo pré-social e visando em grande medida comprimir o direito de propriedade privada e as liberdades económicas em geral, os

⁽³⁶⁾ Cfr., v.g., art. 64º da versão originária da CRP:

«1. Todos têm direito à saúde (...).

2. O direito à saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito (...).

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

.....».

⁽³⁷⁾ Veja-se, por exemplo, o art. 119º da Constituição soviética de 1936:

«1. Os cidadãos da U.R.S.S. têm direito ao repouso.

2. O direito ao repouso é assegurado mediante a instituição, em benefício dos operários e empregados, do dia de trabalho de sete horas e da sua redução a seis horas em algumas profissões com difíceis condições de trabalho e a quatro horas nos estabelecimentos nos quais elas sejam particularmente penosas; mediante a instituição de férias anuais pagas, em benefício dos operários e empregados; e, além disso, mediante uma vasta rede de sanatórios, casas de repouso e clubes postos à disposição dos trabalhadores».

⁽³⁸⁾ Uma vez mais foi paradigmática a Constituição alemã de Weimar, a qual, entre outros direitos de participação, *fundamentalizou* pela primeira vez a liberdade de organização sindical e a «*cogestão*», ou seja, a intervenção dos trabalhadores na gestão das empresas privadas (Nunes, 2008: 52).

⁽³⁵⁾ Cfr. art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse sentido, *vd.* Miranda, 2000: 183.

Estados económico-sociais procederam à *fundamentalização* de deveres para com o Estado, a sociedade e os demais cidadãos, não só autonomamente mas sobretudo associados a direitos fundamentais, *maxime* aos novos direitos sociais ⁽³⁹⁾. Isto é, limitaram em elevado grau a autonomia do indivíduo egoísta e responsabilizaram os cidadãos pelos interesses comunitários.

Mas a evolução descrita foi de tal modo profunda, que determinou mesmo uma nova abordagem aos próprios direitos fundamentais de liberdade oriundos do liberalismo. Para além de outros aspectos, destacou-se o tratamento da liberdade não apenas como «liberdade-autonomia» mas também como «liberdade-participação» (Miranda, 2000: 31), o abandono do «conceito de *liberdades abstractas* em favor do conceito de *liberdades concretas*» (Andrade, 2007: 62), a extensão desses direitos a entidades colectivas, designadamente partidos políticos, sindicatos e outras associações, e a enorme «vinculação social» (Novais, 2004: 33) e democrática dos mesmos ⁽⁴⁰⁾.

Ademais, o «processo de socialização» descrito levou mesmo à extensão da força jurídica dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas (*v.g.*, Crie, 2005: 13-19). Com efeito, ao menos tendencialmente, passou «a estender-se a *obrigatoriedade dos direitos fundamentais às relações entre privados*, sobretudo em situações de poder social, contando agora com o Estado para

proteger os direitos de cada um perante as ofensas provenientes da actuação de outros particulares» (Andrade, 2007: 62).

Em suma, não se tratou apenas, como muitas vezes é dito, do aparecimento de novas gerações de direitos fundamentais, *maxime* dos direitos sociais ⁽⁴¹⁾. A consagração de direitos sociais e, mais tarde, de direitos de solidariedade, a extraordinária ampliação dos direitos de

⁽⁴¹⁾ De resto, «[a] ideia de *generatividade geracional* também não é totalmente correcta: os direitos são de todas as gerações». Por isso, grande parte dos autores prefere falar de «dimensões de direitos do homem» (Canotilho, 2003: 386-387). Ainda assim, como alertam com toda a propriedade alguns outros, «a doutrina continua incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais (...). O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões (...). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais. Veja-se, a título de exemplo, o direito a propriedade: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), a propriedade tem seu sentido tradicional, de natureza essencialmente privada (...); já na sua acepção social (segunda dimensão), esse mesmo direito passa a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade fica associada a ideia de função social (...); por fim, com a terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma função social, mas também uma função ambiental. A mesma análise pode ser feita com os direitos sociais, como por exemplo, o direito a saúde. Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos, etc) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial (...). Como se observa, a teoria da dimensão dos direitos fundamentais, vista com essa nova roupagem, possui implicações práticas relevantes, já que obriga que se faça uma abordagem de um dado direito fundamental, mesmo aqueles ditos de primeira dimensão, através de uma visão sempre evoluída, acompanhando o desenvolvimento histórico desses direitos» (Lima).

⁽³⁹⁾ Cfr., *v.g.*, art. 64º, nº 1, da versão originária da CRP: «Todos têm direito à saúde e o dever de a defender e promover». Sobre a distinção entre «deveres fundamentais *autónomos*» e «deveres fundamentais *associados a direitos*», *vd.* Andrade, 2007: 159-170. Como esclarece aí o autor citado, são sobretudo os segundos que resultam do «processo de socialização», já que os «deveres fundamentais *autónomos*» não eram estranhos às constituições liberais.

⁽⁴⁰⁾ Em face do enorme relevo conferido ao princípio democrático, a democracia passou mesmo a ser considerada não só como garantia dos direitos fundamentais mas inclusive como conformadora do conteúdo e do exercício desses direitos. Assim, perante o consequente desenvolvimento da «*teoria democrática-funcional*» dos direitos fundamentais (*v.g.*, Canotilho, 2004: 33-34), tornou-se devido encarar tais direitos, ou pelo menos muitos deles, como «*funções de democracia*» (Andrade, 2007:56).

participação, a profunda reformulação dos direitos de liberdade, a extensão da força jurídica de todos eles às relações públicas e privadas, a vinculação social e democrática desses direitos ou a *fundamentalização* de deveres correspectivos operaram-se correlacionadamente, no contexto de uma nova perspectiva sobre o homem, a sociedade e o Estado.

8. Estado social e democrático de direito

Pode, assim, dizer-se que, ao menos tendencialmente, Estado (económico-)social, Estado democrático e Estado de direito passaram a ser uma só e incindível realidade. Com efeito, o princípio social, por permitir a tendencial igualdade entre todos, prefigurou-se como pressuposto essencial de uma concepção de democracia que, no dizer de Thomas Humphrey Marshall, devia traduzir-se na existência de um só *status* – o *status* de cidadão (Maravall, 1995: 174). De facto, nesta perspectiva, como diz José Gil (2005: 41), «[a] cidadania política (...) não se concebe sem os direitos sociais (...)». Mas, a par, esta realidade implicou uma vastíssima intervenção do Estado na sociedade, o que, por sua vez, exigia não só a eleição dos titulares dos cargos políticos pela generalidade do povo como também o permanente controlo popular e, mesmo, a participação alargada dos cidadãos no exercício dos poderes públicos e, até, privados. Contudo, pese embora também ao serviço desse modelo de sociedade, lá estava o princípio do Estado de direito para assegurar a racionalização do Estado, conformar a intervenção deste na sociedade e garantir os direitos do homem, designadamente protegendo o indivíduo, não obstante um indivíduo «socialmente vinculado», face à vontade das maiorias. Protecção esta reforçada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Não espanta, assim, que a Constituição espanhola de 1978, aprovada no ponto culminante da evolução descrita, haja assumido expressamente, no seu art.

1º, nº 1, que a Espanha é «um Estado social e democrático de Direito (...)».

9. Notas finais

Pese embora toda a evolução referida, as sociedades ocidentais jamais perderam a sua natureza eminentemente capitalista. Por isso, em muitos e relevantíssimos aspectos as alterações descritas mostraram-se bem mais programáticas do que efectivas. O que se mostrou tão mais decepcionante quanto é certo que, ao contrário do liberalismo, o modelo do Estado social e democrático de direito não se anunciou como uma solução *fim-de-história*, mas antes como um projecto evolutivo, a desenvolver em crescendo.

Todavia, essa constatação não é bastante para permitir que se esqueça ou faça esquecer que o Estado social e democrático de direito superou em muito o modelo liberal. Dizer-se, como bastas vezes se afirma, que aquele mais não foi do que o prolongamento do Estado liberal, ao qual apenas acrescentou alguns elementos correctores do liberalismo, fundamentalmente os direitos sociais, é uma falsidade histórica, uma incorrecção jurídica e um embuste ideológico.

De facto, o Estado social e democrático de direito representou uma categoria nova e superior face ao modelo liberal. É claro que manteve relevantíssimos componentes legados pelo liberalismo. Porém, igualmente revelou uma enorme aproximação às experiências socialistas.

De tal modo esta última realidade se evidenciou que, relativamente ao sistema económico, inúmeros autores começaram mesmo a falar de uma «*convergência* dos dois sistemas» ou de um «sistema misto» (Nunes, 1991: 208-253). E, no que concerne ao sistema político, ainda hoje não falta quem aluda à «sovietização da democracia» nos países do Ocidente (Otero, 2001: 154-157).

O que tudo bem se compreenderá se se assumir, como é devido, que o Estado social e democrático de direito se traduziu em grande medida na implementação do projecto social-democrata, isto é, de um projecto que visava a evolução para o socialismo e, mesmo, longinquamente, para o comunismo, por via reformista e democrática ⁽⁴²⁾. Ou, dito de outro modo, de um projecto evolutivo de democracia económica, social, cultural e política. Tendo, por isso, facultado e, mesmo, potenciado a permanente confrontação de interesses sociais e políticos antagónicos, fundamentalmente entre o trabalho, fortalecido, justamente, pelo enquadramento descrito, e o capital, a partir da qual iam surgindo sucessivos compromissos históricos.

Mas ainda que queira obnubilar-se este substrato ideológico, não poderá, no mínimo, deixar de aceitar-se que a intervenção do Estado na actividade económica, nomeadamente por via da formação de um sector público empresarial fortíssimo, que não se cingiu à subsidiariedade, gerou três décadas consecutivas de extraordinário crescimento económico, sem crises de relevo, com pleno emprego, bem como desenvolveu enormemente a igualdade social entre os cidadãos (*v.g.*, Maravall, 1995: 173 e segs. / gráficos finais). E, concomitantemente, proporcionou condições para o desenvolvimento significativo da democracia política, da democracia participativa e da cidadania em geral.

⁽⁴²⁾ O emblemático art. 2º da versão originária da CRP limitava-se, afinal, eventualmente em termos mais arrojados, ou porventura apenas mais explícitos, a afirmar o programa social-democrata. Com efeito, de acordo com essa norma, «[a] República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democrática, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras». Ora, isso foi tudo o que preconizou a social-democracia: evolução progressiva para o socialismo, num quadro de liberdade e democracia pluralista.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito Económico*, II, Lisboa, AAFDL, 1979.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Democracia Cristã*, in *Polis*, II, São Paulo/Lisboa, Verbo, 1984.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- AYALA, Andoni Pérez, *Los orígenes del Constitucionalismo Social. Una aproximación desde una perspectiva histórico-comparativa*, in *El constitucionalismo, en la crisis del Estado social*, coordenado por Miguel Ángel García Herrera, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997.
- BUESCO, Juan Cano, *Insuficiencias del procedimiento legislativo en el Estado social*, in *El constitucionalismo, en la crisis del Estado social*, coordenado por Miguel Ángel García Herrera, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997.
- CALDEIRA, Reinaldo, e SILVA, Maria do Céu, *Constituição Política da república Portuguesa 1976 – Projectos votações e posição dos partidos*, Amadora, Bertrand, 1976.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, “Brançosos” e Interconstitucionalidade, *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *O Círculo e a Linha, Da «Liberdade dos Antigos» à «Liberdade dos Modernos» na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais*, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CANTARO, Antonio, *El declive de la «constitución económica del Estado social»*, in *El constitucionalismo, en la crisis del Estado social*, coordenado por Miguel Ángel García Herrera, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997.

- CORREIA, Fernando Alves, A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137º, Nº 3951, Julho-Agosto 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac, A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais, Coimbra, Almedina, 2005.
- CUNHA, Paulo Ferreira da Cunha, Direito Constitucional Anotado, Lisboa, Quid Juris, 2008.
- DÍAZ, José Ramón Cossio, Estado Social y Derechos de Prestacion, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- DOGLIANI, Mario, Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social, *in* El constitucionalismo, en la crisis del Estado social, coordinado por Miguel Ángel García Herrera, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997.
- ELLEINSTEIN, Jean, História da U.R.S.S., II, O Socialismo num só País (1922-1937), Mem Martins, Europa-América, 1976.
- FONTES, José, A Fiscalização Parlamentar do Sistema de Justiça, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- GIL, José, Portugal, Hoje – O Medo de Existir, 8ª reimpressão, Lisboa, Relógio D'Água, 2005.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, Manual de Direito Constitucional, I, 2ª ed. revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2007.
- GRAMSCI, Antonio, Obras Escolhidas, I, Lisboa, Estampa, 1974.
- GUEDES, Armando M. Marques, Ideologias e Sistemas Políticos, Lisboa, Instituto de Altos Estudos Militares, 1978.
- HABERMAS, Jürgen, A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2002.
- JOÃO XXIII, Encíclica *Mater et Magistra*, de 1961, disponível na Internet, *in* http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html, consultado no dia 3 de Novembro de 2010.
- LEQUIM, Yves, As Hierarquias da Riqueza e do Poder, *in* História Económica e Social do Mundo, dirigida por LÉON, Pierre, vol. IV, tomo I, A Dominação do Capitalismo, 1840-1914, Lisboa, Sá da Costa, 1983.
- LIMA, George Marmelstein, Crítica à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos D. Fund., <http://www.georgemlima.xpg.com.br/geracoes.pdf>, consultado no dia 11 de Novembro de 2010.
- MARAVALL, José María, Los resultados de la democracia, Madrid, Alianza, 1995.
- MARX, Karl, Para a Questão Judaica (tradução e notas de José Barata-Moura), Lisboa, Avante, 1997.
- MARX, Karl, Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844, Lisboa, Avante, 1994.
- MIRANDA, Jorge, Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais, São João do Estoril, Principia, 2006.
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, I, Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, IV, Direitos Fundamentais, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, VII, Estrutura Constitucional da Democracia, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- MORAIS, Carlos Blanco de, Curso de Direito Constitucional, I, A Lei e os Actos Normativos no Ordenamento Jurídico Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- MOREIRA, Vital, Economia e Constituição – Para o Conceito de Constituição Económica, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1979.
- NABAIS, José Casalta, Direito Fiscal, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

- NAÏR, Sami, e MORIN, Edgar, Uma Política de Civilização, Lisboa, Piaget, 1997.

- NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis Novais, Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito, Lisboa, 1985, Tese disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

- NOVAIS, Jorge Reis, Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- NUNES, António José Avelãs, O Estado Capitalista. Mudar para Permanecer Igual a si Próprio, *in* Constituição e Estado Social. Os Obstáculos à Concretização da Constituição, organização de NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira, e outros, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

- NUNES, António José Avelãs, Os Sistemas Económicos, Coimbra, Separata do Boletim de Ciências Económicas, XVI, 1991.

- OTERO, Paulo, A Democracia Totalitária, Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária, A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI, São João do Estoril, Principia, 2001.

- PIÇARRA, Nuno, A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional, Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

- SÁ, Luís, Eleições e Igualdade de Oportunidades, Lisboa, Caminho, 1992.

- SÁ, Luís, O Lugar da Assembleia da República no Sistema Político, Lisboa, Caminho, 1994.

- SAROTTE, Georges, O Materialismo Histórico no Estudo do Direito, 2ª ed., Lisboa, Estampa, 1975.

- SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de, Direito Administrativo Geral, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais, 2ª ed., Lisboa, Dom Quixote, 2006.

- TAIPAS, José Antonio Pérez, Del Bienestar a la Justicia. Aportaciones para una Ciudadanía Intercultural, Madrid, Trotta, 2007.

- TORRES, José Veiga, Introdução à História Económica e Social da Europa, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1995.



OS NOVOS DIREITOS DE AUTOR EM FACE DOS NOVOS MEDIA

JOÃO ADEMAR
DE ANDRADE LIMA

Professor, pesquisador e consultor
em Direito de Propriedade Intelectual.

JOAQUIM JOSÉ
JACINTO ESCOLA

Doutorado em Educação. Professor
UTAD e GFE-U-Porto.

VERÔNICA ALMEIDA
DE OLIVEIRA LIMA

Professora da Universidade
Estadual da Paraíba, Brasil

SUMÁRIO:

A presente comunicação parte da perspectiva de aproximação das novas aplicações do direito de autor aos novos media, com suporte filosófico fortemente embasado pelos chamados movimentos “open”, empregados em práticas culturais de diversos agentes, com bastante difusão nas Américas e na Europa. Seu escopo é, pois, a importância de se lançar um novo olhar a uma prática empiricamente já observada em diversos processos de geração da informação, qual seja a de se revisitar os direitos de autor clássicos com as modificações advindas das novas Tecnologias da Informação e Comunicação, teorizando os apontamentos às próprias regras de licenciamento flexível de direitos de autor – a exemplo do Creative Commons –, e visando à geração de uma diferente propositura, cuja diretiva se coaduna à flexibilidade de uso das criações autorais e todas as demais experiências oriundas da chamada “cibercultura”. Sua base de referência se norteia em obras na área de Novas TICs, Cultura do Remix, Open Science, Open Research, Open Innovation, Direito de Autor e Novos Media, Creative Commons, Produção Colaborativa etc..

OS NOVOS DIREITOS DE AUTOR EM FACE DOS NOVOS MEDIA

JOÃO ADEMAR
DE ANDRADE

Professor, pesquisador e consultor
em Direito de Propriedade Intelectual.

JOAQUIM JOSÉ
JACINTO ESCOLA

Doutorado em Educação. Professor
UTAD e GFE-U-Porto.

VERÔNICA ALMEIDA
DE OLIVEIRA LIMA

Professora da Universidade
Estadual da Paraíba, Brasil

Palavras-chaves: Direitos de Autor; Cultura do Remix; Ciberultura; Novos Media

1. Internet, Sociedade (Bit) da Informação/do Conhecimento e Ciberultura

A história da Internet remete, necessariamente, à relação homem *versus* máquina, sobretudo à relação homem *versus* computador, elemento caracterizador da chamada “Nova Era”. Inseri-la no contexto histórico, mais que contemporâneo é, fundamentalmente, enquadrá-la no ápice de todo um recorte evolutivo, com progressão exponencial – “virtualizada”, na filosofia de Pierre Lévy (1996) –, marcada por uma sucessão de inovações cujo fim sequer se ousa imaginar, quiçá mensurar, prever, cogitar.

O crescente ritmo de evolução de tecnologias em novos sistemas de comunicação é uma das marcas características de nossa época. Enquanto foram precisos três séculos após a invenção da prensa para o jornal surgir como significativo meio de comunicação, passaram-se somente trinta e três anos (de 1888 a 1921) entre a descoberta por Hertz das ondas de rádio e o início de transmissões regulares de radiodifusão nos Estados Unidos. Analogamente, embora o primeiro computador eletrônico fosse construído em 1946 (baseado na tecnologia da válvula eletrônica), o *microchip*, que é

um componente indispensável dos pequenos porém possantes computadores de hoje, não se achava disponível antes de 1971 (quando foi inventado por Marcian Hoff Jr.). Agora bem conhecido, o *desktop* ou computador “pessoal” pode ser um componente fundamental de pelo menos alguns dos sistemas de comunicação do futuro. O grau com que o ritmo de evolução se acelerou pode ser ainda mais ressaltado ao notarmos que a comercialização em massa de computadores pessoais não começou antes de 1975! (Defleur & Ball-Rokeach, 1993:348).

Dessa forma, a sociedade, sobretudo no último quartel do século passado, foi marcada como a “Sociedade da Informação”, situação baseada na disseminação dos vários veículos de comunicação e informação surgidos.

O cerne da sociedade da informação liga-se às questões que envolvem o acesso, armazenamento e tratamento da informação. A evolução tecnológica, particularmente centrada no progresso dos meios informáticos, trouxe possibilidades verdadeiramente inimagináveis até há algumas décadas. De qualquer ponto do globo, com a *world wide web* cruzamos o espaço, traçando novíssimas rotas, rasgando novos caminhos marítimos em busca deste novo e admirável mundo (...). (Escola, 2005:343).

Rádio, televisão, satélites de comunicação, fotocopiadoras, videocassetes, videodiscos e, notadamente, o computador, causaram uma verdadeira revolução na comunicação mundial.

A Internet, sequência direta daquele último, surgiu como resultado de uma fusão de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural, na década de 1960. Na sua origem encontra-se a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (*Advanced Research Project Agency*) – ARPA – do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América – EUA –, que atuou com um papel fundamental.

Como ensina Manuel Castells (2003), a ARPA foi formada em 1958, e tinha a missão de mobilizar recursos de pesquisa, principalmente de instituições universitárias, com o objetivo de alcançar um alto padrão de tecnologia militar em relação à então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS.

Quando, em 4 de outubro de 1957, a URSS lançou em órbita terrestre o primeiro satélite artificial, chamado *Sputnik* – concebido para estudar as capacidades de lançamento de cargas úteis para o espaço e para estudar os efeitos da ausência de peso e da radiação sobre os organismos vivos –, os EUA ensejaram a criação da ARPA, com o intuito de estabelecer a liderança daquele país em ciência e tecnologia beligerantes.

Com tal alarme à instituição militar norte-americana de alta tecnologia, a ARPA assumiu várias iniciativas ousadas, algumas que chegaram a resultar grandes mudanças tecnológicas, refletindo no estabelecimento de uma comunicação em rede de grande escala.

Ainda segundo Castells, uma das estratégias nasceu da preocupação da ARPA em manter a viabilidade das telecomunicações em caso de uma guerra nuclear. O objetivo central era interligar centros militares por meio de computadores, de tal sorte que a destruição de um deles não impedisse a sobrevivência dos demais, bem como a de um

centro remoto que, por ventura, estivesse instalado a bordo de uma aeronave em voo. A ideia partiu de Paul Baran na *Rand Corporation*, entre 1960 e 1964 que, com base no conceito de tecnologia de comutação por pacotes, tornou a rede independente de centros de comandos e controle, de modo que as unidades de mensagens encontrariam suas rotas ao longo da rede, sendo remontadas com sentido coerente, em qualquer ponto dela.

Seguindo o caminho traçado, surge, em 1969, a primeira rede de computadores desse tipo, batizada de ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*). Seu nome faz uma homenagem a sua patrocinadora, a ARPA. A ARPANET foi aberta inicialmente para os centros de pesquisa, que cooperavam com o Departamento de Defesa dos EUA, porém, os cientistas começaram a utilizá-la para todos os tipos de comunicações. Seus primeiros nós – ou pontos – estavam interligados entre *University of California*, *Stanford Research Institute* e *University of Utah*.

A ARPANET era, a princípio, um pequeno programa que surgiu em um dos departamentos da ARPA, o IPTO (*Information Processing Techniques Office*), fundado em 1962. O objetivo desse departamento era estimular a pesquisa em computação interativa.

Para montar uma rede interativa de computadores, o IPTO valeu-se de uma tecnologia revolucionária de transmissão de telecomunicações, a comutação por pacote, desenvolvida independentemente por Paul Baran na *Rand Corporation* (um centro de pesquisa californiano que frequentemente trabalhava para o Pentágono) e por Donald Davis no *British National Physical Laboratory*. O projeto de Baran de uma rede de comunicação descentralizada, flexível, foi uma proposta que a *Rand Corporation* fez ao Departamento de Defesa para a construção de um sistema militar de comunicações capaz de

sobreviver a um ataque nuclear, embora esse nunca tenha sido o objetivo por trás do desenvolvimento da ARPANET. (Castells, 2003:14).

Porém, com a dificuldade em distinguir pesquisas voltadas para fins militares e outros conteúdos, foi permitido o acesso à rede de cientistas de todas as disciplinas e, em 1983, houve a divisão entre a ARPANET, dedicada a fins científicos, e a MILNET, orientada diretamente às aplicações militares. Outras redes foram formadas nesse período, porém, todas elas usavam a ARPANET como espinha dorsal do sistema de comunicação, rebatizada, mais à frente, de ARPA-INTERNET, o que gerou a forma pela qual ela é conhecida hoje: Internet. Nesse período o sistema ainda era sustentado pelo Departamento de Defesa dos EUA e operado pela *National Science Foundation*, que, na década de 1980, se envolveu na criação de uma rede científica chamada CSNET e uma outra rede para acadêmicos não científicos, a BITNET, ambas ligadas a ARPANET.

Em 28 de fevereiro de 1990, após mais de vinte anos de serviços, a ARPANET encerrou suas atividades e a NSFNET (*National Science Foundation Network*) assumiu o posto de espinha dorsal da Internet. A NSFNET ficou no cargo até 1995 quando ficou renunciada a privatização total da rede. Nesse período foram realizadas inúmeras ramificações e, a partir de então, não existiam mais autoridades supervisoras.

Desde que a Internet se desvinculou do ambiente militar, a tecnologia de redes de computadores caiu no domínio público. Esse ambiente, juntamente com as telecomunicações que se encontravam desreguladas, forçou a *National Science Foundation* a encaminhar a Internet à privatização.

Urge pontuar que a privatização total da Internet não aconteceu de uma hora para outra. Durante todo o seu desenvolvimento foram criados diversas instituições e mecanismos que assumiram algumas responsabilidades informais

pela coordenação das configurações técnicas e pelo agenciamento de contratos de atribuição de endereços na Internet.

Na sequência, tem-se a criação, pelo inglês Timothy John Berners-Lee, do WWW (*World Wide Web*), aplicativo responsável pela facilitação do acesso à rede, impulsionador fundamental para a popularização dos mecanismos da Internet, já que, até a década de 1990, o usuário teria que possuir conhecimento dos comandos em *Unix*, num ambiente unicamente em forma de texto. A capacidade de transmissão de gráficos ainda era bastante limitada e a localização e recebimentos de informações também eram consideravelmente difíceis.

A WWW passou a organizar o teor dos sítios da Internet por informação e não por localização, como acontecia anteriormente.

Para os documentos na *web* foi criado um formato em hipertexto ao qual deu-se o nome de Linguagem de Marcação em Hipertexto – HTML (*Hypertext Markup Language*). Esse formato foi criado para dar mais flexibilidade à rede e para que os computadores pudessem adaptar suas linguagens específicas dentro desse formato compartilhado. O hipertexto contribuiu com um avanço paralelo à Internet, proporcionando uma revolução na escrita, criando uma nova maneira de ler, escrever, organizar e divulgar uma informação.

Se tomarmos a palavra “texto” em seu sentido mais amplo (que não exclui nem sons nem imagens), os hiperdocumentos também podem ser chamados de hipertextos. A abordagem mais simples do hipertexto é descrevê-lo, em oposição a um texto linear, como um texto estruturado em rede. O hipertexto é constituído por nós (os elementos de informação, parágrafos, páginas, imagens, sequências musicais etc.) e por *links* entre esses nós, referências, notas, ponteiros, “botões” indicando a passagem de um nó a outro. (Lévy, 1999:55).

Essa formatação foi acrescentada ao protocolo de transmissão padrão de comunicação entre computadores – TCP/IP. Esse protocolo foi responsável por fazer com que os computadores ficassem capacitados para se comunicar com outros. Sendo assim, a criação do TCP/IP fez com que se tornasse viável a comunicação de todos os tipos de redes.

Outras contribuições tecnológicas foram proporcionadas para garantir o funcionamento da WWW de maneira viável. Essas inserções facilitaram o acesso de pessoas que não tinham conhecimento em comandos de programação. Assim, reforça Castells, tecnologias tais como o TCP/IP, que garantiu a viabilidade da comunicação de todas as redes, o HTML, que adaptou uma linguagem específica, podendo ser compartilhada, e o HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*), que garantiu a transferência orientada de hipertextos, permitiram sobremaneira a viabilidade da Internet como um importante instrumento de comunicação midiática, o fio condutor dessa comunicação que cruza oceanos, conectando qualquer ser humano, ligado à rede, a qualquer ponto, em uma esfera geográfica incrível. É essa uma das características que confere à Internet o papel de grande colaboradora da revolução que a informação vive na atualidade.

Estamos, sem dúvida, entrando numa revolução da informação e da comunicação sem precedentes que vem sendo chamada de revolução digital. O aspecto mais espetacular da era digital está no poder dos dígitos para tratar toda informação, som, imagem, vídeo, texto, programas informáticos, com a mesma linguagem universal, uma espécie de esperanto das máquinas. (Santaella, 2000:52).

Em Portugal, a Internet tem seu processo de comercialização de ligações iniciado em 1990, por intermédio da PUUG (*Portuguese Unix Users Group*). Em 1996, já existiam 10 entidades licenciadas para prestação de “Serviços de Telecomunicações Complementares Fixos”, entre

os quais se enquadra o acesso à rede mundial de computadores – Telepac, Comnexo, SIBS, AT&T, TSVA, France Telecom, Sprint Portugal, Compensa, IP Global e TID.

A partir de então, o crescimento da *web* local – e global – saltou aos olhos e, com toda essa (re)evolução, os novos media e seus aparatos cada vez mais sofisticados – computadores portáteis, telemóveis, *tablets* etc. –, a reboque das inúmeras novas possibilidades de produção, difusão e comercialização de conteúdo intelectual, uma gama igualmente revolucionária de novos questionamentos passam a ganhar corpo em discussões sociológicas, tecnológicas e legais, vitais à assunção do bem estar sócio-jurídico conclamado por todos, afinal, como bem alude Reginaldo Almeida (2004:173), em sua significativa digressão sobre a Sociedade Bit, “[...] se o homem cria, age e desenvolve num meio altamente tecnológico todo o Direito que produz tem de acompanhar essa cultura”.

Das várias novas narrativas, mormente sob o viés filosófico, extrai-se os construtos conceituais acerca do que nomeadamente se tem por “Sociedade da Informação”, “Sociedade Bit” e “Sociedade do Conhecimento”, cujas definições e diferenças situam-se condição *sine qua non* à assunção do arcabouço teórico que suporta esta comunicação, porquanto se faz necessário seus esmiuçamentos.

Nesse sentido, para Sociedade da Informação, toma-se o conceito proposto no próprio “Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal”, para o qual ela:

(...) refere-se a um modo de desenvolvimento social e económico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, na criação de riqueza, na

definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais. A sociedade da informação corresponde, por conseguinte, a uma sociedade cujo funcionamento recorre crescentemente a redes digitais de informação. Esta alteração do domínio da actividade económica e dos factores determinantes do bem-estar social é resultante do desenvolvimento das novas tecnologias da informação, do audiovisual e das comunicações, com as suas importantes ramificações e impactos no trabalho, na educação, na ciência, na saúde, no lazer, nos transportes e no ambiente, entre outras. (Livro Verde, 1997:5).

Tal definição se encontra perfeitamente coadunada aos objetivos básicos que orientam a própria agenda Europeia, sintetizada por Polizelli (2008), a saber:

1. Inserir na era digital e em linha (*on line*) todos os cidadãos, todas as famílias, todas as empresas e todos os órgãos da administração pública;
2. Criar uma Europa instruída digitalmente, fulcrada numa cultura empresarial pronta a financiar e desenvolver novas ideias;
3. Assegurar que todo o processo seja socialmente abrangente, com anuência dos consumidores e coesão social.

Ao termo Sociedade Bit é dada a definição cunhada pelo já citado Reginaldo Almeida (2004), que a situa no entremeio da Sociedade da Informação e da Sociedade do Conhecimento.

A Sociedade da Informação confere conhecimento e a Sociedade do Conhecimento confere competências, promovendo a gestão dos “triviais” recursos humanos, mas sim das pessoas como um todo. Pelo meio está a Sociedade Bit, à qual pertencem todos os que, de uma forma ou de outra, são envolvidos no mundo tecnológico e têm a sua existência orientada por dígitos binários, 0 e 1, sem o saberem disso ou disso terem consciência

quando fazem os mais banais actos da vida social. (Almeida, 2004:11).

Noutro diapasão, encontra-se a definição de Sociedade do Conhecimento, originalmente definida por Peter Drucker e Daniel Bell, na década de 1970, com análoga correspondência ao que hodiernamente temos por Sociedade da Informação, provavelmente pela similitude relacionada à própria gênese temporal, qual seja, no pós sociedade industrial moderna.

Todavia, sob uma atual base conceitual, há de se apontar diferenças entre tais terminologias, qual alhures citação, sendo, pois, a segunda uma construção advinda da primeira, na qual o conhecimento – para além do *know-how* – figura-se como o principal recurso para produção e geração de riqueza à população, daí a importância do capital intangível – *know-why*, elemento chave para a filosofia monopolista da Propriedade Intelectual moderna – em substituição à força de trabalho em si, minimizada, então, em face do nível científico e tecnológico posto à disposição. Assim, Sociedade da Informação é a matéria-prima para a construção da Sociedade do Conhecimento.

Outro conceito fundamental para se construir o ideário aqui proposto é o remetente ao termo “Cibercultura”. Acerca dessa terminologia, impossível não se beber da fonte filosófica de Pierre Lévy (França) e de André Lemos (Brasil).

Segundo Pierre Lévy (1999), a cibercultura apresenta três princípios fundamentais: a interconexão; as comunidades virtuais; e a inteligência coletiva.

O primeiro princípio remete a cibercultura à conexão sempre preferível em relação ao isolamento, isto é, para além de uma física da comunicação, a interconexão constitui a ubiquidade, em um contínuo sem fronteiras. O segundo princípio figura consequência imediata do primeiro, já que o desenvolvimento das chamadas comunidades ou redes virtuais se fulcra exatamente na interconexão, quer por afinidades

de interesses, de conhecimentos, ou por um processo de cooperação ou de troca, à revelia de proximidades geográficas. O terceiro princípio, em remate, é a sua finalidade última, um novo tipo pensamento sustentado pelas próprias conexões sociais, através das quais a chamada “cooperação intelectual”, qual uma criação coletiva de ideias, se faz e se sustenta pela Internet, mormente, pelo ciberespaço.

Deleuze & Guatarri (1995) usam a Metáfora do Rizoma, qual uma divagação filosófica, materializada como uma estrutura que representa o conhecimento. Para eles, segundo o princípio de ruptura “a-significante”, acerca dos “cortes demasiado significantes que separam as estruturas, ou que atravessam uma estrutura”, um rizoma pode romper-se, se quebrado em um lugar qualquer, e, ainda assim, “retoma segundo uma ou outra de suas linhas e segundo outras linhas”. E assim é também o conhecimento, ora fragmentário, ora abruptamente separado, mas invariavelmente revivificado, permanentemente remixado, colaborativamente relido.

André Lemos (2002) acresce aos princípios de Lévy, a ideia de “leis” fundadoras da cibercultura, também um três unidades: a liberação do pólo da emissão, através da qual, na Internet, “pode tudo” e “tem de tudo”; o princípio de conexão em rede, ou seja, a rede está em todos os lugares – qual o conceito de ubiquidade – onde o verdadeiro computador é ela mesma – saindo o “PC” (*personal computer*) e entrando o “CC” (*community computer*); e, por fim, a reconfiguração de formatos midiáticos e das práticas sociais.

Ademais, cunha o próprio Lemos a convergência dos conceitos de Cibercultura e Cultura do Remix. Para ele, o princípio que rege a cibercultura é a “remixagem”, ou seja, um conjunto de práticas sociais e comunicacionais de combinações, colagens, *cut-up* de informação, todas oriundas dos novos media.

Na cibercultura, novos critérios de criação, criatividade e obra emergem consolidando, a partir das últimas décadas do século XX, essa cultura remix. Por remix compreendemos as possibilidades de apropriação, desvios e criação livre (que começam com a música, com os DJ's no *hip hop* e os *Sound Systems*) a partir de outros formatos, modalidades ou tecnologias, potencializados pelas características das ferramentas digitais e pela dinâmica da sociedade contemporânea. Agora o lema da cibercultura é “a informação quer ser livre”. E ela não pode ser considerada uma *commodite* como laranjas ou bananas. Busca-se assim, processos para criar e favorecer “inteligências coletivas” (Lévy) ou “conectivas” (Kerkhove). Essas só são possíveis, de agora em diante, por recombinações. (Lemos, 2005:2).

Seguramente, o principal pensador moderno a lançar tais olhares sobre essa nova ordem cultural dada pelos novos media é o americano Lawrence Lessig, sobretudo com as obras “*Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*” (2004) e “*Remix: making art and commerce thrive in the hybrid economy*” (2008).

É dele as bases para o chamado “Manifesto Remix”, cujos postulados se baseiam em quatro pilares:

1. A cultura sempre se constrói baseada no passado;
2. O passado sempre tenta controlar o futuro;
3. O futuro está se tornando menos livre;
4. Para construir sociedades livres é preciso limitar o controle sobre o passado.

Interessante observar que, ainda que o conceito de Cultura do Remix seja absolutamente recente, tal prática se mostra padrão no próprio “fazer cultura”. Nesse contexto, Newton Duarte (2008:30) ensina que “cada nova geração tem que se apropriar das objetivações resultantes da

atividade das gerações passadas”, lembrando ainda que “a apropriação da significação social de uma objetivação, é um processo de inserção na continuidade da história das gerações”, e cita Marx e Engels, quando dizem que:

Em cada uma das fases da história encontra-se um resultado material, uma soma de formas de produção, uma relação historicamente criada com a natureza e entre os indivíduos, que cada geração transmite à geração seguinte; uma massa de forças produtivas, de capitais e de condições que, embora sendo em parte modificadas pela nova geração, prescreve a esta suas próprias condições de vida e lhe imprime um determinado desenvolvimento, um caráter especial. (Marx e Engels, 1979:56).

É a Cultura do Remix o principal paradigma para as mudanças conceituais no direito de autor clássico, qual raiz antropofágica, tão bem manifestada por Oswald de Andrade, ainda em 1928: “Só me interessa o que não é meu. Lei do homem. Lei do antropófago”.

2. Direito de Autor numa perspectiva clássica e o “Novel” Direito de Autor

De uma maneira geral, classicamente, os autores intelectuais apenas podiam se contentar com a glória advinda de seu talento, que – por sinal – nem sempre era reconhecida, sem a ocorrência, específica, de qualquer menção ao que hoje se entende por direito relativo à autoria. Na Roma antiga, o trabalho artístico era equivalente a qualquer trabalho manual, ainda que tenha sido justamente nesse Império que o direito de autor ganha forma jurídica.

Na Grécia antiga, civilização de alta produção intelectual, o plágio era praticado e reconhecido, mas a única punição era a condenação da opinião pública, ou seja, uma sanção de cunho meramente moral.

De qualquer forma, ainda que parcamente, em sua concepção subjetiva, o direito de autor sempre

existiu, diferentemente do seu reconhecimento patrimonial – de propriedade no sentido estrito – cujo início deu tão só depois da criação da imprensa e da gravura, no século XV, por Gutenberg, a partir da qual as obras nos campos das artes, literatura e ciências passaram a ser exploradas comercial e industrialmente.

Com o invento de Gutenberg, em 1436, livros passaram a ser reproduzidos em série e a custos mais baixos, perdendo importância a figura do copista, e, devido a maior difusão das obras, promoviam-se não apenas as glórias e honras do autor, mas, especialmente, sua reputação. Como consequência, o nome dos autores e as temáticas passavam a agregar valor significativo às obras, ao contrário do trabalho dos que apenas as reproduziam. (Barros, 2007:468).

Os primeiros direitos autorais objetivos formalizaram-se com alguns privilégios, concedidos geralmente por reis, através de requerimentos dos autores, que juntavam ao pedido um exemplar da obra que seria apreciada por conselheiros reais, que a “aprovariam” ou não. Se ela fosse “aprovada”, era fixado um preço para venda e dado ao autor um direito de exploração comercial, por um prazo determinado.

A primeira vez que se tem notícia da utilização do termo *copyright* data de 1701, na *Stationers Company* da Inglaterra, país que, mais tarde, em 1710, editou o reconhecido primeiro texto legal sobre o assunto, chamado *The Statute of Queen Anne*. Os primeiros autores a receberem os referidos privilégios foram o escritor Reginald Wolf, para o conjunto de sua obra, e o professor Jean Palsgrave, por uma gramática da língua francesa.

Vale citar que este sistema de privilégios não reconhecia direitos mas sim, e quando muito, concedia licenças, abrangendo basicamente as obras passíveis de reprodução.

Com a Revolução Francesa, em 1789, o autor intelectual passa a ter o seu verdadeiro direito autoral reconhecido e garantido. Assim, em 13 de

janeiro de 1791 foi criada a Carta dos Direitos de Representação e em 18 de julho de 1793 a regulamentação dos direitos de reprodução, cuja epígrafe a definia como “*Loi relative aux droits de propriete des auteurs d’écrits ex tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*”.

Com a Convenção de Berna, em 1886, ata resultante de uma conferência diplomática sobre direitos de autor, ainda em vigência e com última revisão datada de 1971, com ementas em 1979 – Portugal tornou-se aderente apenas em 1978 –, o direito de autor adquire sua forma definida – sobretudo sua dicotomia entre e os chamados direitos morais e direitos patrimoniais do autor, corroborado por sua natureza jurídica híbrida, de direito pessoal e real – e inicia seu desenvolvimento nas legislações de vários países.

São direitos morais do autor (elemento pessoal de sua natureza jurídica) os atributos – inalienáveis – relacionados à paternidade deste em relação à sua obra; já os direitos patrimoniais (elemento real de sua natureza jurídica) remetem à apropriação, em si, da obra, com a faculdade dada ao autor de se valer dos chamados *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* ou *disponendi* e *rei vindicatio*, presentes universalmente no direito de propriedade como um todo.

Em Portugal, o direito de autor, ainda que não positivado, remonta a longínquos 510 anos, quando, em 1502, outorgou-se privilégio de edição a Valentim Fernandes, para a sua tradução de Livro de Marco Polo. Mais tarde, em 1537, D. João III concede, a título de exceção, ao poeta Baltazar Dias, privilégio para imprimir e vender as suas próprias obras.

Dogmaticamente, as primeiras normas jurídicas portuguesas relacionadas à proteção autoral de obras literárias e artísticas surgiram bastante depois – contudo em clara concomitância às demais nações do mundo civilizado ocidental –, na Constituição de 1838, com promulgação legal ocorrida em 1851. Nela se consagrava o direito à

propriedade intelectual, fulcrada numa raiz notadamente liberal do conceito de direito individual do autor por oposição à ideia de privilégio régio então atribuído aos editores, com diferente percepção à nitidamente herdada da proposta anglossaxônica de *copyright*, segundo a qual haveria um deslocamento da proteção da obra para os volumes em que ela é reproduzida – do autor ao editor.

Mais adiante na história, é promulgado, em 1927, o então mais amplo código sobre propriedade literária, científica e artística portugueses.

(Esse) Código de 1927 viria a ser profundamente alterado pelo de 1966, aprovado devido à necessidade de dar conta dos desenvolvimentos tecnológicos entretanto ocorridos bem como a adesão de Portugal a convenções internacionais. (Rosa, 2009:26)

Por fim, todo o arcabouço evolutivo da norma autoral portuguesa desemboca com completude sobre o assunto sete anos após a sua adesão à Convenção de Berna, com a promulgação do chamado “Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”, por meio do Decreto-Lei n.º 63, de 14 de Março de 1985.

Essa cronologia chega aos dias de hoje com profundas releituras, sobretudo após a Diretiva 2001/29 da União Europeia, cujo título já consagra o próprio termo “Sociedade da Informação” como fenômeno base e norteador das mudanças propostas, a saber: “*Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*.” (grifou-se).

A partir dela, mudanças substanciais ocorreram nas legislações de várias nações europeias e notadamente também em Portugal, com a Lei 50/2004, de 24 de Agosto, a primeira lei portuguesa na “Era Digital”, “quinta alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos

Conexos e primeira alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro”.

Por outro lado, ainda que revisitado e atualizado, às várias normativas nacionais ainda resta maior coadunação às próprias práticas sociais advindas da “Nova Era”, claramente caracterizada pela colaboração, pela liberdade, pela desapropriação – mais que desterritorialização – e pelo compartilhamento.

A cibercultura desenvolvida pela utilização mundial da Internet e das redes de dados “on line” caracteriza-se em primeiro lugar, no seu modo de funcionamento, pelo sistema de consulta hipertextual dos dados informacionais. (...) O hipertexto (termo inventado em 1965 pelo documentarista-informático americano Ted Nelson, autor de um projecto muito ambicioso de biblioteca informática) designa precisamente esse modo de consulta *arborescente* de informações disseminadas através do mundo no interior dos bancos multimédia. (...) A cultura linear da tradição livresca é substituída maciçamente por uma cultura em rede, de malha densa e omnidireccional, com uma infinidade de entradas, que só ela é capaz de abrir o intelecto ao mundo da inter-relação disciplinar. (Chirollet, 2000:126-127).

Assim, à revelia das normas positivas postas pelas várias nações civilizadas, em oposição ao direito de autor clássico, a Sociedade da Informação traz consigo o chamado *copyleft*, uma nova maneira de usar as leis autorais com o objetivo de retirar barreiras à utilização, difusão e modificação de uma obra intelectual protegida pela norma tradicional. Como ensina Manuella Santos (2009:138), é um “mecanismo jurídico que visa garantir aos titulares de direito de propriedade intelectual que possam licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, ainda que amparados por ela”.

Uma das características mais constantes da ciberarte é a participação nas obras daqueles que as

provam, interpretam, exploram ou lêem. Nesse caso, não se trata apenas de uma participação na construção do sentido, mas sim uma co-produção da obra, já que o “espectador” é chamado a intervir diretamente na atualização (...) de uma seqüência de signos ou de acontecimentos. (Lévy, 1999:135-136).

Nessa perspectiva, surge o *Creative Commons*, principal modalidade de licença alternativa ao modelo padrão do *copyright*, arrazoadado alhures – promovido, em Portugal, pela Agência para a Sociedade do Conhecimento (UMIC), pela Universidade Católica Portuguesa (UCP) e pelo Centro de Inovação INTELI.

Idealizada, em 2001, pelo americano Lawrence Lessing, a *Creative Commons Corporation* é uma organização sem fins lucrativos criada para o desenvolvimento de métodos e tecnologias que facilitem o compartilhamento social de obras intelectuais e científicas. É a base para a criação de um sistema de licenciamento público – a *Creative Commons Licence*, representada pela sigla “CC” – que objetiva, numa visão macro-filosófica, criar uma maior razoabilidade de uso dos direitos autorais, em oposição aos extremos atualmente existentes, quais sejam, numa ponta, o *all rights reserved* – todos os direitos reservados –, monopolista por essência, e noutra o *public domain* – domínio público.

Através desse princípio, dá-se aos autores, titulares morais e patrimoniais de suas obras, a possibilidade de, publicamente, renunciarem a certos direitos que lhe são concedidos taxativamente por lei. “A vantagem dessas licenças está na criação de padrões que permitem a fácil identificação dos limites de uso concedidos pelo autor.” (Pinheiro, 2009:107).

A principal missão pragmática do Projeto *Creative Commons* é oferecer um sistema de licenciamento público, por meio do qual obras protegidas por direito autoral possam ser

licenciadas diretamente pelos seus criadores à sociedade em geral. (Tridente, 2008:121).

Em outras palavras, o *Creative Commons* cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles. (Lemos, 2005:83).

Com o *creative commons*, novos e velhos autores e demais partícipes das ciências e das artes passaram a compartilhar e permutar suas obras, ensejando a “explosiva” prática da releitura, reconfiguração, remixagem etc. de obras anteriores.

Há quatros tipos básicos de licenças *creative commons*:

1. *Attribution*/Atribuição (BY): Os licenciados têm o direito de copiar, distribuir, exibir e executar a obra e fazer trabalhos derivados dela, desde que dêem créditos devidos ao autor ou licenciador da maneira especificada por estes;

2. *Non-commercial*/Uso Não comercial (NC): Os licenciados podem copiar, distribuir, exibir e executar a obra e fazer trabalhos derivados, desde que sejam para fins não-comerciais;

3. *Non-derivative*/Não a obras derivadas (ND): Os licenciados podem copiar, distribuir, exibir e executar apenas cópias exatas da obra, não podendo criar derivações da mesma;

4. *Share-alike*/Compartilhamento pela mesma licença (SA): Os licenciados devem distribuir obras derivadas somente sob uma licença idêntica à que governa a obra original.

Desses quatro tipos básicos, chega-se a seis combinações de licenças de uso regular:

1. Atribuição (BY);
2. Atribuição + Uso não comercial (BY-NC);
3. Atribuição + Não a obras derivadas (BY-ND);
4. Atribuição + Compartilhamento pela mesma licença (BY-SA);
5. Atribuição + Uso não comercial + Não a obras derivadas (BY-NC-ND);
6. Atribuição + Uso não comercial + Compartilhamento pela mesma licença (BY-NC-SA).

Agregado ao *creative commons*, tem-se o *science commons*, criado para a concepção de estratégias e ferramentas para uma mais rápida e eficiente pesquisa científica no ambiente *web*. Seus objetivos são identificar as barreiras desnecessárias à pesquisa e promover orientações de políticas e acordos legais para reduzi-las, bem como desenvolver tecnologia para tornar os dados de pesquisa e materiais mais fáceis de encontrar e usar. Já aderiram ao *science commons*: o *Public Library of Science + PLoS Blogs*, o *BioMed Central*, o *Hindawi Publishing Corporation*, o *Nature Publishing Group*, o *Massachusetts Institute of Technology Libraries*, o *Science 3.0* e o *Personal Genome Project*.

Como se vê nas extrações acima e se comprova nas mais vanguardistas opiniões acerca do que se convencionou chamar de “Novos Direitos de Autor”, na era do remix, do compartilhamento, do *fair use*, várias são as propostas de reforma dos conceitos e das legislações autorais e vários são os críticos à estrutura monopolista que o sistema do tradicional *copyright* advoga. Contudo, a despeito de qualquer ação oficial, como é norte do direito moderno, enquanto fato social, a própria sociedade já fez valer seus anseios, seja através da ruptura dos dogmas até então intransponíveis, seja com a conscientização coletiva da necessidade de adoção de práticas *sui generis* – porém lícitas – de se usar

com maior liberdade um bem que para o homem é parte de sua raiz enquanto civilização, ainda que consubstanciada numa mera expressão.

Contudo, urge salientar que o mote filosófico acerca do uso lícito de obras alheias sem autorização, mesmo não vinculadas às novas práticas abarcadas pelos novos media, denota, há tempos alhures, prática cogente nas diversas legislações modernas, a exemplo da portuguesa, para a qual são lícitas, sem consentimento do autor, as seguintes utilizações:

1. Reprodução pelos meios de comunicação social, para fins de informação, de discursos, alocações e conferências pronunciadas em público, desde que não entrem nas reservas legais, por extrato ou em forma de resumo;

2. Seleção regular de artigos da imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa;

3. Fixação, reprodução e comunicação pública, por quaisquer meios, de curtos fragmentos de obras literárias ou artísticas, quando a sua inclusão em relatos de acontecimentos de atualidade for justificada pelo fim de informação prosseguido;

4. Reprodução, no todo ou em parte, pela fotografia ou processo análogo, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica e que essa reprodução e o respectivo número de exemplares se não destinem ao público e se limitem às necessidades das atividades próprias dessas instituições;

5. Reprodução parcial, pelos processos enumerados acima, nos estabelecimentos de ensino, contando que essa reprodução e respectivo número de exemplares se destinem exclusivamente aos fins do ensino nesses mesmos estabelecimentos;

6. Inserção de citações ou resumos de obras alheias, quaisquer que sejam o seu gênero e natureza, em apoio das próprias doutrinas ou com fins de crítica, discussão ou ensino;

7. Inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino;

8. Execução de hinos ou de cantos patrióticos oficialmente adaptados e de obras de caráter exclusivamente religioso durante os atos de culto ou as práticas religiosas;

9. Reprodução de artigos de atualidade, de discussão econômica, política ou religiosa, se não tiver sido expressamente reservada.

Um bom exemplo desse *fair use* é encontrado na base filosófica da chamada “Ciência Aberta”, definida por Gustavo Cardoso *et. alii.* (2012) como um verdadeiro “Movimento Social”, estruturado enquanto alternativa à propriedade intelectual da produção e distribuição de informação, tradicionalmente “privatizada”. Na gênese da dimensão constituinte da Ciência Aberta – nomeada *Open Science* – estão o *Open Source*, o *Open Data* e o *Open Access*, nesta ordem, a seguir detalhadas.

Por fim, rematando e remetendo a uma “velha-moderna” questão – quais interpretações às leis autorais podem (devem) ser dadas, para adequá-las às novas modalidades de criação, produção, distribuição e consumo de obras intelectuais, diante dos novos media? – urge comentar que, a despeito das enormes mudanças, algumas das quais aqui reportadas, o próprio corpo legislativo faculta autonomia aos autores (titulares de direitos) de agirem conforme seus desejos de maior proteção – *all right reserved* – ou liberalismo total, consoante as já difundidas licenças “criativas”.

É a resposta social à adequação das regras aos novos contextos, prova inequívoca do dinamismo da direito atual.

3. Para (não) Concluir

Refletir acerca dos novos direitos de autor em face dos novos media, mormente na contemporaneidade, no qual, diante das mudanças comportamentais advindas das várias práticas sociais nascidas nesse contexto, consubstanciadas por um cada vez mais mutante aparato tecnológico, base para as chamadas Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (ou simplesmente Novas TICs), da qual a Internet é seu principal canal –, é também pensar como outros fenômenos antropológicos, sociológicos, políticos, jurídicos etc. embasaram – qual um sustentáculo inquebrantável – toda uma lógica representativa da construção de uma inédita ordem cultural, ora nomeada “cibercultura”, através da qual elementos clássicos de proteção às criações humanas, urgiram conversão a novas modalidades de usufruto desses bens, convertidos então em universais, a partir de uma cada vez mais coletivização não só quanto ao pólo receptor, mas sobretudo – e eis o veículo potencial da nova era – ao pólo emissor. Agentes produtores e consumidores de conteúdo – “prosumidores”, assim definidos, em 1980, no best-seller “A Terceira Onda”, por Alvin Toffler – potencializadores de sua própria audiência; antropofágicos modernos, cujas divagações, digressões, teorias, corporificam-se e fragmentam-se concomitantemente.

Neste elenco conceitual, encontra-se uma das principais mudanças contemporâneas na Ciência Jurídica, qual seja, um novo construto teórico-interpretativo dos direitos de autor, notadamente ressignificados com a abertura dada pela web ao acesso de conteúdo e, consequentemente, o incremento na possibilidade de criação, recriação e publicização de material próprio e de terceiros.

Outrora já explicitado por João Ademar Lima (2011), os novos media trouxeram, a reboque das inúmeras novas possibilidades de produção, difusão e comercialização de conteúdo intelectual, uma

gama igualmente revolucionária de questões novas – ainda que para hábitos antigos – a serem abarcadas, apreciadas e solucionadas pelo jus-filósofos modernos, necessariamente intimando o Direito à evolução, vital à assunção do bem-estar social conclamado por todos. É a era do remix, do compartilhamento, do “fair use”. Época em que o direito de autor clássico se vê encurralado, colocado em xeque e, mais além, condenado ao desaparecimento.

4. Referências Bibliográficas

Almeida, Reginaldo (2004), *Sociedade Bit: da Sociedade da Informação à Sociedade do Conhecimento*, Lisboa, Fomento.

Andrade, Oswald (1970), *Obras Completas: do pau-brasil à antropofagia e às utopias*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira (2ª Edição).

Barros, Carla (2007), *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*, Aracaju, Evocati.

Cardoso, Gustavo, Jacobetty, Pedro, e Duarte, Alexandra (2012), *Para uma Ciência Aberta*, Lisboa, Mundos Sociais.

Castells, Manuel (2003), *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar.

Chirollet, Jean-Claude (2000), *Filosofia e Sociedade da Informação: para uma filosofia fractalista*, Lisboa, Instituto Piaget.

Defleur, Melvin, e Ball-Rokeach, Sandra (1993), *Teorias da Comunicação de Massa*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar (5ª Edição).

Deleuze, Gilles, e Guattari, Félix (1995), *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*, vol. 1, Rio de Janeiro, Editora 34.

Escola, Joaquim José Jacinto (2005), *Ensinar a aprender na Sociedade do Conhecimento* (Livro de Actas do 4º Congresso da Associação Portuguesa de Ciências da Comunicação), Aveiro, SOPCOM.

Lemos, André (2005), *Ciber-Cultura-Remix*, São Paulo, Itaú Cultural.

Lemos, Ronaldo (2005), *Direito, Tecnologia e Cultura*, Rio de Janeiro, FGV.

Lévy, Pierre (1996), *O que é o Virtual?*, São Paulo, Editora 34.

Lévy, Pierre (1999), *Cibercultura*, São Paulo, Editora 34.

Lima, João Ademar de Andrade (2011), *Novos olhares sobre o direito autoral na era da música digital*, Porto Alegre, Simplíssimo.

Livro Verde (1997), *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*: missão para a Sociedade da Informação, Lisboa, Graforim.

Marx, Karl, e Engels, Friederich (1979), *A ideologia Alemã*, São Paulo, Ciências Humanas.

Polizelli, Demerval L., e Ozaki, Adalton M. (2008), *Sociedade da Informação*: os desafios da era da colaboração e da gestão do conhecimento, São Paulo, Saraiva.

Rosa, António (2009), *Os Direitos de Autor e os Novos Média*, Coimbra, Angelus Novus.

Santaella, Lúcia (2000), *Cultura das Mídias*, São Paulo, Experimento.

Santos, Manuella (2008), *Direitos Autorais na Era Digital*: impactos, controvérsias e possíveis soluções, São Paulo, Saraiva.

Tridente, Alessandra (2008), *Direito Autoral*: paradoxos e contribuições para revisão da tecnologia jurídica no século XXI, Rio de Janeiro, Elsevier.

OS AUTORES

João Ademar de Andrade Lima

joaoademar@yahoo.com.br

Professor na área de Direito de Propriedade Intelectual e Direito da Informática na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do CESED, Brasil. Possui graduação em Direito pela UEPB/Brasil (2000) e em Desenho Industrial pela UFCG/Brasil (2002), com especialização (2003) e mestrado (2005) em Engenharia de Produção pela UFPB/Brasil e especialização em Direito da Tecnologia da Informação pela UGF/Brasil (2010). É Doutorando na Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, em Ciências da Educação..

Joaquim José Jacinto Escola

jescola@utad.pt

Doutorado em Educação pela Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, onde é Professor desde 1993. Iniciou a sua carreira académica na Universidade dos Açores. É membro do Gabinete de Filosofia da Educação do Instituto de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Unidade de I&D). Desenvolve a sua atividade de investigação em torno da Filosofia da Educação, da Ética, da Comunicação Educativa e da Didática em Filosofia. É Professor convidado da Faculdade de Letras da Universidade do Porto no curso de Mestrado em Ensino da Filosofia. Integra algumas sociedades científicas, com destaque para a Association Présence de Gabriel Marcel, Société Francophone de Philosophie de l'Éducation e Sociedade de Filosofia da Educação de Língua Portuguesa.

Verônica Almeida de Oliveira Lima

veronicajornalista@yahoo.com.br

Possui graduação em Comunicação Social pela Universidade Estadual da Paraíba, Brasil (2003), onde é professora. Tem mestrado em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba, Brasil (2007). Desenvolve atividade de investigação na área de Comunicação, com ênfase em Rádio, Televisão e em Novas Tecnologias de Informação e Comunicação, atuando principalmente nos temas cibercultura, ciberespaço e sociabilidade na internet. É Doutoranda na Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, em Ciências da Educação.



RESPONSABILIDADE PELA ENTREGA DA COISA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

RÚBEN DANIEL CARDOSO DE JESUS

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Mestrando em Direito dos Contratos e das Empresas na Escola de Direito da Universidade do Minho

RESUMO:

O contrato de locação financeira, devido às suas especificidades, suscita algumas questões que, apesar de parecerem, à primeira vista, irrelevantes, apresentam grande importância prática e, por isso, merecedoras de um tratamento autónomo.

Após uma breve análise, em jeito de enquadramento teórico, da essência do contrato de locação financeira, propomo-nos a alcançar uma resposta à questão de saber sobre quem recai a obrigação de entrega da coisa no âmbito da figura contratual acima referida. Esta questão surge, não só do facto do contrato de locação financeira conter, na maior parte dos casos, uma figura tripartida, mas também da dificuldade que surge em articular as relações contratuais que se estabelecem entre os intervenientes.

Uma eventual resposta a esta questão trará benefícios, do ponto de vista jurídico, para efeitos de aferição de responsabilidade contratual, sendo um passo no alcance da desejada segurança jurídica.

RESPONSABILIDADE PELA ENTREGA DA COISA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

RÚBEN DANIEL CARDOSO DE JESUS

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Mestrando em Direito dos Contratos e das Empresas na Escola de Direito da Universidade do Minho

Introdução

O presente trabalho, intitulado “Responsabilidade pela entrega da coisa nos contratos de locação financeira” tem como objectivo principal, analisando o regime jurídico aplicável ao contrato de locação financeira, nomeadamente o Decreto-Lei 149/95 de 24 de Junho¹, tentar alcançar uma conclusão sobre quem incide a responsabilidade de entrega do bem objecto do contrato de locação financeira.

Depois de um breve enquadramento teórico, procuraremos analisar a posição da doutrina nacional, de forma a tentar perceber qual a natureza da discussão sobre o tema que nos propomos a investigar. De seguida, iremos ter em conta algumas posições doutrinárias estrangeiras, que serão utilizadas como termo de comparação com as posições defendidas em território nacional. Em terceiro lugar, procuraremos referir algumas decisões jurisprudências que versem ou refiram a matéria sob análise. Não terminaremos a nossa exposição sem uma reflexão crítica e uma tomada de posição.

Inevitavelmente, serão colocadas algumas questões ao longo deste relatório a que tentaremos responder para um maior entendimento sobre este assunto. Haverá, igualmente, alguns entrelaçamentos com outras matérias que oportunamente serão referidas, mas não serão tratadas a fundo, uma vez que extravasa o âmbito da nossa investigação.

Locação financeira

O contrato de locação financeira é regulado pelo Decreto-lei 149/95 de 24 de Junho, segundo o qual “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”². Daqui se verifica que este contrato tem como características principais: existir uma cedência de um sujeito a outro do gozo de determinado bem; tal cedência ser temporária, mas finda a qual pode haver lugar a

¹ Tendo em conta, como não poderia deixar de ser, as respectivas alterações legislativas, sendo que a última respeita ao DL n.º 30/2008, de 25/02.

² Artigo 1º do DL 149/95 de 24 de Junho.

aquisição do bem cedido; o bem em causa ser adquirido propositadamente para ser locado; e, por fim, a entidade locadora ser retribuída por ter feito tal contrato.

Ao contrário do contrato de locação, regulado nos artigos 1022º e seguintes do Código Civil, que pressupõe a existência de dois sujeitos contratuais, no contrato de locação financeira são três sujeitos: o locador, o locatário e o fornecedor. Isto porque o locador irá adquirir ao fornecedor determinado bem que satisfaça as necessidades do locatário, havendo aqui dois contratos: o contrato de compra e venda (ou empreitada) entre o locador e o fornecedor e um contrato de locação celebrado entre o locatário e o locador.

Analisando os artigos 9º e 10º do DL 149/95 verificamos que existem algumas obrigações que consubstanciam as posições jurídicas quer do locatário, quer do locador. Trata-se de um elenco exemplificativo, mas da sua leitura não é possível alcançar uma resposta clara para a seguinte pergunta: quem é responsável pela entrega do bem?

Entrega da coisa locada: uma controvérsia jurídica

Analisando o Decreto-Lei 149/95 de 24 de Junho, nomeadamente o artigo 9º, respeitante à posição jurídica do locador, verificamos que não há uma previsão expressa no que concerne à obrigação de entrega da coisa locada. Assim sendo, é preciso analisar a posição da doutrina e da jurisprudência face a esta omissão legislativa, na esperança de alcançar um esclarecimento para as seguintes questões: sobre quem incide a obrigação de entrega da coisa objecto do contrato de locação financeira? Será função da entidade locadora enquanto parte instrumental do dever de conceder o gozo da coisa? Ou então será que esta obrigação

extravasa o âmbito de responsabilidades do locador? E se assim é, sobre quem incide a obrigação de entrega?

Menezes Cordeiro pronuncia-se sobre este assunto de forma breve e é da opinião que “o locador deve assegurar a entrega da coisa”³. O autor refere um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de acordo com o qual “o locador, para conceder ao locatário o gozo da coisa, tem a obrigação de lhe assegurar a entrega, cumprindo-lhe fazer a prova deste facto”⁴.

No mesmo sentido defende também Calvão da Silva, que considera que incide sobre o locador a obrigação de entregar a coisa ao locatário, uma vez que, de acordo com o autor, “não se pode conceder o gozo da coisa sem a entrega da mesma ao locatário”⁵. Há, aqui, uma instrumentalidade da entrega da coisa face à obrigação da concessão do gozo, em que uma pressupõe, obrigatoriamente, a outra e, portanto, conclui o autor, “o locador deve entregar a coisa locada para conceder o gozo da mesma ao locatário pelo prazo do contrato”⁶.

Quanto à forma de executar esta obrigação, Calvão da Silva encontra duas possibilidades: cumprimento directo (isto é, cumprimento pelo locador) ou por meio do fornecedor⁷. O locador cumprirá de forma directa a obrigação de entrega da coisa se esta estiver na sua disposição, por lhe ter sido entregue pelo fornecedor, ou então, por a coisa locada “lhe ter sido restituída em

³ António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p.680.

⁴ Acórdão do STJ, de 22 de Novembro de 1994 (PAIS DE SOUSA), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3d332d885534b1ff802568fc003aa202?OpenDocument>.

⁵ João Calvão da SILVA, «Locação financeira e garantia bancária» in *Estudos de direito comercial – Pareceres*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 22. Cfr. também João Calvão da SILVA, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2001, p.424.

⁶ João Calvão da SILVA, «Locação financeira e garantia bancária» in *Estudos de direito comercial – Pareceres*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 22

⁷ *Ibidem*.

consequência da cessação de locação financeira anterior”⁸. Por outro lado, é possível o cumprimento da obrigação da entrega mediante cooperação do fornecedor, ou seja, é perfeitamente concebível que no contrato de compra e venda, celebrado entre o fornecedor e o locador financeiro, seja estipulado contratualmente que a obrigação de entrega da coisa recaia sobre o vendedor, indo o locatário receber o bem directamente das mãos do fornecedor. Este constituirá, portanto, um “auxiliar do locador no cumprimento da obrigação de entrega”⁹.

Também Raquel Tavares dos Reis partilha da opinião acima enunciada, nomeadamente, que a obrigação de entrega da coisa impende sobre o locador, afirmando que “Não nos restam dúvidas que faz parte do contrato de locação financeira a obrigação do locador financeiro de entrega da coisa ao locatário financeiro para que este a possa gozar”¹⁰.

⁸ João Calvão da SILVA, «Locação financeira e garantia bancária» in *Estudos de direito comercial – Pareceres*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 22. Está última consideração pode deixar algumas dúvidas. O contrato de locação financeira é “o contrato pelo qual uma entidade – o locador financeiro – concede a outra – o locatário financeiro – o gozo temporário de uma coisa corpórea, adquirida, para o efeito, pelo próprio locador, a um terceiro, por indicação do locatário” (António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito bancário*, cit. p.671). Verificamos que uma das características essenciais e distintivas do contrato de locação financeira é o facto de o bem locado ser adquirido pelo locador, por indicação do locatário, a um terceiro. O locatário exerce aqui uma função importante, porque ele sabe qual o objecto que pretende (possivelmente até já contactou com o fornecedor), e esse objecto será adquirido propositadamente para realização deste negócio. Coloca-se a questão se, porventura, o bem locado for restituído ao locador, quer por incumprimento do contrato, quer por não ter sido exercido por parte do locatário a opção de compra, se este objecto pode ser utilizado para nova locação financeira. Poderá a entidade locadora, posteriormente, utilizar o bem adquirido em função de um contrato anterior para realizar um novo contrato de locação financeira? Não irá tal consideração contra o núcleo que caracteriza esta figura contratual? Possíveis conclusões podem ser retiradas não só do artigo 7º do DL 149/95, mas também da análise do regime do *sale and leaseback*, enquanto modalidade de locação financeira e que extravasa o âmbito desta investigação.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Raquel Tavares dos REIS, «Contrato de locação financeira no Direito Português: elementos essenciais» in *Gestão e Desenvolvimento* 11, 2002, p. 141, disponível em http://www4.crb.ucp.pt/biblioteca/gestaodesenv/GD11/gestaodesenvolvimento11_113.pdf.

Por fim, Rui Pinto Duarte reconhece a existência de uma relação entre o locatário e o fornecedor uma vez que, “não é o locador que vai utilizar a coisa, que muitas das vezes não chegará sequer a deter materialmente”¹¹. Este mesmo autor considera que o locatário não representará necessariamente o locador no contrato celebrado com o fornecedor, mas não exclui a possibilidade de estipulação contratual que confira ao locatário os poderes de representação do locador “na negociação ou até na conclusão do contrato com o fornecedor e sobretudo para a recepção da coisa”¹². Ao longo da sua obra, Rui Duarte Pinto salienta que a função da locadora é uma função eminentemente financiadora, o que ajuda a justificar a sua posição acerca da obrigação de entrega da coisa.

Outra opinião partilha Gravato Morais, defensor da teoria de que o locador não é responsável pela entrega do bem objecto do contrato ao locatário¹³. Este autor considera decisivos os argumentos que se podem extrair dos artigos 12º e 13º do DL 149/95. O primeiro dos artigos referidos exonera o locador dos vícios do bem locado e Gravato Morais invoca uma concepção de cumprimento de contrato que pressupõe dois elementos: a entrega do bem e a conformidade. Só com esses dois requisitos cumpridos é que haverá cumprimento por parte do vendedor, logo será este o responsável pela entrega do bem locado. Já o artigo 13º diz respeito às relações entre o locatário e o vendedor, estipulando que o locatário “pode exercer contra o vendedor ou o empreiteiro, quando disso seja caso, todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda ou de

¹¹ Rui Pinto DUARTE, *Escritos sobre leasing e factoring*, 1ª edição, Cascais, Principia, 2001, p.53.

¹² *Idem*, p.57.

¹³ Fernando Gravato MORAIS, *Manual de Locação Financeira*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 121.

empreitada”¹⁴. Daqui Gravato Morais conclui que se estipula, implicitamente, é certo, que o locador não responde pela não entrega do bem, uma vez que caso assim não fosse “o locatário não teria necessidade de ter ao seu dispor a possibilidade de se dirigir ao vendedor”¹⁵.

Face ao argumento invocado por alguns autores de que a entrega da coisa é factor instrumental da obrigação de concessão do gozo do bem locado (este sim, expressamente previsto na alínea b) do artigo 9º, n.º1 do DL 149/95), Gravato Morais discorda, afirmando que o que se trata é de “garantir o uso pacífico do bem para o fim pactuado na vigência do contrato, no pressuposto de que foi já efectuada a sua entrega (pelo fornecedor)”¹⁶, devendo o locador agir de forma a que “o objecto em causa seja entregue directamente ao locatário pelo fornecedor”¹⁷.

Também na doutrina estrangeira se verificam opiniões distintas sobre a quem incumbe a entrega da coisa locada. Em Espanha, por exemplo, José Maria de la Cuesta Rute defende que há uma instrumentalidade da obrigação da entrega da coisa face à obrigação principal de conceder o gozo daquela¹⁸. O autor começa por indicar que a obrigação de entrega da coisa complementa a obrigação que impende sobre a locadora de concessão de gozo do bem, mas acrescenta que tal obrigação da entrega deve ser incluída no contrato celebrado entre a entidade locadora e o fornecedor¹⁹, consistindo numa forma de cumprimento indirecto que foi acima abordada

quando referimos a posição de Calvão da Silva. Apesar de José Maria Rute considerar que a obrigação de entrega se insere na obrigação geral de concessão de gozo do bem, cumpre salientar, na situação de falta de entrega do mesmo, que deve ser o locatário a exigir ao fornecedor a entrega do mesmo, uma vez que se sub-roga na posição do locador²⁰.

Em sentido contrário, Frederico Arnau Moya partilha da opinião que a entrega do bem que será objecto do contrato de locação deve ser entregue directamente pelo fornecedor, sem que a locadora chegue a ter um contacto físico com o objecto²¹, acrescentando que existe a possibilidade de se incluir no contrato de *leasing* uma cláusula que exonera o locador de responsabilidade resultante do incumprimento do fornecedor, quer se trate de não entrega do bem, quer este seja entregue com defeitos²².

García Garnica também se pronuncia acerca deste tema, referindo que perante a falta de uma regulação legal, é admitida a aposição de uma cláusula nas condições gerais do contrato de locação que exonera o locador das responsabilidades relativas ao incumprimento ou atraso na entrega dos bens²³. A autora salienta que esta questão tem sido controvertida nos tribunais, o que faz com que esta exoneração contratualizada seja sujeita a alguns limites, entre eles, não será admissível tal cláusula se a entidade locadora agiu com dolo ou culpa grave, como sucederá nos casos

¹⁴ Artigo 13º do Decreto-Lei 149/95 de 24 de Junho.

¹⁵ Fernando Gravato MORAIS, *Manual de Locação Financeira*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 121.

¹⁶ *Idem*, p.122.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ José Maria de la Cuesta RUTE, *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después*, disponível em http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf, p.21.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ José Maria de la Cuesta RUTE, *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después*, disponível em http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf, p. 23.

²¹ Frederico Arnau MOYA, «El contrato de leasing en el derecho Español» in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello / Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho*, n.º59, Caracas, disponível em

http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/59/UCAB_2004_59_326-207.pdf, p.313.

²² *Ibidem*.

²³ María del Carmen García GARNICA, *El régimen jurídico del leasing financiero in mobiliario en España*, Navarra, Arzandi, 2001, p. 194.

em que os bens não são entregues ao locatário pelo facto de o locador ter incumprido na sua obrigação de pagar o preço resultante da aquisição do bem²⁴.

Ainda no que toca às cláusulas contratuais, Chuliá Vicent e Beltrán Alandete consideram que as obrigações do locador “se reduzem consideravelmente devido às cláusulas de exoneração e sub-rogação que se incluem nos contratos de Leasing”²⁵. Os mesmos autores referem que é também obrigação do locador “informar o fornecedor a respeito das obrigações de entrega, manutenção e assistência”²⁶ a prestar ao locatário.

García Cruces também faz referência a esta cláusula de exoneração e sub-rogação que confere poderes de acção face ao fornecedor, o que, segundo o autor, decorre necessariamente da qualificação que é dada ao contrato de Leasing, uma vez que é evidente que a entidade locadora carece de interesse no negócio de compra e venda, anterior ao contrato de locação. Como argumentos, o autor salienta o facto de o locatário ter uma posição activa na escolha do bem que será objecto do contrato de locação, bem como se apresenta mais vantajoso que haja uma relação directamente estabelecida entre o locatário e o fornecedor para diminuir os custos económicos e temporais de possíveis reclamações²⁷.

Já em Itália, parte da doutrina considera que a única função da entidade locadora é adquirir ou mandar construir o bem e fazer com que o bem que será alvo de locação seja entregue directamente pelo fornecedor ao locador²⁸. Essa

entrega, bem como a atribuição ao locatário de legitimidade para agir directamente face ao vendedor, deve ser estipulada expressamente por cláusula contratual²⁹. Também Lucio Ghia refere a existência, na maior parte dos contratos de locação financeira, de cláusulas que exoneram os locadores da responsabilidade de entrega do bem, salientando que releva a existência de uma “coligação de contratos”³⁰.

Alessandro Munari refere a plena unanimidade da doutrina e da jurisprudência em aceitar a cláusula contratual que exonera o locador da falta de entrega do bem, uma vez que, diz o autor, tal exoneração se justifica pelo facto de o locatário estar em condições de tutelar o seu próprio interesse face ao fornecedor³¹, enquanto que, Giorgio de Nova considera que a entrega do bem é instrumental à concessão do gozo, mas que essa obrigação de entrega tem um conteúdo particular³². A obrigação da entidade locadora, além de ter de celebrar o contrato com o fornecedor, tem de acordar com o fornecedor que o bem será entregue directamente ao locatário. É, portanto, usual incluir cláusulas no contrato que exonem o locador da responsabilidade pela não entrega do bem, conferindo poderes ao locatário para agir directamente face ao fornecedor³³.

Quanto à jurisprudência portuguesa, é possível encontrar algumas decisões que referem este dever de entrega da coisa locada, partilhando algumas posições doutrinárias acima referidas. Desde logo, o

²⁴ *Idem*, p.195 e 196.

²⁵ Eduardo Chuliá VICENT; Teresa Beltrán ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol III, 1998, J.M Bosch editor, p.39.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ José António García CRUCES; Mercedes Curto POLO, «Los contratos de leasing e factoring», in *Derecho Bancario y bursátil*, 2ª edição, Madrid, Colex, 2012, p. 467 e 468.

²⁸ Vincenzo BUONOCORE, *La locazione finanziaria – Trattato di diritto civile e commerciale*, Milão, Giuffrè, 2008, p. 81.

²⁹ *Idem*, p.82.

³⁰ Lucio GHIA, *I c contratti di finanziamento dell'impresa – Leasing e factoring*, Milão, Giuffrè, 1997, p.27.

³¹ Alessandro MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milão, Giuffrè, 1989, p. 294 e 295.

³² Giorgio de NOVA, *Il contratto di leasing*, 3ª edição, Milão, Ciuffrè, 1994, p. 38

³³ *Idem*, p. 38 e 39. Cfr. Giorgio de NOVA, *Il contratto di leasing*, 3ª edição, Milão, Ciuffrè, 1994, p.117 e ss; Mauro BUSSANI, *Proprietà-garanzia e contratto*, Trento, editora, 1992, p.125 e ss; Mauro BUSSANI, *Contratti moderni – Factoring, Franchising, Leasing*, Torino, UTET, 2004, p.338 e ss, para esclarecimento sobre posições jurisprudenciais.

acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Outubro de 2005, em que se considera que concessão de gozo da coisa só é concretizada pela entrega do bem ao locatário, quer esta seja “feita directamente ou através da cooperação do fornecedor”³⁴, partilhando, assim, a posição de Calvão da Silva. Também no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Janeiro de 1998 se refere que “Não tendo o fornecedor feito a entrega do bem ao locatário, o locador é responsável perante aquele por força do preceituado no n.º 1 do citado artigo 800, do que resulta incumprimento da obrigação de entrega da coisa e de proporcionar o gozo da coisa”³⁵.

Cumpre referir o caso específico da locação de bens sujeitos a registos (nomeadamente, veículos automóveis). Nestas situações, há que não ignorar a questão de saber sobre quem recai a obrigação de entrega dos documentos do bem locado e os tribunais têm-se pronunciado sobre tal tema. Desde logo, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Dezembro de 2012, é referido que “no caso de locação financeira de bens sujeitos a registo, mais concretamente, no caso de o bem ser um veículo automóvel, vem-se entendendo que a locadora está obrigada a fornecer os documentos exigíveis para a circulação do veículo automóvel, ainda no âmbito de dever de concessão de gozo”³⁶ e apesar do tribunal considerar que é admissível a estipulação de cláusulas contratuais que prevejam a obrigação do locatário em registar

o bem, tal não desonera o locador da obrigação de entregar “os elementos necessários para proceder a tal registo, nomeadamente entregando-lhe os documentos necessários para tal devidamente assinados”³⁷.

Reflexão crítica e tomada de posição

Em primeiro lugar, cumpre analisar o que está disposto no regime relativo ao contrato de locação financeira e, a partir daí, formular uma opinião consistente. No seu artigo 9.º, relativo à posição jurídica do locador, não há uma referência expressa quanto à obrigação de entrega do bem objecto do contrato de locação. Daqui não é admissível excluir, *ab initio*, este dever do campo de obrigações que impendem sobre o locador, uma vez que, atentando à redacção dada ao artigo, é possível verificar que o legislador utilizou a locução “nomeadamente”, o que permite concluir que é possível incluir outras obrigações para além daqueles que foram expressamente indicadas no artigo 9.º do DL 149/95.

No n.º 2 do artigo 9.º há uma remissão para o regime da locação, sendo aplicáveis os “direitos e deveres gerais previstos no regime da locação que não se mostrem incompatíveis com o presente diploma”³⁸, o que nos leva a analisar os artigos 1022.º e seguintes do Código Civil, em especial os relativos às obrigações do locador (artigos 1031.º e seguintes do mesmo código). Da alínea a) do artigo 1031.º do Código Civil consta que é obrigação do locador entregar a coisa locada ao locatário, o que pode, à primeira vista, constituir um argumento a favor da teoria segundo a qual também na locação financeira há uma obrigação do locador de entregar o bem ao locatário. Assim como Gravato Morais

³⁴Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Outubro de 2005 (Pinto de Almeida), consultado em 26 de Maio de 2013, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c27f118571b1bf60802570b5003db051?OpenDocument&Highlight=0,Loca%C3%A7%C3%A3o,financeira,entrega>.

³⁵Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de Janeiro de 1998 (Pessoa dos Santos), consultado em 26 de Maio de 2013, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f8cc57c70e35e363802568b1004a66db?OpenDocument>.

³⁶Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Dezembro de 2012 (Cristina Coelho).

³⁷Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Dezembro de 2012 (Cristina Coelho).

³⁸Artigo 9.º, n.º 2 do Decreto-Lei 149/95 de 24 de Junho.

considera que este argumento não procede pelo facto de “tendo sido tão exaustivo quanto aos direitos e aos deveres das partes, o legislador tenha optado por não se pronunciar quanto ao (relevante) problema da entrega da coisa, por entender que o art. 1031º, al. a) CC o resolvia”³⁹, também a nós nos suscita algumas reservas a utilização deste argumento. Aplicar, sem mais, este argumento seria esquecer a especificidade do regime da locação financeira.

O contrato de locação, regulado no Código Civil, é o “contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição”⁴⁰. Trata-se, portanto, de um contrato em que existem duas partes, uma delas proprietária de determinado bem que, mediante retribuição, será cedida à contraparte. Desta forma, facilmente se compreende a estipulação legal da obrigação do locador em entregar o bem, sobre o qual tem domínio material, pois de outra forma mais ninguém poderia ceder legitimamente, o bem objecto do contrato. A entrega por parte do locador é, por razões óbvias, parte importante do contrato de locação.

Olhando, agora, para o contrato de locação financeira, é possível verificar que existem três partes: o locador, o locatário e o fornecedor. De acordo com a prática contratual, é o locatário que se dirige ao fornecedor, escolhe a coisa que será dada em locação e só depois comunica à entidade locadora a sua intenção de celebrar um contrato de locação financeira, indicando qual o bem que será objecto do contrato, bem como o fornecedor. O locatário é, portanto, parte activa do processo, sabe o que quer e sabe de onde quer obtê-la. O locador, aqui, ao contrário do que acontece no contrato de

locação, não vai simplesmente ceder um bem seu, mas antes vai adquirir um bem propositadamente para satisfazer as necessidades de um terceiro - o locatário. A estreita relação entre o fornecedor e o locador é suficiente para verificar a inadequação da aplicação do artigo 1031º, al. a) do Código Civil, uma vez que esse artigo foi previsto para uma realidade contratual que é substancialmente diferente daquele sobre a qual incide este trabalho. O nº2 do artigo 9º do DL 149/95 indica que se aplica ao contrato de locação financeira os preceitos relativos à locação que não sejam incompatíveis com aquele contrato. Na nossa opinião, há uma incompatibilidade resultante do facto de estarmos perante dois contratos que, apesar de partilharem raízes comuns, são suficientemente distintos para que sejam inaplicáveis algumas das normas resultantes do Código Civil.

Um segundo argumento que tem sido utilizado a favor da teoria de que a obrigação de entrega do bem incide sobre o locador é o argumento de que tal entrega é instrumental da obrigação de concessão do gozo do bem objecto do contrato (esta sim, resulta expressamente da lei – artigo 9.º, n.º1 al. a) do DL 149/95). De facto, quando se entrega algo a alguém tem-se em vista conceder o gozo desse algo. Mas partir do princípio que só se concede o gozo de algo através da entrega revela-se um raciocínio muito redutor. Gravato Morais refere – e bem, a nosso ver – que “não se pode fazer decorrer da obrigação imposta ao locatário de «conceder o gozo do bem» um dever de entrega da coisa”⁴¹, pois o que se pretende é “garantir o uso pacífico do bem para o fim pactuado na vigência do contrato”⁴², o que nos faz lembrar a garantia por evicção cujo objectivo era garantir o gozo pacífico da coisa objecto do contrato. O locador

³⁹ Fernando Gravato MORAIS, *Manual de Locação Financeira*, ob cit. p.121.

⁴⁰ Artigo 1022º do Código Civil.

⁴¹ Fernando Gravato MORAIS, *Manual de Locação Financeira*, ob cit. p.122.

⁴² *Ibidem*.

pode garantir ao gozo do bem se cumprir as suas obrigações principais: financiar o bem e pagá-lo ao fornecedor. Assim, o locador concede o gozo do bem “por via, não só da aquisição da coisa mas garantindo ainda junto do fornecedor a entrega ao locatário”⁴³, embora tal não implica que ele esteja obrigado a entregar o bem. Além do mais, é possível retirar da própria lei que a concessão do gozo de um bem e a entrega do mesmo não constituem, necessariamente, partes no mesmo fenómeno. Basta atentar ao artigo 1031º do Código Civil para verificar que nas suas alíneas há uma separação expressa entre entrega e concessão do gozo.

Um outro argumento que é suscitado na discussão em torno deste tema é a possível interpretação dada ao artigo 12º do DL 149/95 (em articulação com o artigo 13º), segundo o qual o locador está exonerado dos vícios do bem locado. Alguns autores, como Gravato Morais, consideram que o cumprimento pressupõe um duplo requisito, nomeadamente, “a entrega e a conformidade”⁴⁴. De facto, quando o vendedor entrega o bem que foi adquirido para ser objecto do contrato de locação financeira, deve fazê-lo livre de vícios, só assim será um cumprimento pleno. Visto que o locador, muitas das vezes, não chegará a ter um domínio físico sobre o bem antes de ele chegar às mãos do locatário, não faz sentido que se lhe atribua responsabilidades por um defeito que não lhe pode ser imputável. Assim, podemos retirar duas conclusões: primeiro, que o vendedor encontra-se adstrito a cumprir integralmente a sua função (entrega em conformidade) e, segundo, que caso haja vícios será o vendedor o responsável por sanar os respectivos.

O disposto no artigo 13º do DL 149/95 complementa o argumento acima referido. Este artigo confere ao locatário os direitos relativos ao bem objecto de locação financeira ou os direitos que resultam do contrato de compra e venda. Para além de ser exigível ao vendedor que cumpra a obrigação de entrega em conformidade com o que foi acordado contratualmente, o artigo 13º permite que o locatário actue directamente face ao vendedor, exercendo os direitos resultantes quer do contrato de locação, quer do contrato de compra e venda.

Da articulação deste dois artigos resulta o seguinte raciocínio: o vendedor tem uma obrigação de entrega de um bem livre de vícios, uma vez que o locador se encontra expressamente exonerado de qualquer defeito do bem vendido. Caso tal não ocorra, é permitido ao locatário agir directamente sobre o fornecedor, podendo fazer valer, inclusive, os direitos resultantes do contrato de compra e venda (de que o locatário não faz parte). Há aqui um constante “salto” por cima do locador, uma vez que este nem é responsável pelos vícios, nem tem a exclusividade de fazer valer os direitos de compra e venda. O que se passa na realidade é que os principais efeitos se estabelecem entre o locatário e o fornecedor, cuja relação nasce através de um terceiro que irá ser “um meio para um fim”. A partir do momento que o locador cumpre a obrigação de adquirir o bem, a lei confere ao locatário poderes suficientes para garantir a sua posição face ao fornecedor. Assim, facilmente se retira daqui a conclusão que, se o fornecedor é obrigado a cumprir em conformidade e que são conferidos ao locatário poderes suficientes para garantir tal cumprimento, então o locatário tem a possibilidade de agir perante este no caso de omissão de entrega do bem.

Tendo em conta que seria concebível que os efeitos da locação se aplicassem ao locador e ao

⁴³ Fernando Gravato MORAIS, *Manual de Locação Financeira*, ob cit. p.122.

⁴⁴ *Idem*, p.121.

locatário e os efeitos da compra e venda se aplicassem ao locador e ao fornecedor, o mais correcto seria que face ao fornecedor só o locador poderia invocar os direitos resultantes do contrato e, portanto, o locador poderia exigir ao fornecedor a entrega do bem enquanto, por sua vez, o locatário exigiria ao locador. Mas, uma vez que é conferida ao locatário a possibilidade de fazer valer face ao fornecedor os direitos decorrentes do contrato de compra e venda, parece-nos haver abertura legal suficiente para admitir que incide sobre o fornecedor a obrigação de entregar a coisa, sendo o responsável em caso de omissão de entrega.

Para além disso, tal solução é a que mais beneficia o locatário, uma vez que permite evitar atrasos na entrega do bem, atrasos inevitáveis caso se considerasse que o locatário teria de agir perante o locador, que por sua vez agiria perante o fornecedor. Trata-se, portanto, de um processo que se pretende célere e eficaz.

Considerações finais:

Depois de analisado o regime aplicável ao contrato de locação financeira e de nos questionarmos sobre quem recai a obrigação de entrega da coisa locada, verificamos que existem na doutrina posições divergentes sobre qual a solução a dar. Por um lado, temos os autores que consideram que a obrigação de entrega incide sobre o locador, por ser um elemento instrumental da obrigação de conceder o gozo da coisa. Por outro lado, existem os autores que partilham da opinião que o fornecedor é que é responsável pela entrega da coisa e será a ele que se deve exigir tal obrigação.

Depois de analisados os argumentos apresentados por ambas as partes, tomamos uma posição de acordo com aquilo que achamos ser o

mais correcto do ponto de vista jurídico e do ponto de vista da prática negocial, factor que é também importante. Devido ao facto de a lei não esclarecer expressamente qual a solução a dar nestes casos, a divergência doutrinal irá continuar sendo que, para evitar possíveis problemas resultantes da não entrega do bem, consideramos ser importante a aposição nos contratos de compra e venda do bem destinado à locação de uma cláusula de onde conste a obrigação do fornecedor de entregar o bem directamente ao locatário. Caso o fornecedor não cumpra esta obrigação, então o locatário agirá directamente face ao fornecedor, fazendo valer os direitos decorrentes do contrato de compra e venda, possibilidade expressamente prevista pelo artigo 13º do DL 149/95.

Por fim, cumpre salientar que mediante a não entrega da coisa ao locatário, podem decorrer de vários cenários, como a impossibilidade originária da prestação ou a impossibilidade superveniente (objectiva ou subjectiva) da prestação aos quais serão aplicáveis as disposições relativas ao incumprimento, constantes do Código Civil.

Propusemo-nos a responder a algumas questões que se foram colocando ao longo do trabalho que contribuíram para um aprofundamento da matéria em causa, mas temos consciência que muitas outras se poderiam colocar. Mas para essas, seria necessário um tratamento autónomo que extravasa o objectivo deste relatório.

Referências Bibliográficas:

BUONOCORE, Vincenzo, *La locazione finanziaria – Trattato di diritto civile*, Milão, Giuffrè, 2008, p. 81.

BUSSANI, Mauro, *Proprietà-garanzia e contratto*, Trento, Università degli studi di Trento, 1992.

«Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing» in *Trattato di Diritto Civile*, Torino, UTET, 2004.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.

CRUCES, José António García; POLO, Mercedes Curto, «Los contratos de leasing y factoring», in *Derecho bancario y bursátil*, 2ª edição, Madrid, Colex, 2012.

DUARTE, Rui Pinto, *Escritos sobre leasing e factoring*, 1ª edição, Cascais, Principia, 2001.

GARNICA, María del Carmen García, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Navarra, Arzandi, 2001.

GHIA, Lucio, *I contratti di finanziamento dell'impresa – Leasing e factoring*, Milão, Giuffrè, 1997

MORAIS, Fernando Gravato, *Manual de Locação Financeira*, Coimbra, Almedina, 2006.

MOYA, Frederico Arnau, «El contrato de leasing en el derechoEspañol» [em linha], in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello / Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho*, n.º59, Caracas, disponível em http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/59/UCAB_2004_59_326-207.pdf.

MUNARI, Alessandro, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milão, Giuffrè, 1989.

NOVA, Giorgio de, *Il contratto di leasing*, 3ª edição, Milão, Giuffrè, 1995.

REIS, Raquel Tavares dos, «Contrato de locação financeira no Direito Português: elementos essenciais» [em linha] in *Gestão e Desenvolvimento* 11, 2002, disponível em http://www4.crb.ucp.pt/biblioteca/gestaodesenv/GD11/gestaodesenvolvimento11_113.pdf.

RUTE, José Maria de la Cuesta, *El contrato de leasing o arrendamiento financiero: 40 años después*, [em linha], disponível em http://eprints.ucm.es/11691/1/Leasing-Versi%C3%B3n_E-print.pdf.

SILVA, João Calvão da, «Locação financeira e garantia bancária» in *Estudos de direito comercial – Pareceres*, Coimbra, Almedina, 1996.

Direito Bancário, Coimbra, Almedina, 2001.

VICENT, Eduardo Chuliá; ALANDETE, Teresa Beltrán, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, Barcelona, J.M. Bosch, 1998.

O AUTOR

O Autor Rúben Daniel Cardoso de Jesus é licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2012).

Em 2013 frequentou o Curso de Pós-graduação em Direito dos Contratos e das Empresas pela Universidade do Minho.

Cursa desde 2012 o Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas pela Universidade do Minho.



O DIREITO DE IMAGEM DO DESPORTISTA PROFISSIONAL

ANDREA SUSANA LINHAS LOPES DA SILVA

Advogada

RESUMO:

Este trabalho tem por principal objectivo analisar os direitos de imagem do desportista profissional.

Ao realizá-lo, uma das questões que se me depararam foi o facto de saber se o direito à imagem é um direito fundamental, se é um direito patrimonial ou um direito mitigado? Mas a par desta multiplicam-se uma série de questões.

Será que o Direito à Imagem do desportista profissional é uma componente salarial, isto é, será que está inserida no contrato de trabalho? Será que o clube pode explorar a imagem do jogador?

Será que em relação ao desportista profissional, quando este, sendo um atleta bem sucedido financeiramente, mas começa a envelhecer, será que aqui não será, o atleta a usar a marca para promover a sua imagem?

O DIREITO DE IMAGEM DO DESPORTISTA PROFISSIONAL

ANDREA SUSANA LINHAS LOPES DA SILVA
Advogada

Introdução

Este trabalho tem por principal objectivo analisar os direitos de imagem do desportista profissional.

Ao realizá-lo, uma das questões que se me depararam foi o facto de saber se o direito à imagem é um direito fundamental, se é um direito patrimonial ou um direito mitigado? Mas a par desta multiplicam-se uma série de questões. Entre elas destacam-se as seguintes:

- Qual é a sua génese histórica e a sua Natureza Jurídica?
- Será que o conceito do direito à imagem tem uma visão diferente nos Estados Unidos da América em relação à Europa?
- Será que podemos falar de um Direito Europeu para a exploração dos Direitos de Imagem?
- Não poderemos dividir os Direitos à Imagem em duas componentes?
- Será que o Direito à Imagem do desportista profissional é uma componente salarial, isto é, será que está inserida no contrato de trabalho?
- Será que o clube pode explorar a imagem do jogador?

Mas como sou polémica vou deixar uma questão no ar! Será que em relação ao desportista profissional, quando este, sendo um atleta bem

sucesso financeiramente, mas começa a envelhecer, será que aqui não será, o atleta a usar a marca para promover a sua imagem?

I · Génese Histórica dos Direitos de Personalidade

Antes de responder explicitamente às questões referidas na introdução é de referir que o Direito à Imagem é um Direito Fundamental e especial de Personalidade segundo o disposto no Art. 26 Constituição da República Portuguesa e o Art. 79 n.º1 Código Civil que será analisado mais à frente.

Logo, sendo um Direito Fundamental de Personalidade é necessário fazer a sua abordagem histórica.

Nos primórdios da nossa História o reconhecimento do Homem como indivíduo na sociedade era circunstancial. ⁽¹⁾ Por exemplo na sociedade Grega e Romana só os cidadãos da nobreza eram dotados de Personalidade. ⁽²⁾ Mas com a Escola do Direito Natural ou Escola Racionalista do Direito Natural que teve o seu assento privilegiado na Holanda, Inglaterra e Alemanha ⁽³⁾, com o surgimento de filósofos e pensadores do Iluminismo e com a ascensão da doutrina Cristã, fizeram com que surgisse a noção de Direitos Naturais, inerente ao Homem valorizando assim o indivíduo. ⁽⁴⁾

Afirmamos assim que a passagem destes pensamentos para o Direito foi lenta. Logo, os Direitos Fundamentais triunfaram nos fins do séc. XVII com as Revoluções Liberais.⁽⁵⁾ Surgiram assim com a ideia de liberdade, da autonomia privada dos indivíduos, em contraposição com o poder do Estado uma vez que a matriz do Liberalismo era o indivíduo enquanto tal.⁽⁶⁾ Com a democratização é indiscutível que a matéria dos direitos fundamentais se desenvolveu no que diz respeito às garantias de igualdade da relação indivíduo/Estado.⁽⁷⁾

Consequentemente, nasceram alguns direitos da participação política, por exemplo, o direito ao voto, o direito de ser eleito, etc. Segundo Carbonnier, o conceito de Direitos de Personalidade é de origem germânica e foi mais tarde introduzida em França por vários pensadores (Rogun Boiste).⁽⁸⁾

II · Os Direitos de Personalidade em vários sistemas jurídicos.

Analisemos agora como é que alguns ordenamentos jurídicos trataram os Direitos de Personalidade.

Analisemos agora como é que alguns ordenamentos jurídicos trataram os Direitos de Personalidade.

Primeiramente, referimos o código Josefino (na Áustria em 1786) que contemplou a abolição de diferenças legais entre as pessoas, instaurou a igualdade perante a lei.⁽⁹⁾ Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirmou-se formalmente a conservação dos Direitos Naturais e imprescritíveis do Homem.⁽¹⁰⁾ Já o Código Civil Francês Napoleónico de 1804 regrediu uma vez que se preocupa mais com a vida patrimonial do que com a tutela dos Direitos Pessoais.⁽¹¹⁾

Contrariamente ao Código Civil Austríaco 1891 que foi um pouco mais além contemplando

no seu Art. nº 16: Cada Homem tem direitos inatos que se fundam na única razão pela qual se deve considerar como uma pessoa ⁽¹²⁾ influenciando mais tarde o Código Civil Suíço de 1907 ⁽¹³⁾ que nos seus Arts. nº 29 a 31 regulava o direito ao Nome, ao começo e fim da personalidade, dispunha também uma disposição que tutelava os Direitos de Personalidade que era respectivamente o Art nº 27.

Enquanto que o BGB, Código Civil Alemão de 11.01.1900 não reconhecia a existência de um Direito Geral da Personalidade.⁽¹⁴⁾ Existe apenas um Direito de Personalidade Relativo no Nome. Mas a Nova Constituição da República Federal de 23.5.1949 veio contemplar a existência de um Direito Geral de Personalidade segundo o deposto nos Art. 1º e Art. 2º, nº1. ⁽¹⁵⁾

Na Itália o seu Código de 1942 não reconhece a tutela de um Direito Geral de Personalidade mas reconhece o Direito à Própria Imagem segundo o disposto do seu Art. 10º.⁽¹⁶⁾ Mas em 1947 a Constituição da República Italiana de 27 de Dezembro veio reconhecer um conjunto de direitos invioláveis do Homem como indivíduo.

Perreau em 1909 em França na sua obra “Les Droits de la Personnalité” afirmou o Direito Primordial de Personalidade, o Direito à Individualidade, isto é: “o direito de exigir de outrem o reconhecimento como individualidade distinta de todas as outras individualidades.”⁽¹⁷⁾

III. Análise Histórica do Direito Civil Português no que diz respeito aos Direitos de Personalidade e consequentemente o Direito à Imagem

Faremos agora uma pequena análise histórica ao Direito Civil Português no que diz respeito aos direitos de Personalidade e consequentemente o Direito à Imagem.

Com o surgimento do Racionalismo e o Iluminismo na política e sobretudo no

pensamento, e também com a expressão jurídica, o Jusnaturalismo racionalista e o *usus modernus pandectorum* tiveram a sua grande consagração em Portugal na Lei Pombalina de 18 de Agosto de 1769 conhecida como a Lei da Boa Razão, em que esta Boa Razão consistiu nos *primitivos principios*, que contém verdades *essencives*, intrínsecas e inalteráveis”, isto é: “*recta ratio*” Jusnaturalista.⁽¹⁸⁾

Mas foi no reinado de D. Maria I com o projecto de Reforma das Ordenações Filipinas que ficou conhecido por Novo Código, que se verificou uma alteração significativa das mentalidades. Falando um pouco deste projecto, em 31 de Março de 1778 D. Maria I através de um Decreto criou uma “Junta de Ministros” com a finalidade de procederem à reforma geral do direito vigente.⁽¹⁹⁾

Entretanto, Pascoal de José de Mello Freire dos Reis foi nomeado membro dessa comissão e responsável pela elaboração do Livro II e em seguida do Livro V relativos ao Direito Público Privado-Administrativo e ao Direito Criminal.⁽²⁰⁾

A abordagem de Mello Freire destaca-se visto que este antepôs o estado das pessoas ou das coisas afirmando a sua veia Jusnaturalista foi uma inovação para época mesmo que o projecto do Novo Código de Direito Público não tenha ido para além do projecto. Uma das razões para que isto tenha acontecido foi a nomeação por Decreto de 3 de Fevereiro de 1789 ⁽²¹⁾ uma Junta de Censura e Revisão, onde se integrava António Ribeiro dos Santos, que tinha opiniões contrárias às de Mello Freire, contestando assim o seu Projecto de Código do Direito Público. ⁽²²⁾

Apesar destes factos, a sua obra “*Instituciones Juris Civilis*” foi adoptado como com compendio nas lições de Direito Patrio por aviso Régio de 7.5.1805, sendo assim este é o Modelo da Ciência Jurídica Portuguesa.⁽²³⁾

Com a eleição das ideias do Liberalismo e do Individualismo Crítico no início do séc. XIX

surgiu o primeiro Sistema Liberal Português após a Revolução de 24 de Agosto de 1820 com a Constituição de 1822. ⁽²⁴⁾ Mas logo a seguir surgiu uma contra-revolução em 1823 caindo-se no Absolutismo após Vila Francada D. João IV em Decreto de 18 de Junho de 1823 afasta a Constituição de 1822.⁽²⁵⁾ E em 1826, D. Pedro outorga a Carta Constitucional.

Posteriormente com a Constituição de 1838 de 4 de Abril surgem contemplados os Direitos e os Deveres individuais dos Portugueses no seu título I que nitidamente é uma influência da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão nos seus Arts. 1 e 2: Os Homens nascem e são livres e iguais em Direitos”, “a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem.”⁽²⁶⁾

Mas esta Constituição só vigorou até 10 de Fevereiro de 1842, altura em que Costa Cabral restaurou a Carta Constitucional de 1826.⁽²⁷⁾

O seu enunciado dos Direitos Fundamentais é o mais restrito de todas as Constituições Liberais mas mesmo assim evolui em relação ao Sistema Absolutista.⁽²⁸⁾

Verificamos assim que os novos princípios Constitucionais Liberais tiveram inserção bastante lenta nas legislações ordinárias.⁽²⁹⁾ Podemos afirmar que com Coelho da Rocha (fez parte da Comissão da Revisão Inicial do Projecto do Código Civil de Seabra) e a sua obra “Instituições de Direito Civil que influenciou os tribunais e o ensino universitário que se insere pela primeira vez estes princípios liberais.⁽³⁰⁾ Ele afirma como princípios, Direitos Naturais, o Direito à Liberdade Natural, do Direito de Defesa de Si Mesmo, do Direito de Propriedade e o Direito à Igualdade e que existe a obrigação de indemnizar o outro, pelo dano injusto que se lhe causou com culpa. Insere a distinção entre pessoas físicas e pessoas morais ou jurídicas.⁽³¹⁾

Mas é na segunda metade de Oitocentos que surge em 1867 o primeiro Código Civil Português, mais conhecido por Código de Seabra.

Falando agora um pouco mais sobre este Código, em 9 de Agosto de 1850 D. Maria II por Decreto encarregou o Juiz da Relação do Porto, António de Luiz de Seabra, a redigir o Projecto do Código Civil Português.⁽³²⁾ Tendo sido promulgado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, tendo o Código entrando em vigor em 22 de Março de 1868. Este Código foi bastante inovador uma vez que consagrou no Título I do Livro I Parte II dos Direitos Originais, que derivavam da própria natureza do Homem incluindo o Direito de Existência, o Direito ao Bom Nome e repartição do Direito à Liberdade e distingue os prejuízos que derivam da ofensa dos Direitos Primitivos, aqueles que dizem respeito à personalidade física e os que eram referentes à personalidade moral.⁽³³⁾

Mais tarde com a queda da Monarquia em 5 de Outubro de 1910 e a consequente intitucionalização desta vitória do Partido Republicano, pela Constituição de 21 de Agosto de 1911, onde se consagra no Art. nº 30 do Título II “Dos Direitos e Garantias Individuais” “garantindo aos Portugueses e estrangeiros residentes no país a individualidade dos Direitos concorrentes à liberdade e segurança e individual e à propriedade”, de inspiração liberal. Prevê também o Direito à Igualdade Legal, etc.⁽³⁴⁾

Depois com o 28 de Maio de 1926 surge a Constituição de 11 de Abril de 1933 que tem um carácter de compromisso dos Direitos e garantias fundamentais liberais mas estes Direitos vão desaparecendo à medida que todos os partidos políticos vão sendo banidos.⁽³⁵⁾

Mas se lermos com atenção o § 2º do Art. nº8 da Constituição de 1933, verificamos que as leis é que regulavam o exercício da liberdade de expressão do pensamento, do ensino, devendo quanto à liberdade de expressão impedir preventivamente ou repressivamente”. Logo, os Direitos Originais ou Direitos de Personalidade foram omitidos, não foram respeitados.⁽³⁶⁾

Com a publicação do Código Civil de 1966, rompeu-se como o pensamento Jusnaturalista e com as ideias liberais do Código Seabra.⁽³⁷⁾ Consagrando no seu Art. nº 70 a tutela geral de personalidade tendo o Direito Civil nos termos do Art. nº 483 Código Civil como também pode-se recorrer aos meios processuais previstos nos Art. nº 1474 e seguintes do Código do Processo Civil.⁽³⁸⁾ Afirmando também no nº 1 do Art. nº 71 “os Direitos de Personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular”.⁽³⁹⁾ Seguidamente regula alguns direitos especiais de personalidade por exemplo, o Direito ao Nome, Art. nº 72, o Direito à Imagem que consta no Art. nº 79. Podemos afirmar que foi a primeira vez que se consagrou o Direito à Imagem no Ordenamento Jurídico Português.⁽⁴⁰⁾

Segundo o autor Vaz Serra “o Direito de exigir de outrem o respeito da própria personalidade, na sua existência e nas suas manifestações. Este direito refere-se à integridade corporal, à saúde, à liberdade ao nome, à imagem, à honra, à vida privada, nos limites da lei...”⁽⁴¹⁾

Logo, existe um Direito Geral de Personalidade em que podemos destacar a existência de Direitos Especiais de Personalidade com a sua autonomia e especificidade jurídica. Que pressupõe a personalidade física ou moral em geral juridicamente tutelada. Logo, a sua existência pressupõe a preponderação de um Direito de Personalidade, não o esgotando.

Em consequência do movimento militar que originou o 25 de Abril de 1974, um período de profundas modificações e perturbações socio-político-económicas surgiu a Constituição de 1976.⁽⁴²⁾ Que no que respeita aos Direitos de Personalidade restaurou o ordenamento jurídico no que toca ao desenvolvimento da pessoa humana, alargou e constitucionalizou com uma maior qualidade os Direitos de Personalidade e reforça a sua tutela jurídica.⁽⁴³⁾ Mas vai mais além

no n.º 1 do Art. n.º 16 e Art. n.º 17 que afirma que também existem direitos em leis ordinárias ou em normas internacionais e também podem existir direitos previstos noutras partes da Constituição que devem ser consideradas como fundamentais.⁽⁴⁴⁾

Assim o Homem não é considerado de forma individualista mas contendo uma dimensão social e colectivista abrangendo a sua natureza evolucionista. Afirmamos assim que esta Constituição não limita através das leis os Direitos de Personalidade como fazia a Constituição de 1933 mas antes alarga-os, por exemplo: o Direito à Vida, o Direito à Nova Constituição, Direito à Integridade, Direito ao Trabalho, Direito à liberdade de Reunião, como muitos outros.⁽⁴⁵⁾

Achamos pertinente referir que o Direito à Imagem não consta nesta Constituição de 1976 mas surgiu sim com a Revisão Constitucional de 1982 no seu Art. n.º 82.⁽⁴⁶⁾

Afirmamos assim que o Direito à imagem contou formalmente na Legislação Portuguesa pela primeira vez com o Código Civil de 1966 no seu Art. n.º 79 e só com a Revisão Constitucional de 1982 foi incluído no Art. n.º 26 da Constituição da República Portuguesa.

IV. A Natureza Jurídica do Direito à Imagem

Não existe uma posição única sobre esta matéria, variando a explicação da sua Natureza Jurídica conforme é entendido o próprio Direito à Imagem. Sendo que a Doutrina Europeia entende que o Direito à Imagem é um Direito Fundamental de personalidade visto ser um direito subjectivo, absoluto, geral, extrapatrimonial, inato, perpetuo, intransmissível, relativamente indisponível, obrigando a que todos os sujeitos não pratiquem actos que ofendam ou ameacem a personalidade alheia.⁽⁴⁷⁾

É um Direito que se caracteriza pela sua irrenunciabilidade, intransmissibilidade e

indisponibilidade. Ao definirem o Direito à Imagem como relativamente indisponível e intransmissível querem com isto dizer que não se pode confundir a faculdade de transmissão com a a faculdade de disposição, visto a primeira ser muito mais abrangente que a segunda, não é assim possível a transferência deste Direito para uma terceira pessoa.⁽⁴⁸⁾

Repare-se que a violação acarretará uma responsabilidade civil ou quem o violar fica sujeito às providências civis que têm como finalidade evitar a ameaça ou que os efeitos da ofensa cometida seja atenuada.⁽⁴⁹⁾

Já para a Doutrina Americana o Direito à Imagem é entendido como um Direito com Natureza patrimonial. Isto é, consideram que é um verdadeiro direito de propriedade.⁽⁵⁰⁾ Logo, este é protegido no seu interesse patrimonial que deriva do Direito à Própria Imagem, o Direito de Publicitar a Própria Imagem, este pode ser transmitido a um terceiro. Visto isto, a Imagem é entendida como um objecto imaterial em que se retira o seu Direito de Propriedade sobre mesma.⁽⁵¹⁾

Podemos constatar que nos Estados Unidos da América a Natureza Jurídica do Direito à Imagem é justificada como um Direito Patrimonial. Enquanto que na Europa a sua Natureza Jurídica advém de um Direito Fundamental de Personalidade, aliás como se verificou na análise feita anteriormente a alguns Códigos Europeus.⁽⁵²⁾

V. A Distinta Concepção do Direito à Imagem, o seu Conceito e a sua Natureza Jurídica nos Estados Unidos da América e na Europa.

Nos Estados Unidos da América o Direito à Imagem é entendido como o Direito à Própria Imagem (Direito de se Publicitar) integra-se no Direito à Privacidade, este não é reconhecido constitucionalmente, contudo, a 4ª Emenda

afirma o mesmo indirectamente ao referir que as pessoas têm o direito à sua segurança e que os seus bens materiais não podem ser violados devendo ser registados.⁽⁵³⁾

O autor americano Fue Prosser definiu quatro tipos de ilícitos civis, instituindo assim uma nova concepção do Direito à Privacidade enquadrando-o no quarto tipo de ilícito civil, que se refere aos casos de apropriação relativos ao uso não autorizado da imagem e do nome para fins comerciais. Protege assim exclusivamente os interesses patrimoniais que derivam do Direito à Própria Imagem.⁽⁵⁴⁾

Logo, a sua Natureza Jurídica tem características próprias de um Direito de Propriedade apesar de incluir a protecção conferida à concorrência desleal. A maioria da Doutrina Americana entende que se trata de um Direito de Propriedade que recai sobre um objecto imaterial, dando o exemplo do que acontece com os Direitos de Autor que estão em constante conflito com o Direito à Informação e Liberdade de Expressão. Sendo uma figura que não se enquadra com a protecção da esfera moral mas sim com o Direito à Privacidade.⁽⁵⁵⁾

No que respeita à Europa, em contraposição com os Estados Unidos da América, o Direito à Imagem é um Direito de Personalidade. Pressupondo que a imagem de uma pessoa tem que ser protegida como manifestação da sua dignidade e deve ser respeitada e identificada por todas as pessoas. É um Direito Fundamental que pertence a qualquer pessoa independentemente da sua nacionalidade e da legislação do seu país de origem reconhecer o Direito à Imagem.⁽⁵⁶⁾

Logo, entende-se que o interesse patrimonial e comercial da imagem tem um valor secundário. Recentemente tem-se verificado uma mudança. Os tribunais têm afirmado que o interesse comercial da imagem é legítimo e inteiramente legal.⁽⁵⁷⁾

A principal razão para que isto aconteça é o facto de terceiros utilizarem a imagem de uma pessoa que é lícito quando não ultrapassa a fronteira da intimidade e não causa prejuízo para a sua reputação.⁽⁵⁸⁾

Com o crescimento das necessidades mercantis tem-se verificado que a Doutrina e Jurisprudência Europeia têm-se vindo a aproximar da posição jurídica dos Estados Unidos da América mesmo tendo em conta os opostos dogmáticos.⁽⁵⁹⁾ Uma vez que a Europa dá prevalência à concepção personalista do Direito de Imagem, o interesse comercial não consegue crescer dentro dos padrões de Direito estando apenas contidos no âmbito de protecção: a voz, o nome, a imagem e as características físicas reconhecíveis da pessoa.⁽⁶⁰⁾

Contrariamente ao conceito do Direito à Publicidade afirmada nos Estados Unidos da América, em que o conteúdo da protecção é bastante abrangente, não consagrando os elementos identificadores pessoais mas sim os que têm valor patrimonial.⁽⁶¹⁾

Para uma parte da Doutrina a Jurisprudência, apenas têm direito a protecção as pessoas que tenham adquirido notoriedade na sociedade.⁽⁶²⁾

Em oposição a esta ideia surge a tendência de considerar que o acto de ser famoso não é definitivo para estar sujeito ao Direito à Publicidade, uma vez que se alguém usar de modo não comercial a imagem de outrem o direito de valor comercial não é aplicado.⁽⁶³⁾

a) Será que existe um Direito unitário sobre esta matéria?

Podemos afirmar que no Direito Europeu relativamente ao Direito à Imagem não existe uma uniformização. Nos vinte e cinco países pertencentes à União Europeia cada um deles tem a sua regulação interna, mostrando-se difícil num tempo próximo uma aplicação unitária sobre esta matéria.⁽⁶⁴⁾

Sendo de que é de notar que em alguns países se retira uma semelhança no que respeita à Natureza Jurídica do Direito à Imagem como vimos atrás em relação à afirmação de que se trata de um Direito Fundamental de Personalidade intransmissível.

VI. Análise do Ordenamento Jurídico Espanhol versus Ordenamento Jurídico Português no que se refere ao Direito à Imagem.

a) *Natureza Jurídica*

Podemos afirmar que os Direitos à Imagem estão regulados na Constituição Espanhola de 27 de Dezembro de 1978 no disposto do Art. 18.1: *“Es garantiza el Derecho al Honor, a la Intimidade pessoal com familiar, com a la propia Imagem”*.⁽⁶⁵⁾

Considerando assim que o Direito à Imagem é um Direito Fundamental que se define como um direito subjectivo que garante aos indivíduos um estatuto jurídico de liberdade no seu âmbito de existência.⁽⁶⁶⁾

É caracterizado segundo o autor LaCruz Berdejo como um Direito de Personalidade.⁽⁶⁷⁾

O Direito à Imagem funciona como um limite a outro Direito Fundamental previsto na Constituição Espanhola, o Direito à Liberdade de Expressão consagrado no seu Art. nº 20.⁽⁶⁸⁾

Apesar de a Lei Orgânica 1/1982 referir o Direito à Honra, à Intimidade e à Própria Imagem como um único Direito, actualmente são entendidos como três Direitos distintos, tendo em comum a finalidade de protecção de interesses pessoais e privados do indivíduo.⁽⁶⁹⁾

A referida Lei não define o conceito e o objecto destes Direitos apenas os caracteriza dizendo que são irrenunciáveis e imprescritíveis no seu Art. nº 1 e que são delimitados pelas Leis, pelos usos sociais e pelos próprios actos que cada pessoa reserva para

si mesma e à sua família.⁽⁷⁰⁾

Uma vez que este trabalho visa analisar o Direito à Imagem podemos dizer que no Ordenamento Espanhol só se consegue definir este Direito através da Jurisprudência.⁽⁷¹⁾ Tomemos como exemplo a decisão do Supremo Tribunal em Sentença de 19 de Outubro de 1982 que define a imagem como a figura representativa à semelhança ou aparência de uma coisa tendo esta protecção civil nos termos da Lei Orgânica de 5 de Maio de 1982, em sentido jurídico é a faculdade do interessado difundir ou publicar a sua própria imagem tendo o direito de evitar a sua reprodução.⁽⁷²⁾

No Ordenamento Jurídico Português é indiscutível que o Direito à Imagem é um Direito Fundamental de Personalidade visto estar regulado formalmente no nº 1 do Art. nº 26 do Constituição da República Portuguesa: “A todos são reconhecidos os Direitos à Identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação” e no Art. nº 79 do Código Civil Como exemplo podemos referir o Acórdão do Tribunal de Évora de 24.02.05 que afirmou que o Direito à Imagem é um “Direito Fundamental da Personalidade caracterizado pela sua irrenunciabilidade, intransmissibilidade e indisponibilidade...”⁽⁷³⁾

Logo, a Lei Portuguesa apenas admite o carácter pessoal do Direito à Imagem, isto é, o seu titular pode conservar a sua intimidade perante a interposição de terceiros.

Voltando à Doutrina e Jurisprudência Espanhola, esta considera que o Direito à Imagem tem duas componentes: uma positiva outra negativa. Isto acontece porque o Direito à Imagem começou a ser explorado comercialmente.

A corrente negativa diz respeito ao facto que permite ao seu titular conservar a sua intimidade

perante a intromissão de terceiros incluindo o uso da sua imagem associada a produtos ou serviços. Tendo, também, uma componente positiva que compreende um carácter inteiramente patrimonial, ou seja, permite a exploração económica da mesma.⁽⁷⁴⁾

Como exemplo, a sentença do Supremo Tribunal Espanhol de 30 de Janeiro de 1998 em que Xavier O'Calaghan afirmou que o Direito à Própria Imagem tem duas componentes, uma é pessoal e a outra é patrimonial. O Tribunal Constitucional Espanhol na sentença de 25 de Abril de 1994 veio afirmar a componente comercial do Direito à Imagem.⁽⁷⁵⁾

Mas a Constituição Espanhola só protege de forma expressa a esfera negativa dos Direitos à Imagem, pelo que o âmbito positivo de exploração económica é um Direito de segunda geração derivada da anterior.⁽⁷⁶⁾

Em Portugal, tendo como exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21.05.2005, o titular do Direito à Imagem não pode cedê-lo para a sua exploração visto ser um Direito de Personalidade, não pode ser cedido, alienado a favor de outrem. Sendo também de referir, que o Supremo Tribunal Judicial, no Acórdão 8.11.2001, decidiu que qualquer negócio que tenha por objectivo a cedência genérica por alguém, designadamente um jogador de futebol do seu Direito à Imagem, é ilegal.⁽⁷⁷⁾

b) Consentimento para o uso do Direito à Imagem.

No que diz respeito à natureza jurídica do consentimento, este pode consistir numa autorização pontual, destinada ao uso dos Direitos de Imagem quando se permite exclusivamente um uso específico desses mesmos direitos a terceiros.⁽⁷⁸⁾

Pode também consistir numa cedência dos Direitos de Imagem em que se permite autorizar a

gestão bastante alargada destes Direitos.⁽⁷⁹⁾

Na opinião do autor José Miguel Rodriguez Tapia pode-se permitir intromissões pontuais na esfera privada mas sem fins de exploração.⁽⁸⁰⁾

Em Espanha a Lei Orgânica 1/1982 no seu Art. 2.2 diz que o titular do Direito à Própria Imagem na sua componente positiva, pode consistir na utilização da sua imagem, mas tem de ser de forma expressa e susceptível de renovação a qualquer momento.⁽⁸¹⁾ No Art. nº 2.3 da mesma Lei toda a pessoa física pode revogar o seu consentimento para utilização da sua imagem caso contrário tem o direito a ser indemnizado por danos e prejuízos.⁽⁸²⁾

Logo, esta revogação tem como razão de existência o facto do Direito à Imagem ser um Direito Fundamental de Personalidade.

Mas segundo o Art. nº 8 da Lei referida existem situações em que não é necessário consentimento. A regra é o Art. nº 2.2 da Lei Orgânica 1/1982 mas o Art. nº 8 que tem que ser interpretado, respectivamente da mesma Lei, refere algumas excepções a esta regra.⁽⁸³⁾

Este artigo é muito similar ao Art. nº 79, nº2 do Código Civil Português, que consagra: “não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenha, a exigência política ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente”. O nº 1, primeira parte do mesmo artigo afirma que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”, é muito similar ao Art. 2.2 da Lei Orgânica 1/1982.

c) Duração dos Direitos de Imagem.

No que se refere à duração dos Direitos de Imagem podemos afirmar que em Espanha a Lei Orgânica 1/1982 no seu Art. 1.3 diz que o Direito

à Imagem é um Direito irrenunciável, inaleável e imprescritível. Logo, parece dizer que a sua duração é ilimitada.⁽⁸⁴⁾ Mas de acordo com o Art. nº 10 da mesma Lei o Direito à Imagem não é susceptível de transmissão *mortis causa*. Isto é, os Direitos de Imagem extinguem-se com o falecimento da pessoa física a quem pertence a imagem.⁽⁸⁵⁾

Mas apesar disso é sempre possível a defesa do Direito à Honra e à intimidade da pessoa falecida e seus familiares.⁽⁸⁶⁾

Já no que diz respeito à componente patrimonial segundo o Supremo Tribunal, os efeitos dos actos patrimoniais pela pessoa no que diz respeito à sua imagem podem sobreviver ao seu falecimento; logo, é possível realizar novos actos patrimoniais sobre a imagem da pessoa já falecida.⁽⁸⁷⁾

Em Portugal, segundo a parte final do nº 1 do Art. nº 79 do Código Civil depois da morte da pessoa retratada a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do Art. nº 71 do Código Civil e segundo a ordem nele indicada. Logo, de acordo com o Art. nº 71, sendo o Direito à Imagem um Direito à Personalidade, goza de protecção depois da morte do respectivo titular.

d) Relação Contratual entre desportistas e as entidades empregadoras. Direitos de Imagem Colectivos versus Direitos de Imagem Individuais.

Para se efectuar um contrato desportivo com a protecção jurídica, o desportista terá de ser considerado profissional, pois no caso dos desportistas amadores não se consagram pelos mesmos padrões porque a sua vida profissional não depende exclusivamente da sua actuação/prestação pública.⁽⁸⁸⁾

Segundo o Real Decreto 1006/1985 Art. 1.2 são desportistas profissionais aqueles que em virtude de uma relação estabelecida com carácter

regular se dediquem voluntariamente à prática do Desporto por conta e dentro do âmbito da organização e direcção do clube ou entidade desportiva em troca de uma retribuição.⁽⁸⁹⁾

Em Portugal, segundo o Decreto de Lei nº 3 05/85 de 18 de Novembro, quem celebra um contrato de trabalho desportivo é um profissional, prestando a sua actividade em contrapartida de uma retribuição, quer essa profissão seja exercida a título exclusivo ou secundário.⁽⁹⁰⁾

Em Espanha, o Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) na resolução de 15 de Dezembro de 1999, afirmou que a cedência de imagem a um clube resulta de um contrato de trabalho como resulta também da natureza do próprio trabalho (desporto e espectáculo).⁽⁹¹⁾

Logo, quando um jogador começa a jogar num determinado clube, é a este clube que pertence os direitos de imagem do jogador mas apenas em relação à imagem colectiva desse desportista e não à individual como acontece em Portugal, Decreto de Lei 305/95 de 18 de Novembro no Art. 10 nº 2 em que afirma ressalvando o Direito ao uso de Imagem do colectivo dos participantes por parte da respectiva entidade empregadora.⁽⁹²⁾ Logo, o contrato de trabalho desportivo vincula o atleta a prestar uma actividade desportiva sob a autoridade e direcção da entidade empregadora mas o direito à utilização comercial da sua imagem pertence ao praticante uma vez que a lei faz uma distinção entre a imagem individual do atleta. Isto é, o Direito à Imagem individual do atleta e a imagem do atleta no colectivo e aqui a lei diz que quem tem o direito ao uso da imagem do colectivo é a entidade empregadora.⁽⁹³⁾

Logo, podemos afirmar que o Direito à Imagem do desportista não é uma componente salarial é uma troca da prática da sua actividade desportiva, mas aqui está em causa o Direito à Imagem individual uma vez que no que respeita ao Direito à Imagem colectiva, a entidade empregadora é que tem o direito ao uso da imagem do atleta no colectivo.

Na minha opinião sendo que, o clube tem o direito ao uso da imagem colectiva do atleta, logo este tem que estar integrado no salário visto que o Direito de Imagem não poder ser transmitido a terceiros. Podemos até dar um exemplo de grandes jogadores de futebol em que até imagens dos cromos com a camisola do clube são discutidas ao milímetro.

e) As principais características dos contratos sobre os Direitos de Imagem na Europa.

Actualmente é possível existir um contrato pelo qual uma pessoa autoriza o uso da sua imagem mas como um acto singular de autorização, relativamente amplo mas limitado quer no tempo de duração, quer no seu objectivo. Tendo a possibilidade de revogar a qualquer momento a sua autorização sem que o tenha de justificar antecipadamente.⁽⁹⁴⁾

Assim a pessoa consegue controlar o modo como a sua imagem é usada e outros aspectos da sua personalidade que são cedidos a terceiros e também o modo da sua exploração. Na Europa Continental esta figura existe mesmo que o Direito à Imagem seja definido como um Direito Constitucional e personalíssimo. Isto porque a cedência contratual não se refere ao direito em si, irrenunciável é pessoal, o que se permite apenas é que o seu titular disponha de forma parcial desse direito. Isto é, apenas autoriza o uso da sua imagem durante um tempo pré-determinado.⁽⁹⁵⁾

Mas a Doutrina Europeia entende que nestes casos não se pode falar de um contrato de cedência do Direito à Imagem mas trata-se antes de uma mera autorização. Logo, o consentimento funciona como um Direito essencial para que o titular possa limitar o uso da sua imagem particular.⁽⁹⁶⁾

VII. O Direito à Imagem no cenário Jurídico Brasileiro.

Depois da análise das diferentes concepções entre os Estados Unidos da América e a Europa sobre os Direitos de Imagem e o exemplo de Ordenamento Jurídico Espanhol e Português é necessário fazer uma pequena referência ao regime adoptado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O Direito à Imagem está consagrado no Art. nº 5, X da Constituição Federal Brasileira. É definido como um direito personalíssimo, absoluto, indisponível, indissociável e imprescritível.⁽⁹⁷⁾

Apesar da Constituição definir o Direito à Imagem como um direito indisponível, o direito ao uso da imagem não o é, este pode ser cedido mediante um contrato de licença de uso da imagem.⁽⁹⁸⁾

Esta expressão, contrato de licença de uso da imagem é a considerada a mais adequada uma vez que não se trata de um contrato de cedência de imagem ou mesmo um contrato de imagem como é usado muitas vezes incorrectamente.⁽⁹⁹⁾

Visto que através deste contrato o que se transmite é simplesmente a licença para o exercício do Direito à Exploração de Imagem, isto é, a possibilidade de poder usar a imagem mas não o Direito à Imagem em si, este é intransmissível.⁽¹⁰⁰⁾

Muitas vezes verifica-se que o contrato de licença de uso de imagem tem um valor bastante elevado em relação ao salário do atleta, aqui podemos afirmar que é muitas vezes usado para pagar o salário do jogador sem os respectivos encargos trabalhistas.⁽¹⁰¹⁾ Existe também no Direito Brasileiro uma figura em contraposição com o Direito à Imagem que é o chamado de Direito de Arena, previsto no Art. 5, XXIII da Constituição Federal Brasileira de 1988 e vem regulado no Art. nº 42 da Lei 9.615/98, conhecida pela Lei Pelé.⁽¹⁰²⁾

A Lei tendo em conta as particularidades do espectáculo desportivo, afirma que o direito de negociação, transmissão e retransmissão das imagens do espectáculo desportivo pertence à entidade a que o atleta está vinculado e prática da actividade desportiva⁽¹⁰³⁾ Mas segundo o Art. nº 42 da Lei 9.615/98 existe uma restrição em relação à exploração da imagem do atleta fora dos campos de prática desportiva que deve ser regulado por um contrato de licença de uso de imagem.⁽¹⁰⁴⁾

Podemos concluir que a Legislação Brasileira sobre os Direitos de Imagem define-os como Direitos Fundamentais de Personalidade em concordância com a Doutrina Europeia.

VIII. Reflexões Finais.

Depois de tudo o que li sobre esta matéria sou da opinião o Direito à Imagem é um Direito Fundamental de Personalidade e que só devia ser permitido o contrato de licença de uso da imagem. Uma vez que o Direito à Imagem é um direito personalíssimo e intransmissível, o seu titular apenas pode atribuir uma licença para o uso da sua imagem. Enquanto que quando se diz que é uma autorização de uso do Direito à Imagem é muito mais abrangente. Logo, não é possível.

Mas uma vez que o Direito tem que acompanhar a realidade (a sua evolução) é indiscutível que o Direito à Imagem tem na sua origem um Direito Fundamental de Personalidade mas não podemos negar que o Direito à Imagem sofreu uma mutação na sua natureza conceptual, uma vez que também começou a ter características de um Direito Patrimonial, por exemplo, uma pessoa pode registar a sua marca e também quando uma empresa utiliza em exclusivo a imagem de um determinado jogador para as suas campanhas publicitárias, na minha opinião opera-se a uma verdadeira transmissão do Direito à Imagem

individual do jogador. Afirmo assim que é um Direito Mitigado em que nasce como um Direito Fundamental de Personalidade e que por causas económicas e outras começou a tornar-se num verdadeiro Direito Patrimonial. Logo, na Europa, começa-se a ter esta perspectiva principalmente por razões comerciais. Logo, o Direito Europeu tem que acompanhar a realidade.

Esta mutação deriva da multiplicidade de personalidades famosas em que os media exploram ao máximo a sua imagem e o Direito à Imagem começou a ter um carácter comercial. Isto deveu-se principalmente às acções das próprias pessoas que não conseguiram distinguir o que era o seu Direito à Imagem e que ninguém pode violá-lo sem a sua autorização, e começaram a explorá-lo e de certa forma a transmiti-lo.

Em relação ao facto de uma pessoa que não se considera como famosa sou da opinião que tem o direito a uma indemnização maior quando o seu Direito à Imagem é violado do que quando se trata de uma pessoa famosa porque esta é uma pessoa pública e está sujeita a esta exposição social.

No que diz respeito aos Direitos de Imagem colectivos e os Direitos de Imagem individuais, afirmo que o atleta principalmente tem que estar protegido uma vez que ele é a parte mais fraca, logo os seus Direitos Individuais tem que ter uma maior salvaguarda. Mas há situações em que, por exemplo, os jogadores externamente à prática desportiva podem ter determinadas atitudes que põe em causa a imagem do próprio clube e aqui sou da opinião que o jogador em que ser responsabilizado nestas situações.

Mas deixo uma questão no ar. *Será que em relação ao desportista profissional, quando este sendo um atleta bem sucedido financeiramente mas começa a envelhecer, será que nesta situação, quem usa a marca não será o próprio atleta para promover a sua imagem?*

Afirmando-me como apreciadora do espectáculo desportivo, considero que o facto de os media controlarem cada vez mais o desporto, têm denegrido o desporto na sua essência. Sendo que o desporto é um espectáculo, está cada vez mais controlado pelo poder económico e que o próprio Direito à Imagem, teve aqui a sua preponderância no que respeita ao atleta profissional, quando este começou a ser usado comercialmente.

Bibliografia

_Mário Júlio de Almeida Costa, “História do Direito Português”, Almedina Editora, 1989.

_José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Almedina, 1987.

_Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa.

_Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos”, Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento – Ano 2005 – 2 número 14.

_Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profesional”, – Revista Jurídica del Deporte – 2004 – 2 número 12.

_João Leal Amado, “Contrato de Trabalho Desportivo – Anotado”, Decreto de Lei nº 305/95, de 18 de Novembro, Coimbra Editora, 1995.

_www.dgsi.pt

_http://www.padilla.adv.br/desportivo/personalidade.htm

(1 e 2)

http://www.padilla.adv.br/desportivo/personalidade.htm (pág.2).

(3) Mário Júlio de Almeida Costa, “História do Direito Português”, Almedina Editora, 1989, (pág. 345).

(4) http://www.padilla.adv.br/desportivo/personalidade.htm (pág.2).

(5) José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Almedina, 1987. (pág. 43)

(6 e 7) José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Almedina, 1987. (pág. 47).

(8 e 9) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 101).

(10) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 102)

(11) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 102 e 103).

(12) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 104).

(13) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 104 e 105).

(14) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 105 e 106).

(15) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 106 e 107).

(16) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 108).

(17) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 109).

(18) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 119).

(19) Mário Júlio de Almeida Costa, “História do Direito Português”, Almedina Editora, 1989, (pág. 373).

(20 e 21) Mário Júlio de Almeida Costa, “História do Direito Português”, Almedina Editora, 1989, (pág. 374). (22) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 123).

(23) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 125 e 126).

(24) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 126 e 128).

(25) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 128).

(26) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 128 e 129).

(27) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 130).

(28) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 131 e 132).

(29) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 133).

(30) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 135 e 136).

(31) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 135 e 136).

(32) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 137).

(33) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 143 à 149).

(34) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 150 à 152).

(35) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 153 e 155).

(36) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 154).

(37) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 156).

(38 e 39) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 157).

(40) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 157 e 158).

(41) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 163).

(42) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 178 e 180).

(43) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 180 e 181).

(44) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 193).

(45) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 182 e 183).

(46) José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, 1987. (pág. 88).

(47) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 94 e 99).

(48) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 97).

(49) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 - “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 99).

(50 e 51) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” - Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento - Ano 2005 - 2 número 14. (pág 540).

(52 à 55) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” - Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento - Ano 2005 - 2 número 14. (pág 540).

(56) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” - Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento - Ano 2005 - 2 número 14. (pág 540 e 541).

(57 e 58) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” - Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento - Ano 2005 - 2 número 14. (pág 541).

(59 à 61) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” - Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento - Ano 2005 - 2 número 14. (pág 541).

(62 e 63) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” - Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento - Ano 2005 - 2 número 14. (pág 542).

(64 à 66) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profissional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 278).

(67) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profissional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 279).

(68 à 70) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profissional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 279).

(71) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profissional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 280).

(72)_www.dgsi.pt

(73) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profissional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 280).

(74) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profissional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 281).

(75) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profissional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 283).

(76)_www.dgsi.pt

(77) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profesional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 282).

(78 à 81) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profesional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 283).

(82) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profesional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 286).

(83) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profesional”, - Revista Jurídica del Deporte - 2004 - 2 número 12. (pág. 283).

(84 à 85) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos

Audiovisuales en le deporte profesional”, – Revista Jurídica del Deporte – 2004 – 2 número 12. (pág. 281).

(86) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profesional”, – Revista Jurídica del Deporte – 2004 – 2 número 12. (pág. 282).

(87 e 88) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profesional”, – Revista Jurídica del Deporte – 2004 – 2 número 12. (pág. 289).

(89) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 17).

(90) Nerea SanJuan, “Derechos de Imagem y Derechos Audiovisuales en le deporte profesional”, – Revista Jurídica del Deporte – 2004 – 2 número 12. (pág. 290).

(91) João Leal Amado, “Contrato de Trabalho Desportivo – Anotado”, Decreto de Lei nº 305/95, de 18 de Novembro, Coimbra Editora, 195. (pág. 40).

(92) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 41).

(93) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” – Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento – Ano 2005 – 2 número 14. (pág 511).

(94) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” – Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento – Ano 2005 – 2 número 14. (pág 545).

(95) Carolina Pina, “Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagem en Europa y en Estados Unidos” – Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento – Ano 2005 – 2 número 14. (pág 546).

(96 à 100) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 6).

(101 e 102) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 7).

(103 e 104) Estudos sobre a Constituição Vol. II 1978 – “A Constituição e os Direitos de Personalidade” por Rabindranath Capelo de Sousa, Livraria Pethony, Lisboa. (pág. 7).

A AUTORA

A Autora Andrea Susana Linhas Lopes da Silva Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Porto. (Término da Licenciatura: 13 de Julho 2006).

Frequentou a primeira parte do Mestrado em Direito na mesma Universidade com a média de 14,2 valores(2008/2009)

Formação complementar: Curso Intensivo de Alemão - EF (Munchen)

Inscrita na Ordem dos Advogados como Advogada desde 19/02/2013.

Prestou serviços do foro jurídico nos Serviços Municipalizados de Água e Saneamento da Maia, desde 1 de Março de 2008 até 25 de Março de 2009, na função de Jurista tendo efectuado vários pareceres interpretações legais, principalmente na área de Direito Administrativo, Direito do Trabalho, na Administração Pública e Legislação diversa da Administração Pública.

Actividades extra-curriculares: Seminário de Direito de Processo Penal Temas da Reforma Penal, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto. (Fevereiro/Março 2008), conferências e vários Cursos organizados pela Ordem dos Advogados e por outras instituições ligadas ao Direito.

