

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo
n.º 5/2010

Processo n.º 1113/09

Acordam no Pleno da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo:

O Sindicato Nacional dos Trabalhadores das Administrações e Juntas Portuárias veio interpor o presente recurso para uniformização de jurisprudência do acórdão do TCA — Sul, que consta de fls. 264 e seguintes destes autos, dizendo-o em oposição com um anterior aresto do mesmo Tribunal, proferido em 3 de Abril de 2008, no processo n.º 3.421/08.

O recorrente terminou a sua alegação de recurso, formulando as conclusões seguintes:

1 — Salvo o merecido respeito, verificam-se, positivamente, os requisitos legalmente fixados para a admissão do recurso para uniformização de jurisprudência previsto no artigo 152.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

2 — À APS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra foi, legalmente, atribuída a natureza jurídica de instituto público dotado de personalidade jurídica de direito público e de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (cf. «estatuto orgânico» aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376/89, de 25 de Outubro).

2.1 — A APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A., sucedeu, *ope legis*, automática e globalmente à APS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra e continuou a personalidade jurídica desta (artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro). Assim,

2.2 — A APSS — Administração dos Portos de Setúbal, S. A., continua a ser um instituto público (ainda que «inominado», «atípico» ou «*sui generis*»). O que,

2.3 — Apesar do seu *nomen juris* (isto é, sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos), não é factor de perturbação. É que,

2.4 — E por um lado, *o capital social* da APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A., está *integralmente subscrito e realizado pelo Estado e os direitos do Estado como accionista* são exercidos por *um seu representante, designado por despacho ministerial conjunto* (artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro).

2.5 — Por outro lado, conforme assinalam credenciados autores, a natureza jurídica de um qualquer instituto não é ditada pelo vocábulo (*mas, isso sim, pela sua disciplina normativa*). Sendo que,

2.6 — A jurisprudência constitucional assevera que *o poliformismo das estruturas organizatórias e a pluralidade de pessoas colectivas públicas são um instrumento para prosseguir as tarefas da Administração Pública em sentido objectivo, como função ou actividade administrativa*. Ora,

2.7 — A APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A., tem legalmente poderes de autoridade — no exercício dos quais se rege por normas de direito público (artigo 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro). O que,

2.8 — É o caso quando exerce poderes de autoridade disciplinar nos termos do artigo 23.º, n.º 1, do Estatuto de

Pessoal das Administrações e Juntas Portuárias (EFAP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 421/99, de 21 de Outubro. Assim,

2.9 — Atenta a natureza jurídica da APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A. (*instituto público* — ainda que *inominado, atípico* ou *sui generis*), o seu conselho de administração é órgão, para os efeitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea *b*), primeiro segmento, do Código do Procedimento Administrativo. E,

2.10 — Por isso, a deliberação punitiva (sediada no Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, com credenciação no artigo 23.º, n.º 1, do Estatuto de Pessoal das Administrações Portuárias, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 421/99, de 21 de Outubro) tinha de ser tomada por escrutínio secreto, por imposição do artigo 24.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo. Destarte,

2.11 — E salvo o merecido respeito, o douto acórdão recorrido (*quando não assentou na natureza jurídica da APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A., como instituto público* — ainda que «inominado», «atípico» ou «*sui generis*» — e *daí partiu para julgar válida e legal a deliberação punitiva do seu conselho de administração, não tomada por escrutínio secreto*) não fez boa interpretação e aplicação do direito aos factos e, consequentemente, não fez bom julgamento. Aliás,

3 — São *finalidades de interesse público* que estão na base da imposição legal da votação por escrutínio secreto nas situações hipotizadas no artigo 24.º, n.º 2, do Código de Procedimento Disciplinar — e, por isso, o segredo que os membros do órgão colegial devem guardar na votação não é um direito pessoal (renunciável), mas, isso sim, um «dever funcional». Assim,

4 — E salvo o merecido respeito, a «boa» decisão é a do «acórdão fundamento» — que, por isso, deve ser, uniformizadamente, adoptada.

A recorrida Associação dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A. (que designaremos, doravante, por APSS) contra-alegou, concluindo do modo seguinte:

I — O presente recurso, interposto pelo Sindicato Nacional dos Trabalhadores das Administrações e Juntas Portuárias, em representação de uma sua associada, na sequência da não admissão por esse Venerando Supremo Tribunal de um recurso de revista, assenta na contradição entre o decidido **nos Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 30 de Outubro e de 3 de Abril de 2008**, quanto à **natureza jurídica da APSS, S. A.**

II — No douto **Acórdão recorrido de 30 de Outubro de 2008**, considerou-se que a APSS, S. A., foi transformada pelo Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro (adiante Decreto-Lei n.º 338/98), em **sociedade anónima**, funcionando o seu conselho de administração nos termos previstos nos respectivos **Estatutos e no Código das Sociedades Comerciais**.

III — Por seu turno, no **Acórdão fundamento de 3 de Abril de 2008**, considerou-se que a APSS, S. A., continuou a ser um **instituto público**, pelo que «não pode afastar-se a aplicação do disposto nos artigos 2.º, n.º 2, alínea *b*), e 24.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo», artigos esses que consideram que os órgãos dos institutos públicos são órgãos **da Administração Pública** [artigo 2.º, n.º 2, alínea *b*), do CPA] e que regulam o funcionamento dos mesmos (artigo 24.º do CPA).

IV — Ou seja, na tese do **acórdão fundamento**, a APSS, S. A., continuaria a ser um **instituto público** e o

respectivo **conselho de administração seria um órgão da Administração Pública**, funcionando nos termos do artigo 24.º do CPA.

V — **A solução juridicamente correcta é a que foi adoptada pelo Acórdão recorrido**, tendo o Acórdão fundamento decidido contra o expressamente previsto no Decreto-Lei n.º 338/98.

VI — Contrariamente ao invocado pelo Sindicato e decidido no Acórdão fundamento, **a APSS, S. A., não é, nem era à data da deliberação sub judice — 2005, um instituto público**, tendo sido transformada pelo Decreto-Lei n.º 338/98 em **sociedade anónima** e sujeita ao regime aplicável a estas sociedades.

VII — O objectivo de transformação da APSS de instituto público em sociedade anónima **é expressamente afirmado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 338/98**, tendo esta transformação assentado, nomeadamente, em razões de gestão, a que estão sujeitos, além do mais, os recursos humanos.

VIII — Pelo referido diploma legal foram ainda aprovados os **Estatutos da APSS, S. A.** (v. artigo 25.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 338/98), estabelecendo-se ainda que a **transformação operada** e os «Estatutos agora aprovados produzem efeitos relativamente a terceiros independentemente de registo» (v. n.º 2 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 338/98).

IX — O Decreto-Lei n.º 338/98 regulou ainda diversas matérias relativas à transformação da APSS em sociedade anónima, designadamente o **valor e titularidade do capital social** (v. artigos 10.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 338/98) e a definição dos respectivos órgãos **sociais** (v. artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 338/98).

X — Além disso e para que não subsistissem dúvidas, o Decreto-Lei n.º 338/98, de 16 de Outubro, **revogou expressamente** o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 348/86, de 16 de Outubro, em que se previa que os portos «serão geridos por institutos públicos», e ainda o Decreto-Lei n.º 376/89, de 25 de Outubro, pelo qual tinha sido criada a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, I. P.

XI — A qualificação da APSS, S. A., como **sociedade anónima** não é minimamente afastada pelo facto de esta poder actuar no uso de **poderes de autoridade**, nos casos previstos no Decreto-Lei n.º 338/98 (v. n.ºs 3 do artigo 1.º e 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 338/98), pois essa possibilidade está expressamente prevista no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (adiante Decreto-Lei n.º 558/99), estabelece o **Regime do Sector Empresarial do Estado**.

XII — Face ao exposto, cremos que não restam dúvidas que, conforme expressamente estabelecido no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 338/98 e foi decidido pelo acórdão recorrido, **a APSS, S. A., é actualmente e era à data da deliberação sub judice, uma sociedade anónima e não um instituto público**, como invocado pelo Sindicato e decidido no acórdão fundamento.

XIII — A tese do Sindicato e do acórdão fundamento de que «a APSS, S. A., sucedeu automática e globalmente a personalidade jurídica da APSS, mantendo, portanto, a fisionomia de instituto público», viola o disposto no artigo 9.º do Código Civil, nos termos do qual «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador [...] soube exprimir o seu pensamento em termos adequados».

XIV — Com efeito, seria incompreensível que o legislador, **expressa e fundamentadamente**, tivesse pretendido

transformar a APSS numa sociedade anónima e sujeitá-la às regras destas entidades, mas que a mantivesse com a «fisionomia de instituto público», que tinha anteriormente.

XV — O n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 338/98 relativo à **sucessão automática** da APSS, S. A., relativamente à Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, I. P., nunca permitiria que se concluísse que a APSS, S. A., permaneceu com a «fisionomia de instituto público», pois destina-se apenas a assegurar a sucessão imediata das entidades em causa, designadamente quanto à manutenção dos direitos e obrigações e à titularidade dos respectivos bens.

XVI — Tal norma **não contende minimamente com a natureza e estrutura organizacional da APSS, S. A.**, não permitindo que se conclua que esta se manteria como um instituto público.

XVII — Conforme resulta do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 338/98, o **funcionamento do conselho de administração** da APSS rege-se pelo previsto nos respectivos **Estatutos** e pelas normas aplicáveis a estas sociedades anónimas, *maxime* pelo **Código das Sociedades Comerciais** (cf. artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99).

XVIII — Os **Estatutos da APSS e o Código das Sociedades Comerciais não prevêm qualquer escrutínio secreto** nas reuniões do conselho de administração (v. artigos 13.º e 14.º dos Estatutos da APSS, apensos ao Decreto-Lei n.º 338/98; cf. artigo 410.º do CSC).

XIX — **Não está em causa o exercício de poderes de autoridade, previstos no Decreto-Lei n.º 338/98** — única situação em que a actuação da APSS se rege por normas de direito público, nos termos do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 338/98.

XX — Com efeito, a APSS **apenas actua no exercício de poderes de autoridade** ou *ius imperii* nas situações previstas nos artigos 2.º, n.ºs 2 a 4, 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 338/98, pois apenas essas situações integram o exercício de um poder público e a realização de funções públicas de autoridade portuária, sendo regidas por normas de direito público que conferem à APSS os referidos poderes (artigo 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 338/98).

XXI — A deliberação *sub judice* **não se insere em nenhuma das referidas situações**, correspondendo apenas ao exercício do poder disciplinar — aplicação de repreensão escrita — **como qualquer outra entidade patronal**.

XXII — O artigo 23.º, n.º 1, do Estatuto de Pessoal das Administrações Portuárias (adiante EPAP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 421/99, de 1 de Outubro, e o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, estão em vigor, **nunca poderiam determinar a procedência da tese do Sindicato**.

XXIII — No acórdão recorrido, transitado em julgado, não foi — nem tinha de ser — apreciada a aplicação destas normas para decidir qual o regime aplicável ao funcionamento do conselho de administração da APSS, S. A., pelo que esta questão **não pode integrar o âmbito do presente recurso** [v., neste sentido, entre outros, Acórdão STA (Pleno) de 19 de Dezembro de 1995, publicado no apêndice ao *Diário da República*, de 30 de Setembro de 1997, a pp. 899 e seguintes].

XXIV — De qualquer forma, refira-se que remissão daquele EPAP para o referido Estatuto Disciplinar **não abrange quaisquer outras regras** para além das regras especiais constantes do referido Estatuto Disciplinar (v. artigo 23.º, n.º 1, do EPAP, cf. Decreto-Lei n.º 24/84).

XXV — Além disso, aquele Estatuto Disciplinar **não determinava a aplicação (mesmo supletiva) de regras do procedimento administrativo** (v. Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro), ou seja, actualmente, **do CPA, o qual é ou não aplicável consoante a natureza da entidade em causa e não por força da aplicabilidade daquele Estatuto**.

XXVI — Aliás, é esclarecedor que a única remissão daquele Estatuto Disciplinar era para os «princípios gerais de direito processual penal» (v. n.º 4 do artigo 35.º do referido Estatuto, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84).

XXVII — Além disso, o regime jurídico dos trabalhadores das administrações portuárias é o constante do referido EPAP e, nas suas faltas e omissões, o constante do **Código do Trabalho e não o CPA** (cf. artigo 1.º, n.º 3, do EPAP).

XXVIII — É assim manifesta a improcedência do invocado pelo Sindicato, quanto a pretensas irregularidades formais da reunião do conselho de administração da APSS, S. A., em que foi tomada a deliberação *sub judice*, tendo sido **integralmente cumprido o regime aplicável ao caso em apreço — os Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 338/98 e o Código das Sociedades Comerciais**.

XXIX — Face ao exposto, deve ser **confirmado o decidido pelo douto acórdão recorrido** e julgada improcedente a presente acção, **uniformizando-se jurisprudência** no sentido de que a APSS, S. A., é uma sociedade anónima e não um instituto público, não constituindo o respectivo conselho de administração qualquer órgão da Administração Pública, funcionando o mesmo nos termos previstos nos Estatutos da APSS, S. A., e no Código das Sociedades Comerciais.

A matéria de facto pertinente é a dada como provada no acórdão recorrido, que aqui se dá por integralmente reproduzida — como genérica e ultimamente decorre do estatuído no artigo 713.º, n.º 6, do CPC.

Passemos ao direito.

O presente recurso para uniformização de jurisprudência tem por objecto o acórdão do TCA — Sul, constante de fls. 264 e seguintes dos autos, que confirmou a decisão, da 1.ª instância, de julgar totalmente improcedente a acção administrativa especial movida pelo ora recorrente contra a APSS e ordenada à anulação de uma certa pena disciplinar — imposta pelo conselho de administração da entidade demandada a ..., identificada no processo e associada do autor — e à reconstituição da respectiva situação actual hipotética.

Para assim decidir, o acórdão recorrido entendeu que não se verificavam os vícios que o autor atribuíra ao acto impugnado. E, a propósito de um deles — o que decorreria da ofensa do estabelecido no artigo 24.º, n.º 2, do CPA —, o aresto disse que a APSS não era um instituto público e, por via disso, à luz dos Estatutos dessa pessoa colectiva (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro) e do Código das Sociedades Comerciais, não era exigível que a deliberação punitiva, embora fundada num regime de direito público, fosse tomada por escrutínio secreto.

O recorrente assevera que tal pronúncia contradiz o decidido no acórdão fundamento. E é efectivamente assim, já que neste se afirmou que a APSS é um instituto público — ainda que «atípico» ou «inominado, mas subsumível à previsão do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), do CPA — e que o respectivo conselho de administração, ao aplicar um regime disciplinar de direito público, está sujeito à regra prevista

no artigo 24.º, n.º 2, do CPA, que impõe uma votação por escrutínio secreto.

Portanto, os arestos opõem-se não apenas quanto à questão primária ou antecedente de saber se a APSS é um instituto público, assunto que eles abordaram a partir da legislação que originara o ente colectivo, mas opõem-se sobretudo quanto à questão última e decisiva, de que a anterior constituía uma mera premissa — a de apurar da aplicabilidade daquele artigo 24.º, n.º 2, ao órgão de cúpula da APSS. Ora, começaremos por enfrentar aquela primeira questão; pois, se for exacto que a lei fundadora da APSS a tomou como um instituto público, logo será de concluir que a resposta certa à *quaestio juris* derradeira é a do acórdão fundamento, tal e qual o recorrente preconiza.

A APSS foi criada pelo Decreto-Lei n.º 376/89, de 25 de Outubro, tendo resultado da extinção da Junta Autónoma do Porto de Setúbal, a que sucedeu (artigos 1.º, n.º 1, e 2.º do decreto-lei). Face ao seu estatuto orgânico, aprovado pelo sobredito diploma, a APSS era um «instituto público dotado de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, financeira e patrimonial». Contudo, e através do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro, a APSS foi transformada em «sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A., abreviadamente designada por APSS, S. A.» (artigo 1.º, n.º 1). E, como consta do preâmbulo desse diploma, tal transformação deveu-se ao facto de o «actual modelo orgânico das administrações portuárias, onde se inclui a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, assente na figura do instituto público», se ter revelado «limitativo e frequentemente incompatível com a gestão de natureza empresarial baseada em pressupostos de eficácia, racionalidade e competitividade que se pretende ver prosseguida nos portos portugueses».

Assim, é flagrante que, ao transformar a APSS numa sociedade anónima, mesmo que de capitais exclusivamente públicos, o legislador pretendeu excluí-la da categoria específica dos institutos públicos; e a mesma ideia se colhe na revogação do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 348/86, de 16 de Outubro — que previa que os portos seriam geridos por institutos públicos — operada pelo artigo 24.º do citado Decreto-Lei n.º 338/98. Deste modo, não é de acolher a tese do recorrente segundo a qual a APSS, S. A., persistiu como um instituto público porque continuou a personalidade jurídica de um ente colectivo que detinha tal natureza; pois o que, *ex vi legis*, sucedeu foi que a personalidade do ente subsistiu a despeito da transformação da sua natureza.

Portanto, não há dúvida que o legislador do Decreto-Lei n.º 338/98 pretendeu retirar à APSS a natureza de instituto público, inscrevendo-a numa diversa categoria de entes. Mas esta certeza está longe de resolver o assunto. Por um lado, porque importa considerar o novo paradigma entretanto surgido no sector empresarial do Estado, por outro, porque a nossa atenção deve descentrar-se, ao menos provisoriamente, da natureza da APSS e incidir sobretudo na interpretação do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), do CPA — pois essa é a tarefa fundamental para se apurar se o conselho de administração da APSS deve, ou não, submeter-se ao CPA quando exerce poderes de autoridade.

Mas, preliminarmente, há que enfrentar duas objecções colocadas na contra-alegação — que o acto não envolveu poderes de autoridade e que a averiguação da sua natureza está fora do *thema decidendum*. Em ambos os casos a recorrida está severamente equivocada. Com efeito, é

indiscutível que o acto punitivo fez aplicação de um estatuto disciplinar aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, pelo que exerceu o chamado *jus imperii*; e, estando isso mesmo implicitamente admitido no aresto *sub censura*, só faz sentido dizer que não temos de voltar ao assunto porque ele já está resolvido — e não porque se trataria de matéria que agora se não pudesse recuperar e cogitar. Posto isto, atentemos no aludido preceito do CPA.

O artigo 2.º, n.º 1, desse diploma estatui que as disposições do CPA se aplicam a todos os órgãos da Administração Pública; o n.º 2, alínea b), do mesmo artigo faz um elenco desses órgãos, neles incluindo os órgãos dos institutos públicos, e o n.º 3 estende o regime do CPA aos actos praticados por entidades concessionárias no exercício de poderes de autoridade. Ora, nunca se duvidou que o conceito de «instituto público», inserto naquela alínea b), aí era usado no genérico sentido de abranger as empresas públicas — nos casos em que elas exercessem o chamado *jus imperii*. Foi essa a ideia que presidiu à formulação do preceito, pois predominava então a tese de que a noção ampla de instituto público abarcava as empresas públicas e excluía as sociedades anónimas, mesmo que de capitais exclusivamente públicos (a propósito dos dois problemas, cf., v. g., o CPA comentado por Esteves de Oliveira e outros, 2.ª ed., pp. 65 e seguintes, e o *Curso de Direito Administrativo*, vol. 1, de Freitas do Amaral, edição de 1990, pp. 315 e segs. e 331 e segs., *maxime*, 349 e 350).

No fundo, e mediante essa noção lata de instituto público, o legislador do CPA quis submeter ao regime do diploma os chamados actos de gestão pública, isto é, a generalidade da actuação autoritária de entes ligados ao Estado — que, então, só residualmente operava através de sociedades de direito privado. E, precisamente por isso, é que se determinou que o CPA se aplicaria até a entidades privadas — os concessionários, enquanto exercessem o *jus imperii*. Ora, essa ideia matriz continua viva e subsistente, não sendo negada, mas antes confirmada, por todas as mudanças entretanto ocorridas ao nível do regime jurídico das empresas públicas e do sector empresarial do Estado.

Com efeito, a lógica e a disciplina desta administração indirecta do Estado receberam entretanto modificações profundas. Generalizou-se a utilização, pelo Estado, de sociedades anónimas de capitais exclusiva ou predominantemente públicos; mas, em contraponto a esta tendência centrífuga, atribuiu-se a tais entidades o qualificativo de empresas públicas, assim se realçando a ligação indefectível delas aos fins estaduais. Assim, o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, veio redefinir o conceito de empresa pública: por um lado, reservou a anterior noção delas para as agora chamadas «entidades públicas empresariais», por outro, e segundo o artigo 3.º, n.º 1, as sociedades anónimas de capitais públicos passaram a ser consideradas empresas públicas, ao invés do que anteriormente sucedia.

Deste modo, temos que a APSS é, hoje, uma empresa pública, embora o diploma que anteriormente a constituiu (o referido Decreto-Lei n.º 338/98) lhe recusasse um qualificativo jurídico — o de instituto público — que abrangia, e continua a abranger, as empresas públicas como uma das suas espécies. Eis-nos, pois, perante um aparente paradoxo: a lei constitutiva da APSS nega-lhe a natureza de instituto público (pelo que nem sequer seria empresa pública), mas a legislação posterior encara-a como uma empresa pública (pelo que seria, afinal, um instituto público).

Ora, a circunstância de haver uma lei mais recente que terá feito regressar a APSS à categoria geral dos institutos

públicos já constitui um indício forte da aplicabilidade do CPA a situações como a dos autos. E este indício é reforçado pela *ratio legis* do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), do mesmo diploma.

Com efeito, vimos supra que o legislador do CPA pretendeu submeter ao seu regime o exercício dos poderes de autoridade devolvidos pelo Estado aos entes de que pontualmente se servisse para a prossecução dos seus fins. O que era, aliás, perfeitamente lógico, pois não se compreendia que o exercício do *jus imperii* se dividisse por regimes procedimentais diversos, mas confluentes para o mesmo fim — a prática de actos administrativos. Aliás, esta confluência já significaria uma aplicação do CPA, ao menos restrita ao seu artigo 120.º — apesar de, sem se activar o artigo 2.º, não haver norma justificativa desse reenvio. E é de notar que o artigo 120.º não poderia ser o único ponto de reunião desses regimes diversos, pois tal preceito não pode operar sem a consideração de outras regras envolventes (que lhe são antecedentes, concomitantes ou subsequentes); de modo que a aceitação de uma tal diversidade de regimes criaria hesitações insuperáveis quanto à precisa delimitação das normas do CPA que haveriam de acompanhar a prática de actos administrativos por entes de direito privado.

Por tudo isto, temos que o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), do CPA tem um alcance maior do que uma interpretação restritiva do conceito de «instituto público» imediatamente sugere — pelo que abarca os actos de autoridade excepcionalmente praticados por órgãos de sociedades anónimas do sector empresarial do Estado, hoje qualificadas, aliás, como empresas públicas. E só assim não será se as leis constitutivas dessas sociedades ou os seus estatutos, legalmente aprovados, dispuserem em contrário.

Ora, nem o Decreto-Lei n.º 338/98 nem os Estatutos da APSS, aprovados por aquele diploma, impunham que os órgãos do ente, ao usarem poderes de autoridade, se pautassem por regras diferentes das do CPA. Sendo assim, o conselho de administração da APSS, ao emitir actos administrativos, assumia-se como um órgão da Administração enquadrável no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), do CPA, devendo actuar sob o respectivo regime. E, por tudo isto, a recorrida erra quando faz depender o uso do CPA da remissão que o estatuto disciplinar para ele fizesse; até porque tal remissão era impossível devido à anterioridade desse estatuto no tempo.

In casu, não oferece dúvidas que a deliberação impugnada é um acto administrativo *proprio sensu*. Na verdade, tal acto aplicou um regime disciplinar de direito público, em exacta consonância com a «natureza do vínculo» que a associada do recorrente, alvo da sanção disciplinar, tivera relativamente à APSS antes de esta ser transformada em empresa pública (cf. o artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 338/98). Ou seja: o acto punitivo fez aplicação do Estatuto Disciplinar aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, *ex vi* do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 421/99, de 21 de Outubro. É, aliás, óbvio que só essa índole pública do regime disciplinar aplicado explica e justifica que os tribunais administrativos detenham competência *ratione materiae* para o conhecimento da acção dos autos.

Sendo assim, e como acima vimos, o conselho de administração da APSS, ao praticar o acto, devia obediência ao regime do CPA, designadamente no tocante ao modo de formação da vontade do órgão, explicitado no artigo 24.º, n.º 2, do mesmo diploma. E, porque essa regra não foi observada, segue-se que o acto enferma do correspondente

vício procedimental, como o recorrente clama. Portanto, o acórdão recorrido tem de ser erradicado da ordem jurídica (artigo 152.º, n.º 6, do CPTA), impondo-se a anulação do acto impugnado por padecer do referido vício formal.

E podemos enunciar a resolução da *quaestio juris* fundamental nestes termos: salvo disposição legal em contrário, os órgãos das sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos — hoje empresas públicas, *ex vi* do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro — são órgãos da Administração Pública nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, do CPA quando exerçam poderes de autoridade, designadamente em matéria disciplinar.

Em conformidade com o exposto, acordam:

a) Em conceder provimento ao presente recurso para uniformização de jurisprudência e em anular o acórdão recorrido;

b) Decidindo em substituição, em julgar procedente a acção administrativa especial dos autos e em anular, pelas razões expostas, o acto impugnado — ao que deverá seguir-se a reconstituição da situação actual hipotética, como o recorrente pediu *in initio litis*;

c) Em condenar a APSS nas custas do processo, na 1.ª instância, no TCA e no STA, para o que se fixam, respectivamente, as seguintes taxas de justiça: 3 UC, 4 UC e 6 UC.

Lisboa, 20 de Maio de 2010. — *Jorge Artur Madeira dos Santos* (relator por vencimento) — *Maria Angelina Domingues* — *Jorge Manuel Lopes de Sousa* — *Alberto Acácio de Sá Costa Reis* — *Adérito da Conceição Salvador dos Santos* — *António Bernardino Peixoto Madureira* — *António Bento São Pedro* — *António Políbio Ferreira Henriques* — *José António de Freitas Carvalho* — *Américo Joaquim Pires Esteves* — *José Manuel da Silva Santos Botelho* (vencido, nos termos da declaração elaborada pelo conselheiro Rosendo José) — *Rosendo Dias José* (vencido conforme declaração junta) — *Rui Manuel Pires Ferreira Botelho* (vencido de acordo com a declaração da colega Fernanda Xavier) — *Alberto Augusto Andrade de Oliveira* (vencido, no essencial pelas razões da conselheira Fernanda Xavier) — *Fernanda Martins Xavier e Nunes* (vencida, nos termos da declaração de voto que junto).

Recurso para uniformização de jurisprudência

Sem prejuízo das razões expostas no voto de vencido da Ex.^{ma} Sra. Conselheira Fernanda Xavier, que genericamente acompanho, entendo ser necessário sublinhar algumas observações que me suscita o Acórdão.

1 — O sector empresarial do Estado sofreu em 1999 uma reformulação profunda operada pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, que elegeu como objectivo principal a reformulação do conceito de empresa pública.

2 — Actualmente, nos termos do artigo 3.º desse diploma (doravante designado por RGSEE), as sociedades constituídas nos termos da lei comercial e nas quais o Estado detenha influência dominante, são claramente assumidas como empresas públicas, ao contrário do que sucedia no anterior regime.

3 — Operou-se assim uma ampliação do conceito de «empresa pública», que passa agora a abranger duas realidades distintas: as empresas de base societária e as empresas de base institucional — as entidades públicas empresariais — que correspondem ao antigo conceito de empresa

pública definido pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, agora revogado pelo actual RGSEE.

4 — No caso dos autos, a APSS, S. A., foi transformada em sociedade anónima de capitais inteiramente públicos pelo Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro.

5 — A disciplina jurídica aplicável, por regra, à actividade desenvolvida por todas as empresas públicas é, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do RGSEE, o direito privado, salvo no que estiver disposto no presente diploma e nos diplomas que tenham aprovado os respectivos Estatutos.

6 — No entanto, porque em todo o caso as empresas públicas se consideram integradas na administração indirecta do Estado, razões de unidade do sistema, assim como de coerência interna, certeza e segurança jurídica, determinam que a estas entidades se aplique, em alguma medida, regras de direito público.

7 — No presente caso, o acórdão conclui que o conselho de administração da APSS, S. A., deve ser entendido como órgão da Administração Pública, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), do CPA, designadamente porque exerceu poderes de autoridade ao aplicar sanção disciplinar consagrada no Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, razão pela qual no procedimento decisório que conduziu a essa aplicação deveria ter sido observado o disposto no artigo 24.º, n.º 2, do CPA.

8 — Deixando de lado as premissas do acórdão no que se refere à natureza da APSS, S. A., enquanto instituto público (sendo este um género do qual a empresa pública seria espécie), cumpre sublinhar que estamos na presença de um acto que se pode considerar como acto administrativo, na medida em que aplica uma sanção disciplinar, assim se preenchendo, em geral, os critérios exigidos pelo artigo 120.º do CPA para concluir por essa qualificação.

9 — Porém, como se sabe, a circunstância de entidades privadas — ainda que de um ponto de vista meramente formal — poderem praticar actos aplicando normas de direito público, como sucedeu no presente caso, não constitui novidade. A atestar esta conclusão, v. designadamente a previsão normativa nesse sentido consagrada no próprio RGSEE — artigo 14.º —, assim como no artigo 2.º, n.º 3, do CPA.

10 — Não obstante, o facto de se entender que a APSS, S. A., praticou um acto administrativo de natureza sancionatória, não pode ser valorado como argumento para concluir que o seu conselho de administração, por força desse acto, se transfigurou em órgão da Administração, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º do CPA, conforme conclui o acórdão que faz vencimento.

11 — Esse entendimento parece-nos conflitar desde logo com a opção claramente assumida pelo legislador quando determinou a aplicação preferencial do direito privado às empresas públicas (opção esta que também não constitui novidade pois era também consagrada no antigo Decreto-Lei n.º 260/76).

12 — O raciocínio que justifica a aplicação de normas de direito público enquanto vinculações a observar pelas empresas públicas — conforme decorre da teoria do direito administrativo privado — obriga a efectuar juízos de ponderação gradativos no que concerne quer ao âmbito quer, sobretudo, ao alcance e extensão da aplicação do direito público às empresas detidas pelo Estado (ponderação esta que assume maior premência no caso das empresas públicas societárias, atendendo ao princípio do respeito pela forma jurídica escolhida).

13 — Caso assim não se entenda e se opte, como sucede na tese que aqui fez vencimento, por uma aplicação maximalista de regras de direito público — ainda que justificada por se tratar de situação pontualíssima, como sucede no caso de aplicação de sanções disciplinares —, afastamos dos objectivos claramente assumidos pelo legislador quando optou pela submissão genérica das empresas públicas ao direito privado. Além disso, esse entendimento viola também os comandos legais que cristalizaram essa opção (cujos fundamentos não importa aqui averiguar), desde logo o próprio artigo 7.º do RGSEE, cuja correcta interpretação obriga a «escalonar» a aplicação de normas de direito público, a qual terá apenas lugar nos termos previstos nesse diploma, assim como nos diplomas que tenham aprovado os estatutos das empresas públicas em questão.

14 — No presente caso, perscrutado tanto o RGSEE quanto às regras de funcionamento do conselho de administração das empresas públicas societárias, como o Decreto-Lei n.º 338/98, que criou a APSS, S. A., e aprovou os seus Estatutos enquanto sociedade anónima de capitais públicos, verifica-se que nenhum desses diplomas responde directamente à questão de saber se no presente caso se deveria aplicar as regras de votação consagradas no artigo 24.º, n.º 2, do CPA.

15 — Não obstante, a resposta que se nos afigura mais correcta e conforme aos normativos legais em vigor é claramente negativa, designadamente porque perante a ausência de previsão expressa consagrada no RGSEE, no diploma de criação da APSS, S. A., e aprovação dos respectivos Estatutos, não é possível escapar à imediata aplicação do direito privado, que no caso é, claramente, o direito das sociedades comerciais, em concreto, o das sociedades anónimas.

16 — Ora, as regras de funcionamento dos órgãos das sociedades anónimas estão consagradas nos artigos 390.º e seguintes (em especial 410.º e seguintes) do CSC e da sua análise não consta qualquer norma que sequer remeta para solução aproximada àquela que está consagrada no artigo 24.º, n.º 2, do CPA.

17 — Esta última respeita ao funcionamento interno de órgãos de natureza administrativa, não devendo por isso aplicar-se ao funcionamento de órgãos que são objectiva e legalmente órgãos societários, regulados por direito específico: o direito das sociedades comerciais.

18 — Por outro lado, o entendimento que preconizamos não é indiferente nem deve ser interpretado como um claro distanciamento da aplicação do direito público à actividade exercida pelas empresas públicas. Efectivamente, o direito das sociedades comerciais que se lhes aplica é necessariamente publicizado, conforme resulta quer do RGSEE quer dos diplomas legais que criam as empresas públicas e aprovam os respectivos estatutos, como sucede no caso presente. Mas, em qualquer caso, a submissão das empresas públicas a regras de direito público não converte os seus órgãos em órgãos da Administração, conforme sustenta a tese vencedora. Esses órgãos mantêm-se órgãos societários, especialmente vinculados à observância daquelas normas e princípios de direito público de cariz fundamental, tal como pode retirar-se do disposto no artigo 2.º, n.º 5, do CPA.

19 — Ora, no presente caso, o vício procedimental invocado não constitua violação de norma que consagre princípio geral ou que concretize preceito constitucional, conforme menciona o citado preceito. — *Rosendo Dias José.*

Declaração de voto

Voto vencida, de acordo com o projecto de acórdão que elaborei, pelas seguintes razões:

1 — Contrariamente ao recorrente, entendo que a APSS, S. A., não continuou, nem podia continuar, a personalidade jurídica do anterior *instituto público* APSS, a que sucedeu, desde logo porque a APSS, S. A., não é, nem nunca foi, um instituto público, mas sim uma *sociedade anónima*, embora de capitais exclusivamente públicos (cf. os artigos 1.º, n.º 2, e 24.º do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro, e respectivo preâmbulo) e, portanto, uma entidade dotada de *personalidade de direito privado*, que integra hoje o conceito de *empresa pública*, definido pelo artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 598/99, de 17 de Dezembro (diploma que reviu o regime jurídico do sector empresarial do Estado — RSEE) ⁽¹⁾.

Com efeito, como claramente resulta do diploma que a criou, *v. g.* do respectivo preâmbulo, a APSS, S. A., é uma entidade de *direito privado*, criada pelo Estado, para actuar segundo critérios de *gestão privada*, sujeita, por regra, ao *direito privado* (cf. também o artigo 7.º, n.º 1, do RSSE) e, portanto, uma entidade jurídica diferente do extinto instituto público, que era um organismo de *direito público*, que actuava, por regra, segundo critérios de *gestão pública* e, portanto, de sujeição ao *direito público*, incompatíveis com a gestão de natureza empresarial baseada em pressupostos de eficácia, racionalidade e competitividade que se pretendia ver prosseguida pelos portos portugueses.

Aliás, mesmo as *empresas públicas tradicionais*, actuais EPE (cf. artigos 1.º, n.º 3, e 23.º e seguintes do RSEE), que eram (e continuam a ser) pessoas jurídicas de *direito público*, não se confundem com a figura do *instituto público* existente no nosso ordenamento jurídico.

Esta figura jurídica, que na doutrina vinha sendo definida como «[...] uma pessoa colectiva, de **tipo institucional**, criada para assegurar o desempenho de **determinadas funções administrativas de carácter não empresarial**, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa colectiva.» ⁽²⁾, encontra-se hoje regulamentada na lei quadro dos institutos públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril), que os qualifica como *peçoas colectivas de direito público, sujeitas a um regime jurídico de direito público* (cf. *v. g.* seus artigos 4.º, n.º 1, e 6.º).

É verdade que houve autores que chegaram a defender a inclusão da empresa pública *tradicional* na figura do instituto público, designadamente com vista a integrá-la no artigo 2.º, n.º 2, alínea *b*), do CPA. Mas esse entendimento não prevaleceu, vindo a prevalecer o entendimento de que são figuras jurídicas conceitualmente distintas.

Por exemplo, o Prof. Freitas do Amaral veio a rever a sua posição anteriormente assumida nesse sentido, passando a distinguir, a partir de 1994, as duas figuras jurídicas, enquadrando nos institutos públicos apenas *os serviços personalizados do Estado, as fundações públicas e os estabelecimentos públicos*. ⁽³⁾

De qualquer modo, refira-se que mesmo os autores que defendiam então que as empresas públicas tradicionais eram uma subspecie dos institutos públicos, com vista a enquadrá-las no citado artigo 2.º, n.º 2, alínea *b*), do CPA, sempre excluíram desta última figura as *sociedades anónimas de capitais públicos, ainda que exclusivamente*

públicos, como, aliás, se reconhece no acórdão que fez vencimento.

Com efeito, as sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos não se enquadravam sequer no conceito de empresa pública constante do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, então ainda em vigor, nem no conceito de empresa pública construído pela doutrina, face a este diploma legal⁽⁴⁾. Razão por que a APSS, S. A., não foi qualificada como empresa pública, no diploma que a criou, ainda na vigência daquele Decreto-Lei n.º 260/76, mas apenas como uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.

É claro que, face ao atrás exposto, a menção contida no artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 338/98, de que a APSS, S. A. «[...] **sucede automática e globalmente** à Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra e **continua a personalidade jurídica desta**, conservando a universalidade de bens, direitos e obrigações integrantes da sua esfera jurídica no momento da transformação», não pode ter a interpretação que lhe dá o recorrente, ou seja, de que a APSS, S. A., continuou a ser um instituto público.

Com tal preceito o legislador teve apenas em vista resolver o problema da *sucessão* do extinto ente público, i. e., do destino não só da universalidade das relações jurídicas patrimoniais em que o mesmo estava envolvido mas também do complexo de poderes e atribuições de que era titular, transferindo-os para a APSS, S. A., com vista à prossecução da missão pública que lhe foi confiada — a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra (cf. artigo 3.º do citado Decreto-Lei n.º 338/98). Não é, pois, em rigor, da personalidade jurídica da APSS, S. A., de que ali se trata, mas da sua *capacidade jurídica*.

É por estas razões que entendo que falece a tese do recorrente de que a APSS, S. A., é, nos termos do diploma que a criou, um instituto público.

2 — Por outro lado e contrariamente ao acórdão que fez vencimento, entendo que o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, não operou qualquer regresso da APSS, S. A., à figura de instituto público, que nunca foi.

Com o citado diploma, a APSS, S. A., foi, efectivamente, qualificada como *empresa pública*, na nova definição constante do artigo 3.º, n.º 1, daquele diploma e claramente enquadrada no *sector empresarial do Estado*, verificando-se que o sector empresarial do Estado abrange agora, além das *tradicionais empresas públicas (actuais EPE)*, as *novas empresas públicas (empresas públicas societárias)* e ainda as *empresas participadas* (cf. artigo 2.º, n.º 1, do referido diploma legal).

Nos termos do citado artigo 3.º, n.º 1, «[c]onsideram-se empresas públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante, em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:

- a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto;
- b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.»

Ora, se as tradicionais empresas públicas já eram conceitualmente distintas da figura do instituto público, as novas empresas públicas ainda mais se afastam dessa figura, face à sua natureza societária, em regra sociedades anónimas de capitais públicos⁽⁵⁾.

Na verdade, estamos aqui perante um *novo* conceito de empresa pública, que aposta na gestão privada e no direito privado como direito, *por excelência*, da sua actuação e que visou abranger as diversas entidades que integravam o sector *privado* empresarial do Estado, aproximando-se, assim, do conceito comunitário de empresa pública constante das Directivas n.ºs 80/723/CEE, de 29 de Julho, e 93/84/CE, de 30 de Setembro (cf. também Directiva n.º 2000/52/CE, da Comissão, de 29 de Julho), de forma a afastar quaisquer questões de incompatibilidade do direito nacional com aquele direito, sobretudo em matéria de concorrência, igualdade e transparência das empresas no espaço comunitário (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 558/99).

Face ao Decreto-Lei n.º 558/99, as empresas públicas societárias, como é o caso da APSS, S. A., regem-se pelo *direito privado*, pautando-se de harmonia com as regras normais do direito societário, ressalvadas as *excepções* nele previstas e nos diplomas que tiverem aprovado os respectivos estatutos (cf. artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99 e respectivo preâmbulo). Como é afirmado no preâmbulo deste diploma, «[e]ssa é, aliás, a **linha essencial do presente diploma, que consagra o direito privado como o direito aplicável por excelência a toda a actividade empresarial, seja ela pública ou privada.**» (*sublinhado nosso*).

Ora, não restam dúvidas que a APSS, S. A., foi constituída já tendo em vista as referidas alterações introduzidas no sector empresarial do Estado pelo citado Decreto-Lei n.º 598/99 e designadamente a redefinição do *conceito de empresa pública*, operada pelo seu artigo 3.º, n.º 1, onde se enquadra.

Portanto, o referido diploma não alterou em nada a sua natureza jurídica de *empresa de direito privado de capitais públicos*, apenas a abrangeu no novo conceito de empresa pública, não se verificando, por essa via, qualquer regresso à figura do extinto instituto público.

Concluo, pois, face ao anteriormente exposto, que a APSS, S. A., não continuou a personalidade jurídica do anterior instituto público nem regressou a essa figura jurídica por força do RSEE, antes foi sempre, desde a sua constituição, uma *sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos* (cf. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro), que integra o sector *privado* empresarial do Estado, hoje qualificada como *empresa pública*, face ao artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (RSEE).

3 — Não sendo a APSS, S. A., um instituto público nem qualquer outra das pessoas jurídicas de direito público a que se alude no artigo 2.º do CPA mas sim, como vimos, uma pessoa jurídica de direito privado, no caso uma *sociedade anónima*, os seus órgãos não são órgãos da Administração Pública para efeitos do CPA (cf. seu artigo 13.º).

Com efeito, estando organizada segundo o direito privado, *as disposições do CPA sobre os órgãos administrativos e, particularmente, sobre o funcionamento de órgãos colegiais (artigos 13.º a 26.º) não se lhe aplicam*⁽⁶⁾.

A APSS, S. A., rege-se, nesse campo, pelo diploma que a criou e respectivos Estatutos e, no que neles não estiver previsto, pelo disposto na legislação sobre sociedades comerciais, no caso sobre sociedades anónimas (cf. artigos 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 338/98, 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99, e 410.º do CSC).

É o princípio da congruência entre as formas organizativas e o direito aplicável.

De resto, tratando-se de leis especiais e ademais posteriores ao CPA, sempre prevaleceriam sobre este (artigo 7.º, n.º 3, do CC).

Ora, nem o Decreto-Lei n.º 558/99 nem o diploma que aprovou os Estatutos da APSS, S. A., o Decreto-Lei n.º 338/98, determinam a aplicação ao respectivo conselho de administração das normas do CPA relativas à organização e funcionamento dos órgãos administrativos, antes a organização e funcionamento dos órgãos sociais da APSS, S. A., está especialmente regulada nos artigos 13.º a 15.º do citado Decreto-Lei n.º 338/98 e no capítulo III dos respectivos Estatutos, respeitando a secção III ao conselho de administração (artigos 9.º a 14.º) e dispondo o artigo 14.º sobre o funcionamento desse conselho, designadamente quanto à forma de votação. No que não estiver ali expressamente previsto, aplicam-se, subsidiariamente, as normas aplicáveis às sociedades anónimas *ex vi* artigo 1.º, n.º 2, do citado Decreto-Lei n.º 338/99 (cf. também o artigo 11.º, n.º 1, dos referidos Estatutos).

Face ao exposto e contrariamente ao recorrente e ao acórdão que fez vencimento, entendo que os órgãos da APSS, S. A., não são órgãos da Administração Pública para efeitos do CPA, não se enquadrando no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), deste diploma, não lhes sendo, por isso, aplicável o disposto no artigo 24.º, n.º 2, do CPA, cuja violação é fundamento do pedido de anulação do acto aqui impugnado.

4 — E considero que assim é, mesmo quando a APSS, S. A., actua no *exercício de poderes de autoridade* que lhe foram conferidos pelo Decreto-Lei n.º 338/98, para o desempenho cabal da função pública de que foi incumbida.

É verdade que, nesse caso, a APSS, S. A., está, *excepcionalmente*, sujeita a normas de direito público, ou melhor, a normas de direito administrativo (já que a APSS, S. A., tal como qualquer entidade privada, também está sujeita ao direito público penal, fiscal, etc.), como decorre do artigo 1.º, n.º 3, do citado Decreto-Lei n.º 338/98.

Mas não é pelo facto de exercer poderes de autoridade que o conselho de administração da APSS, S. A., ou de qualquer outra entidade privada que actue no exercício de poderes de autoridade, se transforma num órgão da Administração Pública.

Aliás, como decorre do artigo 4.º, n.º 1, alíneas c) e d), do actual ETAF e do artigo 276.º, n.º 6, da CRP, podem hoje ser atribuídos poderes de autoridade a *qualquer* entidade privada com funções públicas e, portanto, sem que a mesma detenha qualquer estatuto específico e não é por isso que perde a sua natureza privada ou os seus órgãos passam a ser órgãos da Administração Pública. É que uma coisa é a sua personalidade jurídica de direito privado, outra a sua capacidade jurídica, que pode ser de direito privado e ou de direito público. (7)

Isto sem prejuízo de os *actos* da APSS, S. A., praticados no uso desses poderes, ficarem, naturalmente, sujeitos ao regime do CPA, tal como, aliás, os de qualquer outra entidade privada no exercício de poderes de autoridade e, nesse sentido, deve ser interpretado extensivamente o artigo 2.º, n.º 3, do CPA (8).

Além de toda a actuação da APSS, S. A., estar sujeita aos princípios gerais da actividade administrativa constantes do CPA e às normas que concretizam preceitos constitucionais, nos termos do artigo 2.º, n.º 5, daquele diploma.

Ora, assim sendo, o facto de a deliberação aqui impugnada ter sido tomada no âmbito de um processo disciplinar a que, excepcionalmente, é aplicável o ED/84,

por força de lei especial (o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 421/99, de 21 de Outubro) e ainda que se considere que a APSS, S. A., actuou no exercício de poderes de autoridade conferidos pelo Decreto-Lei n.º 338/98 (questão que não se irá aprofundar, por irrelevante face ao já exposto, mas propendo a considerar, tal como a recorrida, que os poderes de autoridade a que se alude no artigo 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 338/98 são apenas os conferidos à APSS, S. A., para o desempenho cabal da função pública de que foi incumbida — a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra e, portanto, apenas os *poderes de autoridade portuária* ou «competências» conferidas pelos artigos 3.º, n.º 2, 4.º e 5.º do citado decreto-lei e não o poder disciplinar que a APSS, S. A., como qualquer entidade patronal, seja pública ou privada, detém sobre os seus trabalhadores, isto ainda que, no caso da associada do recorrente, seja, excepcionalmente, aplicável o ED), tal não impunha qualquer alteração na forma de funcionamento do conselho de administração da APSS, S. A., mas sim e apenas que fosse observado o disposto no ED e isso o conselho de administração fez, como resulta da matéria de facto provada nas instâncias e não está sequer controvertido.

Acresce que o ED/84 não impõe qualquer forma de votação aos órgãos colegiais que aplicam as suas normas, *v. g.* o escrutínio secreto e o processo disciplinar está *detalhadamente* regulado no seu capítulo v.

Por outro lado, sendo o exercício do poder disciplinar o exercício de uma actividade *sancionatória*, o direito aplicável *subsidiariamente*, é, por remissão expressa do ED, no campo substantivo, o *direito penal* (cf. artigo 9.º do ED) e, no campo processual, o *direito processual penal* (cf. artigo 35.º, n.º 4, e também o artigo 60.º, n.º 4, do ED) (9).

Finalmente, dir-se-á que a questão da competência desta jurisdição para apreciar a presente acção não se mostra controvertida nos autos nem foi suscitada nas instâncias e, por isso, dela já não se pode conhecer, por preclusão, face ao disposto no artigo 87.º, n.º 2, do CPTA.

Face a tudo o exposto, negaria provimento ao recurso.

(1) No sentido de que este tipo de sociedades têm personalidade jurídica de direito privado, *v.* Pedro Gonçalves, *Entidades Públicas e Privadas*, Almedina, 2005, pp. 397 e 433.

(2) Cf. Prof. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., 1994, p. 345.

(3) Cf. *ob. cit.*, 2.ª ed., 1994, p. 341, e mais adiante, de p. 343 a p. 357. Também já claramente distinguindo as empresas públicas dos institutos públicos, *v.* o parecer da CADA n.º 164/2001, de 12 de Dezembro.

(4) Cf. sobre o conceito de empresa pública estadual, na vigência do Decreto-Lei n.º 260/76, *v.* o Prof. Freitas do Amaral, *ob. cit.*, 2.ª ed., 1994, de p. 364 a p. 370.

(5) Distinção que hoje é inquestionável face à lei quadro dos institutos públicos e foi também recentemente assumida no artigo 4.º, n.º 1, alíneas c) e d), da Lei n.º 47/2007, de 24 de Agosto (LADA).

(6) Neste sentido, Pedro Gonçalves, *ob. cit.*, p. 1048.

(7) Cf. a este propósito, Pedro Gonçalves, *ob. cit.*, pp. 434-436.

(8) Cf., neste sentido, Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/Pacheco de Amorim, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 72, e ainda Pedro Gonçalves, in *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2005, p. 1047.

(9) Cf., neste sentido, Luís Vasconcelos Abreu, *Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Vigente — As Relações com o Processo Penal*, Coimbra, 1993, pp. 79 e segs., e o Prof. Marcello Caetano, *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Coimbra, pp. 175 e segs.