

# Data enia

Revista Jurídica Digital

**5** Janeiro 2016

# Data Venia

Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital  
ISSN 2182-8242

Ano 4 • N.º 05  
Publicado em Janeiro de 2016

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

Administração:  
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: [www.datavenia.pt](http://www.datavenia.pt)  
Contacto: [correio@datavenia.pt](mailto: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](http://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

## PROCESSO CIVIL

- A inspeção judicial: contributos para uma melhor verificação ou interpretação dos factos ..... 05  
*Maria da Purificação Lopes de Carvalho, Juiz de Direito Auxiliar na Relação*

## ADMINISTRATIVO

- nCPA: Âmbito de aplicação - trailer de um regime novo (!?) e generalidades 33  
*Angelina Teixeira, Advogada e Mestre em Direito*

## ADMINISTRATIVO

- Nem sempre as folhas caem no Outono – orientações do (novo) CPTA .... 57  
*Angelina Teixeira, Advogada e Mestre em Direito*

## DIREITOS FUNDAMENTAIS

- A tutela da honra frente à liberdade de expressão numa sociedade democrática ..... 73  
*J.F. Moreira das Neves, Juiz de Direito*

## CONTRATAÇÃO PÚBLICA

- A urgência imperiosa enquanto fundamento material de recurso ao ajuste direto: da controvérsia à importância da sua invocação ..... 97  
*Catarina Custódio Barreiros Alves, Advogada-Estagária*

## DIREITO DOS CONTRATOS

- Análise crítica do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14-02: relativo aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. .... 125  
*David Falcão e Marta Falcão, Professores Auxiliares Convidados*

## HISTÓRIA DO DIREITO

- O humanismo jurídico em Portugal ..... 135  
*Pedro Tiago Ferreira, Formador*

## GESTÃO PÚBLICA

- Controlo financeiro público e responsabilidade financeira ..... 149  
*Rute Alexandra de Carvalho Frazão Serra, Mestre em Direito*

## DIREITO COMPARADO - BRASIL

- A nova lei de feminicídio em face do princípio constitucional da isonomia: avanço ou retrocesso? ..... 257  
*Leonardo Alves Oliveira, Servidor Público Estadual (Brasil)*

## DIREITO COMERCIAL

- Sociedade irregular – contrato de sociedade: o acordo a que se reporta o art.º 36.º, n.º 2, do CSC – natureza e validade ..... 266  
*Higina Orvalho Castelo, Juíza de Direito*





# A INSPEÇÃO JUDICIAL

CONTRIBUTOS PARA UMA MELHOR VERIFICAÇÃO OU  
INTERPRETAÇÃO DOS FACTOS

**Maria da Purificação Lopes Carvalho**  
Juiz de Direito Auxiliar na Relação

## RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo analisar (numa perspetiva teórico-prática) a importância da realização da Inspeção Judicial como meio de prova para formação do convencimento do magistrado na fase instrutória do processo. Pretende também apreciar as repercussões da inspeção judicial no sistema processual dos diversos meios de prova admissíveis.

Neste trabalho salienta-se ainda o benefício da adoção pelos magistrados da inspeção judicial na formação do seu convencimento com vista à decisão final.

# A INSPEÇÃO JUDICIAL

## CONTRIBUTOS PARA UMA MELHOR VERIFICAÇÃO OU INTERPRETAÇÃO DOS FACTOS (\*)

**Maria da Purificação Lopes Carvalho**

Juiz de Direito Auxiliar na Relação

### 1. Introdução

O tema escolhido para este trabalho insere-se no capítulo da “prova” o que o torna por um lado, complexo e polémico e, de outro, fascinante e cada vez mais atual.

*O tema da prova é um dos mais relevantes e sedutores no âmbito do direito pela sua manifesta e decisiva influência no sucesso da lide. Sem a profícua realização da prova não pode ser prosseguida uma adequada composição do litígio.*

*“Nos bancos das faculdades de direito, a grande maioria dos exercícios cuja resolução se pede aos estudantes começa com o enunciar de um caso prático O mesmo não sucede numa ação judicial. O caso prático - chamamos-lhe assim - está longe de corresponder ao ponto de partida no labor de um JUIZ de direito. Em primeira instância, o caso é, quando surge, algo muito próximo de um ponto de chegada. Confrontado com duas ou mais versões o que se terá passado em dada ocasião, ao juiz cabe proferir «despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova». Depois de produzida toda a prova que houver de ser produzida, cumpre-lhe decidir quais os factos provados e os não provados - o mesmo é dizer, cumpre-lhe completar o seu caso prático”.<sup>1</sup>*

---

(\*) Texto de apoio da intervenção efetuada na ação de formação subordinada ao tema: "A inspeção judicial: Contributos para uma melhor verificação ou interpretação dos factos". Sala de Formação da Academia Geojustiça, em 17/10/2015, Braga.

<sup>1</sup> Rego; Margarida Lima "Decisões em Ambiente de incerteza: Probabilidade e Convicção na Formação das Decisões Judiciais" publicado na revista julgar nº 21 -2013 disponível em

## 2. A Prova em Processo Civil

Faz parte da cultura ocidental que os conflitos de interesses sejam resolvidos pelo Estado-Juiz. Para tal, o Poder Judiciário, por intermédio da jurisdição (exercendo a função jurisdicional), utiliza o processo, no qual há a participação de pelo menos três sujeitos: o juiz, o autor e o réu.

Para emitir o provimento solicitado pelas partes, o juiz deve socorrer-se dos fatos alegados e que venham a ser provados no processo.

*Os factos são "pedaços de vida."<sup>2</sup> "Num ser humano o corpo funciona como o sistema de sustento da vida. Quando o corpo soçobra, resta a imaterialidade, o espírito, a alma. Num processo, a matéria de facto é o corpo e o Direito é a alma"<sup>3</sup>.*

O julgador forma a sua convicção sobre os factos e é com base nela que julga e aplica o direito. Este estado de convencimento é criado no íntimo do julgador com o auxílio da *prova produzida em juízo*.

*A prova, é por definição, meramente gramatical: aquilo que demonstra ou estabelece a verdade de um facto<sup>4</sup>. Trata-se, porém, de vocábulo de aceção ampla, de aplicação múltipla a conteúdos diversos, desde as mais simples às mais complexas situações da vida. Faz-se a prova de um vestido, de uma bebida, da boa condução, da matrícula, dos novezes ....*

Mas provar um fato em tribunal perante o juiz não é a mesma coisa que “fazer a prova dos novezes, ou fazer a prova da condução”. Como nos diz o art.º 341º do Código Civil “ *as provas têm por função a demonstração da realidade dos fatos*”.

A convicção do juiz nasce e forma-se com base nas provas constantes dos autos.<sup>5</sup>

---

([http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Decisoese\\_m\\_ambiente\\_de\\_incerteza\\_-\\_probabilidade\\_e\\_conviccao\\_na\\_formacao\\_das\\_decisoese\\_judiciais.pdf](http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Decisoese_m_ambiente_de_incerteza_-_probabilidade_e_conviccao_na_formacao_das_decisoese_judiciais.pdf)) consulta em 21.07.2015

<sup>2</sup> Acórdão do TRP de 06 de Outubro de 2010: processo nº 403/04.1GAMCN-A.P1, Relator. Luís Teixeira, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>3</sup> Araújo, Henrique “ A matéria de fato no processo Civil,” 30.04.2009. Disponível na Internet em ([http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo\\_materiafactoprocessocivil.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf)). Acesso em 21.07.15.

<sup>4</sup> Ver Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea., Academia de Ciências de Lisboa, Editora Verbo pp. 2992

<sup>5</sup> cf. Rangel, Rui Manuel de Freitas, o Ónus da prova No processo Civil cit.p.49.

Provar os fatos alegados constitui pois o primeiro e maior embaraço que no direito se coloca em relação à prova.

Não podemos deixar de anotar que este problema da necessidade de prova está muito pouco consciencializado pelo cidadão (comum e não só). As pessoas quando pretendem defender os seus direitos diretamente ou por conhecimento, esquecem que não basta ter razão é necessário demonstrá-la. Não fazendo tal demonstração a demanda é perdida, pois não há direito sem prova.

É muita vezes esta falta de consciência que faz com que, com frequência, o cidadão comum “incitado” pelos media apelide as decisões dos tribunais como injustas e disfuncionais. Todavia, a causa de “tais decisões” resulta muitas vezes da apontada falta de demonstração da verdade relatada pela parte que recorre à justiça e que tem o ónus da prova dessa verdade – artº 342º do Código Civil.

Sabemos, também que demonstrar a verdade ou conhecer a realidade de um fato é tarefa por vezes difícil, pois se alguns fatos se revestem de manifesta simplicidade, outros revelam-se de grande complexidade. Aliás, raramente se apreende a realidade toda, dado tratar-se, na maior parte das vezes, de uma realidade do passado; melhor dizendo a prova reporta-se quase sempre a um facto passado que se pretende no presente bem esclarecido.

Acresce que, direcionando-se esta demonstração da realidade para pessoas, a mesma será percecionada numa visão parcelar, distinta de pessoa para pessoa. Por isso a verdade que será colhida é aquela que o julgador assimilou e que não poderá ser absoluta no sentido de excluir qualquer erro. Daí que se entende que *a prova-extrajudicial ou judicial de um fato não visa obter a certeza absoluta irremovível do fato.*

*A prova, por força das exigências da vida jurisdicional e da natureza da maior parte dos fatos que interessam á administração da justiça, visa apenas a certeza subjetiva, a convicção positiva do julgador. Se a prova em juízo de um fato reclamasse a certeza absoluta a atividade jurisdicional saldar-se-ia por uma constante e intolerável denegação da justiça.*<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> cf. Prof. Antunes Varela na RLJ 116/339.

Importa considerar que a formação da convicção do juiz e a criação do espírito no julgador de que determinado fato ocorreu e de determinado modo, “ se deve fundar numa certeza relativa, histórico-empírica, dotada de um grau de probabilidade adequado às exigências práticas da via.<sup>7</sup>

Ensina o prof. Castro Mendes “ a convicção humana é uma convicção de probabilidade”<sup>8</sup> ; *de evidence and inference*, i.e., segundo um critério de probabilidade lógica prevalecente “.<sup>9</sup>

Já dizia Voltaire que “ as verdades históricas não são mais do que probabilidades”.<sup>10</sup>

Quando o juiz dá como provado um determinado fato, isso significa, no nosso ordenamento jurídico, que, com os meios limitados à sua disposição e a imperfeição inerente à natureza humana, atingiu a “ certeza subjetiva” da veracidade da correspondente afirmação de fato.

A prova, entendida como a probabilidade de verificação do fato, desempenha pois uma função essencial no processo. “*Is quid probare non potest, nihil habet* (quem não pode provar, nada pode ter).<sup>11</sup>

Concluindo: não é concebível um julgamento fundado e justo, onde não seja feita prova dos factos alegados pelas partes.<sup>12</sup> É com base nessa prova e na fundamentação da mesma que o juiz julga., sendo certo que nessa função de

---

<sup>7</sup> Neste sentido Gomes, Manuel Tomé Soares “ Um Olhar sobre a Prova em Demanda da Verdade no processo Civil” Revista do CEZ, Dossier temático Prova, Ciência e Justiça - Estudos Apontamentos , Vida do CEZ, Número 3º , 2º Semestre, 2005, pp. 158 e 159.

<sup>8</sup> Soares, Manuel Tome (nota 7) pp. 158 e 159.

<sup>9</sup> Michelle Taruffo, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 42 e 43.

<sup>10</sup> Rego; Margarida Lima (nota 1) p.121. No mesmo sentido J. Castro Mendes, “ Do conceito de prova em processo civil”, Lisboa, 1961 pp. 321.

<sup>11</sup> cf. Iora, Alice “A prova Científica no Processo Civil, Algumas Questões Problemáticas”, Coimbra, 2011, cit. pp. 11.

<sup>12</sup> Martins, Ana Teresa Araújo, *Assistência Técnica no Exercício da Função Jurisdicional* , Dissertação apresentada à faculdade da universidade de Coimbra (conducente ao grau de mestre) ano de 2015 disponível no site <https://estudo.geral.sib.uc.pt/>. (consulta em 26.08.2015).

julgar não se basta com a aplicação do direito aos factos, tem que convencer o “*mundo da vida e o direito que é a solução justa*”<sup>13</sup>.

### 3. Meios de Prova

No subtítulo dedicado ao exercício e tutela dos direitos, o Código Civil contém um capítulo relativo aos meios de prova, distribuído por várias secções correspondentes a cada um dos meios de prova que regula: a prova por presunções (artigo 349.º e Seg.), a prova por confissão (artigo 352.º e seg.), a prova documental (artigo 362.º e seg.), a prova pericial (artigo 388.º e seg.), a prova por inspeção (artigo 390.º e seg.) e a prova testemunhal (artigos 392.º e Seg.).

O Código Civil não prevê outros meios de prova e não vislumbramos nele qualquer norma que refira outros meios de prova.

Destes meios de prova uns são diretos, na medida em que permitem o contacto imediato com o julgador (a inspeção judicial, a apresentação de coisa móvel e fatos notórios) ou indiretos na medida em que o contacto tem de permeio outra pessoa ou coisa (a prova documental, testemunhal, pericial ou por confissão).

Com exceção da prova por presunções que, por remeter para o domínio da argumentação intelectual e lógica do julgador dispensa regulação adjetiva, o Código de Processo Civil regula o *modo de produção dos meios de prova* que o Código Civil prevê, ou seja, a prova por confissão (artigo 421.º e seg.), a prova documental (artigo 423.º e Seg.), a prova pericial (artigo 467.º e Seg.), a prova por inspeção (artigo 490.º e Seg.) e prova testemunhal (artigos 495.º e Seg.).

O Código de Processo Civil faz contudo referência a um meio de prova não mencionado no Código Civil: a prova por apresentação de coisas (artigo 416.º). Tem no entanto o cuidado de assinalar que este meio de prova não afeta a possibilidade de prova pericial ou por inspeção em relação a ela. Tal significa que a apresentação de coisa e a inspeção da coisa apresentada são

---

<sup>13</sup> Miranda, Maressa da Silva, “O Mundo da Vida e o Direito na Obra de Jurgen Habermas”-Prisma Jurídico (on Line), disponível em [www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma.../prismav8n1\\_3d1454.pdf](http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma.../prismav8n1_3d1454.pdf) (acesso em 20 de Agosto de 2015).

meios de prova distintos. Materialmente não há grande diferença na medida em que em qualquer dos casos a coisa só serve para permitir a apreensão do fato que revela ou pelo julgador ou pelo perito. Mas a lei já não tem o cuidado de assinalar como é que este meio de prova é apreciado, designadamente se os seus resultados são ou não livremente apreciados pelo tribunal. Todavia a essa livre apreciação chega-se por argumento ao contrário: não havendo norma que vincule o tribunal a um certo resultado dessa apreciação, o tribunal tem de ser livre na apreciação do mesmo, uma vez que é este o princípio que vigora no nosso sistema jurídico.

De fato, em matéria de prova, dispõe o artigo 607º, nº 5, do CPC, que, em princípio, “o Tribunal...aprecia livremente as provas, decidindo os Juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto” (princípio da prova livre) com ressalva das situações em que a lei dispuser, diferentemente (princípio da prova legal).

O princípio da prova livre (por contraposição à prova legal: prova por documentos, por confissão e por presunções judiciais) vigora no domínio da prova pericial (ou por arbitramento) (art.º 389º, do CC), da prova por inspeção (art.º 391º, do CC) e da prova por testemunhas (art.º 396º, do CC). Neste âmbito a prova é apreciada pelo juiz segundo a sua experiência, a sua prudência, o seu bom senso, com inteira liberdade, sem estar vinculado ou adstrito a quaisquer regras, medidas ou critérios legais.

Tal princípio situa-se na linha lógica dos princípios da imediação, oralidade e concentração: é por haver imediação, oralidade e concentração que ao julgador cabe, depois da prova produzida, tirar as suas conclusões, em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que, através delas, se foi gerando no seu espírito, de acordo com as máximas de experiência aplicáveis.<sup>14</sup>

As provas são apreciadas livremente, sem nenhuma escala de hierarquização, de acordo com a convicção que geram realmente no espírito do julgador acerca da existência do facto<sup>15</sup>, sendo que, o que torna provado

---

<sup>14</sup> Neste sentido J. Lebre de Freitas, e outros, CPC Anotado, Volume 2º, cit., pág. 635.

<sup>15</sup> Neste sentido Varela Antunes, e outros, Manual de Processo Civil, Coimbra Editora, 1984, pág. 455 e, designadamente, os acórdãos da RL de 20.4.1989 e de 19.11.1998, in CJ, XIV, 2, 143 e CJ, XXIII, 5, 97,

um facto é a íntima convicção do juiz, gerada em face do material probatório trazido ao processo (bem como da conduta processual das partes) e de acordo com a sua experiência da vida e conhecimento dos homens,<sup>16</sup>.

Mas prova livre não quer dizer prova *arbitrária ou irracional*. *Quer antes dizer prova apreciada com inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade com as regras da experiência e as leis que regulam atividade mental do julgador.*<sup>17</sup>

Temos para nós como duvidoso que o nosso sistema processual civil se oriente pelo princípio da tipicidade dos meios de prova, no sentido de que em cada caso concreto só sejam admissíveis os meios de prova que as normas substantivas e adjetivas correspondentes prevêm e já não outros meios de prova, apesar de estes se encontrem previstos para processos ou procedimentos de outra natureza ou qualidade, e a sua produção não contenda com a ordem pública, nem afete qualquer direito legítimo dos intervenientes ou de terceiros.

Mas já não temos como duvidoso que a produção dos meios de prova obedece ao princípio da *legalidade*, ou seja, que para poderem ser aceites como meios de prova válidos, capazes de fundar uma decisão de facto legítima, os meios de prova têm de obedecer às regras estabelecidas sobre o modo e forma de serem produzidos, o chamado direito probatório formal.

As normas que compõem este direito não são meras normas regulamentares, mas verdadeiras normas jurídicas na medida em que não definem procedimentos em abstrato, definem, como é óbvio, procedimentos que têm como razão de ser e finalidade específica assegurar, não apenas o contraditório como, sobretudo, as condições julgadas ideais para que cada meio de prova em particular possa gerar a melhor prova possível.<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Neste sentido Andrade Manuel, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979, pág. 384 e, de entre vários, os acórdãos do STJ de 17.12.2002-Processo 02A3960 e de 27.11.2003-processo 03B3337, publicados no "site" da dgsi.

<sup>17</sup> Neste sentido Reis, Prof. Alberto dos Reis in *Código de Processo Civil Anotado III*, 247; *Código de Processo Civil Anotado, IV*, 1981, 566 a 571; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, I*, 1987, 340, c; STJ, de 30-12-77, BMJ nº 271, 185.

<sup>18</sup> Neste sentido Ac.R.Porto de 08.11.2012 proferido no processo 6439.07.3TBMTS.P1.

## 4. A Inspeção Judicial

### 4.1 O que é a inspeção judicial

Segundo o art.º 390 do Código Civil “A prova por inspeção tem por fim a percepção direta dos fatos pelo Tribunal”<sup>19</sup>.

A inspeção é uma espécie de prova que confere ao decisor o contato direto com o lugar, a coisa ou a pessoa. É o próprio juiz, quem realiza o exame, objetivando verificar as características e situações das pessoas ou coisas.

*O juiz colhe, por si próprio, a prova, toca, por assim dizer, o fato a provar, nada se interpõe entre a sua percepção e o fato que se pretende averiguar, na expressiva e clara definição deste meio de prova que nos fornece o Prof. Alberto dos Reis.*

20

Não há qualquer intermediário (seja pessoa, documento, laudo dos peritos) entre o juiz e o fato a provar. Não existe inspeção judicial indireta.

Ou dito de outro modo.<sup>21</sup>, “ *Através dela (...) o tribunal confronta-se sem intermediário, com fontes de prova indiciária, pessoal ou real (...) assim se esclarecendo sobre a realidade de fatos duradouros (...) que interessam á decisão da causa*”.

*A inspeção judicial trás no bojo a marca da pessoalidade, singularidade que se depreende do artigo 390º do Código Civil (...). Não se verificando a premissa básica da inspeção judicial não podemos falar na existência de um meio de prova, se falha o seu pressuposto essencial “ a Percepção direta”.*<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Ainda que o Código Civil designe no citado artigo e no seguinte a diligência em análise por “ inspeção” e não por “ inspeção judicial” o certo é que limita a prova por inspeção à percepção direta dos factos pelo tribunal, o que conduz a aceitar que a designação de “ inspeção judicial” do Código do Processo Civil nos arts 490 a 494 será, em todo o caso a mais adequada – neste sentido Rodrigues, Fernando Pereira in “ os Meios de Prova em Processo Civil”, Almedina 2015, pp. 153 .

<sup>20</sup> in Código de Processo Civil (nota 14) 306.

<sup>21</sup> Segundo Freitas Lebre de, Montalvão Machado e Rui Pinto in “Código de Processo Civil Anotado” Vol. 2, 2001 pp. 525 “.

<sup>22</sup> Martins, Ana Teresa Araújo (nota 12), p. 49

*Se entre o juiz e o objeto da inspeção não há contacto direto, não podemos desconsiderar que é abalado o pressuposto sobre o qual assenta toda a essência da prova por inspeção judicial.*<sup>23</sup>

Assim a inspeção difere da perícia, pois nesta o exame é feito por um técnico que apresenta um laudo - o juiz assume uma função meramente burocrática, pois determina que técnicos tragam para dentro dos autos as conclusões, que servirão para motivar a sua decisão, ao passo que o juiz, na inspeção, extrai as suas conclusões pelas percepções obtidas diretamente através da inspeção de coisas ou pessoas, ainda que se possa fazer acompanhar de técnico como permite o art.º 492 do CPC; no entanto apenas a presença direta e pessoal do magistrado identifica a prova como “inspeção judicial”. Nesta situação o meio de prova é a inspeção judicial. O técnico é ainda e apenas um assessor técnico do juiz cuja função não é fazer ele mesmo a inspeção mas apenas elucidar o juiz sobre o objeto e conteúdo da observação do juiz, chamar-lhe a atenção para o que interessa observar, explicar-lhe o significado do que ele está a observar.

É legítimo que o julgador mediante a complexidade técnico - científica de certos fatos sinta a necessidade de ser assessorado por alguém habilitado tecnicamente para o efeito. Na verdade existem fatos complexos que merecem esclarecimentos mais aprofundados, potenciando a correta indagação desses mesmos fatos pelo juiz sob pena de se não for assistido tecnicamente, limitar-se ao conhecimento superficial desses fatos, que muitas vezes não é suficiente para o bom julgamento da causa.

A assistência técnica destina-se assim a suprir as insuficiências reveladas pelo juiz - homem comum, que revela “insipiência” em certas áreas que sugerem conhecimentos mais aprofundados. Ora como se pode concluir é fundamental que em certos casos o juiz seja assessorado por um Assistente Técnico.<sup>24</sup>

Difere também da prova por apresentação da coisa móvel ou imóvel quando, apesar de a coisa ser móvel não pode ser depositada na secretária e o

---

<sup>23</sup> Martins, Ana Teresa Araújo (nota 12), p. 50.

<sup>24</sup> Martins, Ana Teresa Araújo (nota 12), p. 42.

juiz toma conhecimento dela através de fotografias, descrições ou representações de qualquer natureza. Quando a coisa móvel é trazida ao tribunal e o juiz a vê, a diferença com a inspeção é apenas formal, no sentido que o julgador tem a coisa no tribunal, pode inspecioná-la à vontade sem necessidade de se deslocar ao local aonde o imóvel se encontra. Se a coisa for imóvel ou móvel que não pode ser trazida ao Tribunal a parte põe-na à disposição do seu adversário, para que este, se quiser, a examine e colha a fotografia. Todavia esta prova que é indireta não afeta a possibilidade da prova direta por inspeção, como expressamente está previstos no art.º 416 n.º3 do CPC (anterior 516).

E difere também do novo meio de prova que o atual Código de Processo Civil implantou que são: *as verificações não judiciais qualificadas previstas no art.º 494º*. Ocorrem quando seja legalmente admissível a inspeção judicial, mas o juiz entenda que se não justifica, face à natureza da matéria, a percepção direta dos factos pelo Tribunal e incumbe para o efeito técnico ou pessoa qualificada para proceder aos atos de inspeção de coisas ou locais ou de reconstituição de factos e elaborar relatório sobre as verificações efetuadas.

Já nas Ordenações Afonsinas encontramos exemplo deste meio de prova (da inspeção judicial) quando por “ alvará régio”, foi mandado certo desembargador que se encontra na cidade de Coimbra que se informasse se certas terras pertenciam a uma das partes (*mandámos ao Licenciado Diogo Pires do nosso desembargo que ande com nossa alçada por todo o Reino que ora estava em a dita cidade que se informasse se os lugares são do Bispo*).<sup>25</sup>

Aqui chegados podemos *caraterizar* a inspeção judicial como sendo

- **Uma prova real**, porque o meio probatório consiste na observação de uma coisa ou pessoa;

- **Uma prova direta**, porque a observação é feita pelo tribunal <sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Testes, Jorge André Nunes Barbosa da Veiga, estudo de Diplomática Judicial, Mestrado em Paleografia e Diplomacia, Lisboa 2011 "Sentenças Régias em tempo de Ordenações Afonsinas (1446-1512) disponível em [www.academia.edu/14295542/Sentenças Régias em tempo de Ordenações Afonsinas-1446-1512-um estudo de Diplomática Judicial](http://www.academia.edu/14295542/Sentenças_Régias_em_tempo_de_Ordenações_Afonsinas-1446-1512-um_estudo_de_Diplomática_Judicial); Universidade de Lisboa, faculdade de Letras, Departamento de História (consultado em 20.08.2015).

<sup>26</sup> Reis Prof. Alberto dos Reis (nota 14) vol IV pp. 306.

*Exemplos: O juiz observa ele próprio os fatos a provar (ex: a composição dum bem imóvel; a constituição física de uma pessoa).*<sup>27</sup>

## 4.2 Ressalva

O juiz não pode ver tudo: o limite é a ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade humana. A perícia pode nessa eventualidade, ser realizada em alternativa ao abrigo do disposto no art.º 388º do Código Civil, segunda parte.

## 4.3 Finalidade da Inspeção Judicial

Segundo o art.º 490º (anterior 612 nº1) do Código Processo Civil, “o tribunal, sempre que o julgue conveniente, pode por sua iniciativa ou a requerimento das partes e com ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade das pessoas, inspecionar coisas ou pessoas a fim de se esclarecer sobre quaisquer fatos que interesse á decisão da causa ... “ (o sublinhado é nosso).

Resulta claro da redação do artigo citado que a finalidade principal da inspeção judicial é esclarecer o juiz sobre fato que interesse à decisão da causa quando esteja em causa a percepção de coisas ou pessoas.

Na verdade quando o juiz se desloca ao local da questão depois de organizar os temas de prova, na fase de decisão da matéria de fato, o que pretende é colher elementos para a decisão a proferir na sentença sobre a mesma matéria de fato.

De modo secundário destina-se também a habilitar o juiz a organizar a enunciação dos temas de prova e até a preparar a audiência prévia.<sup>28</sup>

Já dizia Lopes do Rego “ a supressão do anterior nº2 foi consequência da eliminação da especificação e do questionário; mas nada impede o juiz de

---

<sup>27</sup> Freitas, José de Lebre in Código de Processo Civil Anotado Vol 2º pp. 525 em anotação ao artº 612º do CPC.

<sup>28</sup> Neste sentido Rodrigues, Fernando Pereira (nota 16) p. 155.

continuar a realizar inspeções na fase da condensação para se orientar na selecção dos fatos provados e aprovar”<sup>29</sup>.

#### 4.4 Momento processual

Sendo o Tribunal a decidir da conveniência da inspeção ou tendo a mesma sido requerida esta pode realizar-se a todo o tempo enquanto não houver decisão sobre a matéria de fato (i.e ou sentença, nos termos do art.º 607 n.º4). Pode ser determinada em audiência e mesmo depois dela ao abrigo do n.º1 do art.º 607º do CPC.

As partes, sendo as requerentes da inspeção podem indicar no seu requerimento os fatos sobre que a diligência deve recair. Mas se o não fizer não ficam impedidas de no ato de inspeção apontarem os fatos que pretendem ver esclarecidos e com interesse para a decisão da causa (art.º 491º do CPC).

**Deve**, porém, o requerente da diligência no seu requerimento convencer o tribunal da necessidade ou vantagem da inspeção, para que o seu requerimento não seja indeferido, por o requerente não justificar devidamente o interesse da diligência.

#### 4.5 Realização da inspeção judicial

A inspeção judicial é um ato judicial com carácter publico. Por isso a ela poderão assistir quaisquer pessoas estranhas à intervenção da diligência, sem prejuízo de o tribunal o poder impedir se a presença dessas pessoas for suscetível de colocar em causa o fim da diligência. Nesta diligência as partes podem estar presentes e intervir. Por esta razão devem ser notificadas do dia e hora da inspeção e podem, por si ou por seus advogados, prestar ao tribunal os esclarecimentos de que ele carecer, assim como chamar a atenção para os fatos que consideram de interesse para a resolução da causa.

*O termo pode* (“ as partes podem (...) prestar ao tribunal”) *não é feliz. A norma geral do artº519 (actual 417) e um argumento de maioria de razão em face*

---

<sup>29</sup> Citação de Lebre de Freitas (nota 27) pp. 525.

*do disposto no artº 582-4 (atual 480-4) para a inspeção judicial levam a entender que é um **dever** das partes prestar ao juiz os esclarecimentos que este solicite.*<sup>30</sup>

Também um técnico pode estar presente na inspeção judicial, seja por nomeação do tribunal, seja a assistir os mandatários das partes nas questões de natureza técnica (art.º 50 do CPC).

No local da inspeção o tribunal não se deve limitar à captação de algum fato integrável nos temas de prova, antes pode e deve observar, recolher e apreciar quaisquer factos relevantes para a decisão da causa.

A lei não exige unidade da diligência de inspeção nem afasta que se suspenda para continuar no dia seguinte, nos dias seguintes ou em dias marcados”, tudo dependendo da coisa ou da pessoa a ser inspecionada, sendo perfeitamente compreensível que determinadas diligências demandem uma sintonia com o tempo, a distância, o volume e as especificidades próprias de cada coisa ou pessoa a ser inspecionada. Mais agora que esta “distribuição da justiça” tornou mais distante do juiz a coisa ou pessoa a ser inspecionada.

E se o dono da coisa a examinar procurar obstar a que a inspeção se realize?

- se o oponente for um terceiro será o mesmo condenado em multa, sem prejuízo da utilização dos meios coercivos que foram possíveis;

- se o recusante for o requerente da diligência ou a parte contrária será a mesma condenada em multa, sem prejuízo da utilização dos meios coercivos possíveis; além disso o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do artigo 344 nº2 do CC (artº 417 nº2 do CPC).<sup>31</sup>

Incumbe à parte que requerer a diligência fornecer ao Tribunal os meios adequados à sua realização, salvo se estiver isenta ou dispensada do pagamento de custas - artº 612º nº2 do CPC.

---

<sup>30</sup> Neste sentido Lebre de Freitas (nota 27) pp. 528.

<sup>31</sup> Rodrigues, Fernando Pereira (nota 16) p. 155158.

## 4.6 O Auto de Inspeção

Do ato da inspeção deve ser lavrado auto em que se registam todos os elementos úteis para o exame e decisão da causa, podendo o juiz determinar que se tirem fotografias para serem juntas ao processo.<sup>32</sup>

Logo, o auto deverá recolher o maior número possível de observações a serem consignadas pelo juiz, até mesmo porque não podem ser desconsiderados alguns fatores de excepcional importância, sendo um deles o fato de que, para plena utilidade da sentença, convém, (e assim é pretensão da lei) que do auto lavrado conste tudo quanto for útil ao julgamento da causa, não devendo o juiz inspetor poupar informações por ele extraídas ao tempo da diligência. Por outro lado porque sempre terá que ser considerado que os fatos verificados também precisam de ser cientificados às partes, para que possam concordar ou discordar com o auto e com as conclusões judiciais. Acresce que deve ser considerada a possibilidade de ocorrer a substituição do juiz que fez a inspeção por outro que julgará o processo, quer por sua promoção ou outra circunstância qualquer. É certo que neste caso nada impede a realização de uma nova diligência, pelo novo juiz, se assim reputar importante e não se sentir suficientemente esclarecido com o auto anteriormente lavrado.

Permitindo a lei a junção de fotografias ao auto estamos em crer que nada impede a utilização de outras tecnologias (reproduções cinematográficas, registos fonográficos e outras adequadas à natureza do facto a averiguar), para registo dos fatos observados, pois é certo que nem todos os fatos são suscetíveis de registo através de fotografia. Esta permitida junção pode não só auxiliar o magistrado na altura do julgamento da causa a elaborar a reconstrução mental da inspeção, como também servir de subsídio às partes para que possam reforçar suas alegações baseadas nesses elementos.<sup>33</sup> A existência do auto também permite um melhor e mais efetivo exercício dos poderes de controlo, em matéria de fato, se sobre ela vier a recair recurso.

---

<sup>32</sup> Acórdão do STJ 21.03.2013/660/07.1TVLSB.Si/Pereira da Silva " A inspeção judicial levada a cabo na audiência de julgamento deve ser documentada na respetiva ata de audiência a qual tem natureza de substitutivo legal do auto a que se reporta o artº 615º do CPC, dado o seu análogo valor probatório (arts 363 nº2; 369 e 371 do C. Civil)

<sup>33</sup> Nada impedirá que se gravem também mecanicamente os depoimentos das pessoas ouvidas no decurso da inspeção ou se filme a cena da reconstituição de fatos que tenha sido ordenada. Neste sentido Varela, Antunes in " Manual de Processo Civil, 2º edª pp. 608.

A omissão do auto de inspeção judicial é uma nulidade secundária que tem de ser arguida pelas partes no próprio ato; não tendo sido arguida em devido tempo e não sendo de conhecimento oficioso, a Relação está impedida de conhecer e declarar a nulidade.<sup>34</sup>

Também se o auto de inspeção omitiu “os elementos úteis” a que se refere o artº 493º doCP (anterior 615) foi cometida uma irregularidade que pode influir no exame ou decisão da causa. Tal nulidade sujeita-se a prazo de arguição previsto nos arts 198º e 199º do CPC (anteriores 204 e 205).<sup>35</sup>.

E são nulas as respostas à matéria de fato quando as mesmas se baseiam também em inspeção ao local, cujo auto e respetivas perceções do tribunal são inexistentes no processo.<sup>36</sup> .

#### **4.7 Valor Probatório**

A prova por inspeção tem o regime probatório material previsto no artigo 391º do C. Civil, “o resultado da inspeção é livremente apreciado pelo Tribunal”.

O que quer dizer que o julgador atribuirá ao resultado da inspeção o valor que em sua consciência ela deva merecer em conjugação com as restantes provas e todos os elementos de ponderação no caso em análise. Na verdade, não se vê que o Tribunal se devesse vincular ao que quer que fosse com exame ocular do objeto litigioso pois a prova deve ser conjugada no seu todo.

Sabemos que a doutrina salienta, tratar-se da prova “direta por excelência”.<sup>37</sup>

No caso de colisão entre a prova testemunhal e a inspeção judicial, há que ter em consideração o âmbito desta porquanto o juiz, através dos seus próprios sentidos, examina um local ou objeto. Trata-se de uma prova direta por

---

<sup>34</sup> Acórdão nº 1548/10.4TBVCD.P1 de Tribunal da Relação do Porto, 03 de Julho de 2014

<sup>35</sup> Acórdãos da R.Porto, proc. 0826753, dgsi.Net e de 04.02.2010, proc. 2156/04.4TBSTS.P1.dgsi.net; Ac. STJ 19/04/2012. proc. 541/03.8 TBVVD.G1 Si e STJ 21.03.2013; Proc. 660/07.1 TVLSB.L1.S1, dgsi.net

<sup>36</sup> Entre outros Acórdão da RL. 31.01.2008; proc. 10800/2007-2 dgsi. net

<sup>37</sup> Reis, Prof. Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, vol. IV, Coimbra Editora, 1981, pág. 305.

excelência, e que, por isso poderá gerar um grau de convicção superior aos meios de prova indiretos. Nessa medida, em princípio deverá prevalecer a prova por inspeção face à prova testemunhal.<sup>38</sup>

Em face desta característica, há quem negue à inspeção judicial o carácter de prova: o que leva a destacar a sua força probatória – a percepção directa do juiz e a inexistência de representação dos actos ou factos – impediria, do mesmo passo, a sua qualificação como prova.

Não se perfilha, porém, essa posição.

Segue-se antes o entendimento<sup>39</sup> segundo o qual à inspeção judicial deve assinalar-se, mesmo no plano estritamente doutrinário, uma natureza probatória.

A circunstância de o juiz ser posto em contacto imediato com o facto a provar, sem que entre ele se interponha uma pessoa – confissão, prova pericial e prova testemunhal – ou uma coisa – prova por documentos – exerce, naturalmente, uma influência considerável sobre a formação da sua convicção.

Mas a verdade é que se o que individualiza a inspeção judicial relativamente às demais provas é a percepção judicial directa, o rigor dos princípios exigiria que só pudesse decidir a matéria de facto o juiz que utilizou este meio de prova; se a inspeção pode ser realizada por um juiz e a matéria de facto decidida por outro, perde-se a essência mesma da inspeção.

O problema que aquela possibilidade traz imbricada é, portanto, o do valor do auto lavrado para documentar a produção daquela prova. Se a inspeção é realizada pelo mesmo juiz que deve decidir a questão de facto, o princípio da imediação vale em toda a sua extensão, de modo que a convicção do juiz se forma não de harmonia com o plasmado no auto – mas com a percepção obtida pelo juiz com os seus sentidos.

Neste caso, o auto não é o fundamento da convicção, embora, claro, possa cumprir o papel de auxiliar de memória daquilo que foi percecionado no ato; a convicção do juiz forma-se com o ato – e não com o auto.

---

<sup>38</sup> Sousa, Luís Filipe Pires “ Prova testemunhal”, Almedina, 2013 p. 361.

<sup>39</sup> Acórdão da Relação do Porto proferido no processo nº 622712.2 TBGRD.C1 com data de 14.10.2014 disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>.

Quando a valoração daquela prova não possa ser atuada de harmonia com o princípio da imediação, já o elemento de convicção não é o ato – mas o auto.

Objetivando estas afirmações:

Tratando-se de dados intrínsecos objetivos, a convicção do juiz que não produziu essa prova – por exemplo, do tribunal de recurso – pode basear-se no auto: se neste se fez constar, por exemplo, que distância existente entre dois pontos era de 10 m, ou que no terreno existiam sulcos, o segundo juiz pode partir desses dados objetivos, dando-os como certos.

Quando se trata de dados intrínsecos subjetivos, quer dizer, apreciações, conclusões ou deduções, é mais que duvidoso que o auto que documenta a inspeção possa ser usado por um juiz distinto para decidir a matéria de facto ou para controlar essa decisão. Se relativamente aos dados objetivos – que são meras constatações da percepção do juiz – é muito difícil que possam ser negados, seja pelas partes seja por outro juiz; já no tocante aos dados subjetivo – os que consistem em apreciações – vale a regra contrária.

Isto mostra que não há razão para que a inspeção deva prevalecer, em qualquer circunstância, de modo absoluto, sobre qualquer outro meio de prova; dito de outro modo que se lhe deva reconhecer força de prova plena.

É verdade que, visando a prova estabelecer a convicção pessoal do magistrado, este deve prestar aos seus próprios sentidos maior valor do que qualquer outra demonstração; mas não está inteiramente excluída a possibilidade de o juiz ser induzido em erro pelos seus sentidos e de, portanto, a sua convicção ser formada a partir de percepções individuais inexatas.

Isto explica, decerto, a prudência da nossa lei quanto ao valor deste meio de prova. O tribunal deve, por isso, atribuir aos resultados da inspeção judicial o valor que, de harmonia com uma convicção prudente, entender, em atenção às restantes provas e a todos os elementos de convicção disponibilizados pelo processo - o resultado da inspeção é apreciado livremente pelo tribunal (art.º 391 do Código Civil).

Mas esta circunstância não deve fazer esquecer duas coisas: que a prova por meio de inspeção ou reconhecimento judicial é frequentemente idónea para convencer o juiz, de modo extraordinariamente simples, da existência ou

inexistência de um facto; que o juiz que a realiza está em condições, melhor que ninguém, de determinar o seu alcance probatório.

Estas características da prova por inspeção tornam particularmente difícil a substituição da Relação à 1ª instância no julgamento de um facto cuja realidade tenha sido estabelecida a partir desse meio de prova, não faltando mesmo quem sustente a insindicabilidade da convicção do juiz *a quo*, formada com base nessa prova.<sup>40</sup>

Neste sentido ver os acordãos da Relação de Guimarães proferidos:

- no processo nº 1859/11.1 TBBCL. G1 “Cumpre porém desde já referir que, quanto aos elementos de prova que poderão ter sido fornecidos pela inspeção ao local, encontra-se este tribunal numa posição de inferioridade relativamente ao tribunal recorrido, uma vez que as constatações ou verificações resultantes dessa diligência não foram reduzidas a auto (como é de lei artº 615º do CPC) e contra tal omissão nenhuma das partes arguiu a consequente nulidade processual (que não é de conhecimento officioso”.<sup>41</sup>

- no processo 302/11.0 TBFAF.G1 “No que se refere à prova testemunhal é importante dizer-se que, ao contrário deste tribunal, o tribunal recorrido beneficiou da imediação relativamente á prova, que, no caso concreto, foi particularmente relevante, pois que a produção da prova terminou com uma inspecção na qual o Sr. Juiz foi confrontado com a realidade existente, a qual lhe terá permitido a melhor avaliação e percepção da prova testemunhal, prova esta que ouviu e confrontou com a realidade que viu no local e a que consta dos autos nas fotografias juntas (ver menção a este confronto na acta de audiência de julgamento). Confronto este a que não tivemos acesso. Por ex faltou-nos ver a dimensão dos prédios por forma a contrariar ou não a afirmação do julgador de que “todavia, importa ter em consideração que, em data anterior, o mesmo F.... havia vendido à Ré um prédio misto que incluía

---

<sup>40</sup> Ac. da RE de 03.06.04, CJ, XXIX, III, pág. 249; acórdão da Relação de Coimbra de 06/12/2012 proferido no processo nº 388/06.0TBSRT.C1 disponível in Jurisprudência (<http://jurisprudência.viex.pt>) e Lameiras, Luís Filipe Brites “ Notas Práticas ao Regime dos Recursos em Processo Civil” Almedina, Coimbra, 2008, pág. 150.

<sup>41</sup> Acórdão da Relação de Guimarães, proferido no processo 1859/11.1 TBBCL.G1 em Setembro de 2014 e acórdão proferido no processo nº 581/11.3 TBCHV.G1 com data de 17 de Setembro de 2015.

uma parcela rústica com 2.100 m<sup>2</sup>, área que, pelas suas dimensões, não se afigura poder ser contida nos limites do muro da casa desta”.<sup>42</sup>

É o que, decerto, sucede nos casos em que a força probatória da inspeção judicial deva ser apreciada por juiz diverso daquele que a realizou e em que se não tenha lavrado o respetivo auto: em tais casos, como o elemento de convicção não é o ato mas o auto, na falta dele torna-se impossível sindicar a convicção assente na inspeção pelo juiz que a realizou. O mesmo ocorre, evidentemente, nos casos em que, tendo-se lavrado o auto, este não documenta ou regista qualquer facto que o juiz tenha observado ou captado, mas que posteriormente venha a utilizar para fundamentar a decisão da matéria de facto.

Estando fora de dúvida que a inspeção judicial é assinaladamente eficaz para esclarecer um facto que interessa à decisão da causa e, portanto, para exercer a maior influência no ânimo do juiz, ainda assim não deve excluir-se, por inteiro, a possibilidade de se censurar o erro do juiz da audiência na apreciação dessa prova, opondo-lhe outros meios idóneos para retificar perceções individuais inexatas e para corrigir equívocos ou a violação, na valoração dos resultados a que a inspeção conduziu, de regras de ciência, de lógica ou de experiência.

Em suma, quando o juiz forma a sua convicção acerca dos factos deve ter presente todos os meios de prova trazidos à lide, só assim potenciando o bom julgamento da causa.<sup>43</sup>

Este meio de prova tem natureza exclusivamente processual (não produz efeito extraprocessual) não obstante a aparência decorrente da sua regulamentação no Código Civil.<sup>44</sup>

Tal resulta do disposto no artº 421º do NCPC (anterior artº 522º).

---

<sup>42</sup> Acórdão da Relação de Guimarães proferido no processo nº 302/11.0 TBFAF.G1 com data de 12 de Junho de 2014 (relator Purificação Carvalho)

<sup>43</sup> Martins, Ana Teresa Araújo (nota 12) p. 41

<sup>44</sup> Neste sentido Lebre de Freitas (nota 27) pp. 527

#### 4.7 Discricionariedade e impugnação

A letra da lei sugere a ideia de se tratar de um poder discricionário ou arbitrário, o que é confirmado pelo Parecer do Prof. A. Reis, ao escrever que, para ser admitida, é necessário que o Juiz a “repute conveniente”.<sup>45</sup>

Neste sentido também Rui Pinto e alguma jurisprudência<sup>46</sup>.

Também não se perfilha essa posição.

Com efeito, pese embora se utilize a expressão “sempre que o julgue conveniente”, o poder de efetuar a inspeção não é, a nosso ver, um poder discricionário ou arbitrário. É antes um poder-dever, que só poderá deixar de ser exercido no caso da diligência requerida se mostrar de todo desnecessária ou inútil para a descoberta da verdade, o que deverá constar de despacho fundamentado e suscetível de recurso, sob pena de o direito à prova por inspeção, reconhecido no art.º 390º do Cód. Civil, ficar na dependência da livre vontade do juiz.

Acresce ainda que, no nosso direito processual civil é determinante a questão do ónus da prova para quem pretende ver reconhecido um direito em juízo, já que a sua pretensão fica dependente da prova que fizer sobre os elementos constitutivos do direito que quer fazer valer (cf. art.º 342º do Cód. Civil).

Por sua vez “a instrução comporta poderes instrutórios do Tribunal que podem recair sobre factos essenciais, complementares e instrumentais e justificam-se pela necessidade de evitar que, pela falta de prova, a decisão da causa seja imposta pelo *non liquet* (artº516º;artº346º Cód. Civil) e não pela realidade das coisas averiguada em juízo.

E nenhum facto relevante para a decisão da causa deve ficar por esclarecer”.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Código Anotado (nota 14) IV, pág. 30

<sup>46</sup> Pinto, Rui In Notas ao Código de Processo Civil, Coimbra editora pp. 295; Ac. R. Porto de 26.06.2000 in BMJ 498.278; Ac RC de 18.05.2004, proc. 640/04; RL.18.09.2012, proc.3234/10.6TBCSC.L1.1, disponíveis in dgsi.net

<sup>47</sup> Neste sentido Sousa, Teixeira de “Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil” p. 323

Assim, sendo este ónus tão essencial, impõe-se que seja sindicada a decisão que rejeita as provas requeridas, como sucede, neste caso, com a inspeção judicial.<sup>48</sup>

#### 4.7 Visão prático- judicial

*Não é o processo que faz litigar mas sim a vida.*

*Na verdade na origem de qualquer processo existe sempre um conflito surgido na vida de duas ou mais pessoas relativamente à definição de uma situação jurídica.*<sup>49</sup>

E são muitos os conflitos que já apreciamos e julgamos (como juiz da 1º instância) e reapreciamos (como juiz da Relação) em que a inspeção ao local é, foi ou pode ser pertinente, porque permite examinar coisas in loco, facultando elementos muitas vezes imprescindíveis para o esclarecimento dos factos, que outros meios de prova não logram conseguir, e que nesses casos se mostrar/ram indispensáveis ao apuramento da verdade.

Na verdade, é de conhecimento no meio jurídico que, em vários processos, as provas produzidas em sede de sala do tribunal não são suficientes e capazes de esclarecer fatos obscuros ao magistrado, e que somente a observação ocular do juiz é capaz de sanar esse tipo de situação.

E são os direitos reais a vertente jurídica por excelência em que a prova por **inspeção**, assente na percepção directa dos factos pelo próprio tribunal, se mostra muito útil.

É a defesa do direito de propriedade e suas limitações, mais precisamente definições da propriedade com as demarcações em litígio; natureza privada ou comunitária (baldios); propriedade dos caminhos (publica, privada ou até de consortes, como as partes os apelidam), suas linhas e traçados; as aberturas (portas e janelas para os terrenos vizinhos); os telhados e beirais ....

---

<sup>48</sup> Jurisprudência neste sentido encontra-se, entre outros (mais antigos) no Acórdão do STJ in CJ 1995 pp. 43; Acórdãos da Relação do Porto de 5.11.2009, processo nº 0857899; de 17/01/2012, processo nº 5847.03.3TBVFR-F.P1; de 26.11.2013 processo nº 09/07.2TBLMG.P1 e Acórdão da Relação de Évora de 12.02.2015, processo nº 487/14.4T2STC.E1 disponível para consulta in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>49</sup> Expressão retirada do artigo de Araújo Henrique (nota3) p.2

Nestas ações em que se discutem fatos relacionados com o estado ou a configuração física de determinados locais ou bens imóveis, procura-se através da percepção direta dos fatos pelo tribunal, obter um melhor visionamento da realidade e evitar delongas de aspetos a ela ligados.

Quantas vezes na sala de audiência, considerando a prova já produzida a localização do muro (por ex) parecia situar-se à direita e já no local afinal constata-se que o muro está à esquerda!!! A janela/ a porta, os beirais do telhado.... a vedação; o portão ... afinal é bem mais alta do que a prova testemunhal “ parecia” indicar; sendo a sua localização no espaço diferente da que se “ visualizava “ com a audição da prova testemunhal!!! A ausência de demarcação alegada afinal não existe, pois no local existem sinais físicos que permitem estabelecer a definição entre os prédios! A descrição fatural nos articulados é por vezes difícil de perceber para elaborar o despacho saneador (na altura não se falavam em meios de prova), e torna-se simples ao visualizar o cenário do litígio!

Nestes casos (e em muitos outros que apreciamos) a inspeção judicial tanto permitiu reforçar a convicção que a outra prova nos tinha dado, como também nos permitiu algumas vezes inflecti-la ou até mesmo prescindir de prova pericial.

Como escreve Luís Filipe Pires de Sousa no livro na obra supra citada pp. 1. É tão comum quanto simplista a ideia de que a memória funciona como uma câmara de vídeo, registando os acontecimentos de forma completa numa espécie de DVD mental...

No entanto, as investigações na área da psicologia confluem na asserção de que a memória, mais do que um processo de replicação constitui um processo reconstrutivo. A evocação dos factos não constitui uma reprodução da realidade mas sim uma reconstrução a partir da informação incompleta que guardamos do ocorrido. A memória é incompleta porque o indivíduo não pode simplesmente prestar atenção a tudo que tenha importância do ponto de vista de uma investigação.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Luís Filipe Pires (nota 32) p. 9

E desta forma ganha força os sinais físicos existentes e vistos pelo Sr. Juiz aquando da inspeção ao local.

Por ex na ação declarativa de condenação com processo sumário nº 1106/06.8 TBWD.G1 foram os ditos sinais (os muros e os sinais de muros, a cerejeira e a ameixoeira e o local da sua localização a “latada”, ...), que deram ao julgador a noção da extensão do domínio como escreveu “*Nesta medida, o tribunal ponderando o teor/peso daqueles inequívocos sinais e dos sobreditos testemunhos (que se harmonizam e se basearam igualmente naqueles sinais), dá, em síntese como provada a tese dos RR (da ação principal) que em face de todos aqueles sinais, entende ser mais fundada do que a tese da autora (ver fls. 384)*”.<sup>51</sup>

Mais ...

Quantas vezes no local e perante o que se percebe é possível obter uma solução consensual para o litígio, que logo ali termina por acordo, solução esta que em plena audiência de julgamento era impensável.

Assim sempre pensamos e agimos nestes já longos anos de prática judiciária, sobretudo em comarcas do Norte e Centro do país, nas quais as questões de direitos reais são frequentes.

Aliás aproveitava, as deslocações ao local para conhecer a comarca, as pessoas uma vez que o trabalho (quase sempre em excesso) doutra forma não me permitia esse conhecimento.

Deslocações estas em sede de prova que fizemos a maior parte das vezes num Táxi pago pelas partes ou, se em veículo fornecido pelas partes, teria o mesmo que transportar todos os envolvidos, ou seja, o magistrado, o Sr. Funcionário e os Srs. Mandatários que representam as partes, assim se fazendo para evitar comprometer (ou pelo menos que assim as partes pensassem) a imparcialidade exigida.

---

<sup>51</sup> Cf. Acórdão da Relação de Guimarães, proferido no processo 1106/06.8 TBWD.G1 com data de 15 de Maio de 2014 e acórdãos (nota 35 e 36)

Note-se que “ sendo o juízo do julgador um juízo “ a posteriori” sobre fatos passados <sup>52</sup>, não presenciados diretamente por aquele, no momento em que ocorreram, impossibilitam desta feita a sua comprovação por meio de uma impressão.

Assim, por exemplo, se se questiona a existência de um caminho público ou privado ou de uma servidão de passagem, pode acontecer que já não seja possível visualizar o traçado dos caminhos que ali existiram, as carreiras, a rede viária ou outros.

Mas estes elementos de auxílio do Tribunal podem ser obtidos mediante relatórios /pareceres e respetivos documentos de suporte elaborados por peritos (os que conhecemos são geógrafos) que apoiados nas fontes cartográficas ou outras (documentos históricos - teor das inscrições matriciais, dos registos, fotografias aéreas etc) vão para o “terreno” e o estudam/interpretam (ou sejam procuram “ler” os vestígios do caminho, passagem ou outro sinal que aí que já existiu).

Por fim, cumpre dizer que a estrutura que hoje possui o sistema judiciário (com o alargamento da base territorial das circunscrições judiciais, que passam a coincidir, em regra, com as centralidades sociais correspondentes aos distritos administrativos;) dificulta ao magistrado a implementação efetiva da inspeção judicial, considerando a sobrecarga de trabalho gerada pelo excessivo número de processos que lhe está afeto, o numero de audiência diárias, a limitação com a fixação de dia certos para a marcação de diligência, aliando-se a isso a falta de funcionários a que acresce a muita vez significativa distância a percorrer.

Porém, há de se registrar que, mesmo nesse cenário adverso, mormente em casos especiais em que se mostre de indiscutível relevância o conhecimento direto pelo magistrado, de circunstâncias fáticas da causa, alheias ao campo de alcance das provas indiretas, deve ser realizada a inspeção judicial, com

---

<sup>52</sup> Trindade, Cláudia” Prova, justificação e Convicção Racional- A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial “, Estudos em Homenagem ao professor Doutor Alberto Xavier, Coimbra, Almedina, Vol III cit pp 158

<sup>52</sup> Cf. Acórdão da Relação de Guimarães, proferido no processo 1106/06.8 TBWD.G1 com data de 15 de Maio de 2014.

observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de resto assegurados pelas normas processuais que regem a sua produção.

## Conclusão

*A realização da inspeção judicial permite transformar um julgamento distante, sujeito às imperfeições inerentes às provas indiretas, num julgamento muito mais próximo da realidade, permitindo ao julgador maior segurança na formação do respetivo convencimento. Por ser uma observação ocular do próprio magistrado acerca dos fatos, coisas e pessoas envolvidas no litígio, a inspeção judicial contribui de maneira diferenciada para a fase instrutória e, conseqüentemente, para a prolação de sentenças comprometidas com a verdade real.*

*Parece-nos apropriado terminar com a seguinte citação “faz-se ressaltar que quando o julgador não adota este meio de prova valioso que é a inspeção judicial, restringe-se ao mundo frio do processo, afasta-se do principal princípio que norteia a Justiça que é Primazia da Realidade”<sup>53</sup>.■*

30 de Agosto de 2015.

## BIBLIOGRAFIA

<sup>1</sup> Rego, Margarida Lima “Decisões em Ambiente de incerteza: Probabilidade e Convicção na Formação das Decisões Judiciais” publicado na revista julgar nº 21 -2013 disponível em

([http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Decisoes\\_em\\_ambiente\\_de\\_incerteza\\_probabilidade\\_e\\_conviccao\\_na\\_formacao\\_das\\_decisoes\\_judiciais.pdf](http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2014/Decisoes_em_ambiente_de_incerteza_probabilidade_e_conviccao_na_formacao_das_decisoes_judiciais.pdf)) consulta em 07.2015

<sup>2</sup>. Acórdão do TRP de 06 de Outubro de 2010: processo nº 403/04.1GAMCN-A.P1, Relator. Luís Teixeira, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>3</sup>. Araújo, Henrique “ A matéria de fato no processo Civil,” 30.04.2009  
([http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo\\_materiafactoprocessocivil.pdf](http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf))  
acesso em 21.07.15

<sup>4</sup>. Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea., Academia de Ciências de Lisboa, Editora Verbo pp. 2992

<sup>5</sup>. Rangel, Rui Manuel de Freitas, o Ónus da prova No processo Civil cit.p.49.

---

<sup>53</sup> Ribeiro, Eraldo Teixeira, “Direito e Processo do (...)”, 4º edição, São Paulo: Premier, 2005 p 23

6. Prof. Antunes Varela na RLJ 116/339.
7. Gomes, Manuel Tomé Soares “ Um Olhar sobre a Prova em Demanda da Verdade no processo Civil” Revista do CEZ, Dossier temático Prova, Ciência e Justiça - Estudos Apontamentos , Vida do CEZ, Número 3º , 2º Semestre, 2005, pp 158 e 159.
8. Michelle Taruffo, La Prueba, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 42 e 43.
9. J. Castro Mendes, “ Do conceito de prova em processo civil”, Lisboa, 1961 pp. 321.
10. Iora, Alice “A prova Científica no Processo Civil, Algumas Questões Problemáticas”, Coimbra, 2011, cit. pp 11
11. Martins, Ana Teresa Araújo, Assistência Técnica no Exercício da Função Jurisdicional “, Dissertação apresentada à faculdade da universidade de Coimbra (conducente ao grau de mestre) ano de 2015 disponível no site <https://estudo.geral.sib.uc.pt/>. (consulta em 26.08.2015)
12. Miranda, Maressa da Silva, “ O Mundo da Vida e o Direito na Obra de Jurgen Habermas”-Prisma Jurídico on Line);  
[www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma.../prismav8n1\\_3d1454.pdf](http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma.../prismav8n1_3d1454.pdf) ( acesso em 20 de Agosto de 2015)
13. Reis, Prof. Alberto dos Reis in Código de Processo Civil Anotado III, 247. ; Código de Processo Civil Anotado, IV, 1981, 566 a 571; Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, I, 1987, 340, c; STJ, de 30-12-77, BMJ nº 271, 185.
14. Acórdãos do STJ de 17.12.2002-Processo 02A3960 e de 27.11.2003-processo 03B3337, publicados no “site” da dgsi ; Ac.R.Porto de 08.11.2012 proferido no processo 6439.07.3TBMTS.P1
15. Rodrigues, Fernando Pereira in “ os Meios de Prova em Processo Civil” , Almedina 2015, pp. 153
16. Freitas Lebre de, Montalvão Machado e Rui Pinto in “Código de Processo Civil Anotado” Vol. 2, 2001 pp. 525 “
17. Testes, Jorge André Nunes Barbosa da Veiga, estudo de Diplomática Judicial, Mestrado em Paleografia e Diplomacia, Lisboa 2011 “Sentenças Régias em tempo de Ordenações Afonsinas (1446-1512) disponível em [www.academia.edu/14295542/Sentenças Régias em tempo de Ordenações Afonsinas-1446-1512-um estudo de Diplomática Judicial](http://www.academia.edu/14295542/Senten%C3%A7as_R%C3%A9gias_em_tempo_de_Ordena%C3%A7%C3%B5es_Afonsinas-1446-1512-um_estudo_de_Diplom%C3%A1tica_Judicial); Universidade de Lisboa, faculdade de Letras, Departamento de História (consultado em 20.08.2015)
18. Acórdão do STJ 21.03.2013/660/07.1TVLSB.Si/Pereira da Silva
19. Varela, Antunes in “ Manuel de Processo Civil, 2º edª pp. 608.
20. Acórdão nº 1548/10.4TBVCD.P1 de Tribunal da Relação do Porto, 03 de Julho de 2014
21. Acórdãos da R.Porto , Proc. 0826753, dgsi.Net e de 04.02.2010, proc. 2156/04.4TBSTS.P1.dgsi.net; Ac. STJ 19/04/2012. proc. 541/03.8 TBVVD.G1 Si e STJ 21.03.2013; proc. 660/07.1 TVLSB.L1.S1, dgsi.net
22. Acórdão da RL. 31.01.2008; proc. 10800/2007-2, dgsi.net

23. Reis, Prof. Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, vol. IV, Coimbra Editora, 1981, pág. 305.

24. Sousa, Luís Filipe Pires “ Prova testemunhal”, Almedina, 2013 p. 361.

25. Acórdão da Relação do Porto proferido no processo nº 622712.2 TBGRD.C1 com data de 14.10.2014 disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/>.

26. Ac. da RE de 03.06.04, CJ, XXIX, III, pág. 249; acórdão da Relação de Coimbra de 06/12/2012 proferido no processo nº 388/06.0TBRSRT.C1 disponível in Jurisprudência (<http://jurisprudencia.viex.pt>) e Lameiras, Luís Filipe Brites “ Notas Práticas ao Regime dos Recursos em Processo Civil” Almedina, Coimbra, 2008, pág. 150.

27. Acórdão da Relação de Guimarães, proferido no processo 1859/11.1 TBBCL.G1 em Setembro de 2014 e acórdão proferido no processo nº 581/11.3 TBCHV.G1 com data de 17 de Setembro de 2015.

28. Acórdão da Relação de Guimarães proferido no processo nº 302/11.0 TBFAF.G1 com data de 12 de Junho de 2014

29. Pinto, Rui in Notas ao Código de Processo Civil, Coimbra editora pp. 295; Ac. R. Porto de 26.06.2000 in BMJ 498.278; Ac RC de 18.05.2004, proc. 640/04; RL.18.09.2012, proc.3234/10.6TBCSC.L1.1, disponíveis in [dgsi.net](http://dgsi.net)

30. Sousa, Teixeira de “Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil” p. 323

31. Acórdão do STJ in CJ 1995 pp. 43; Acórdãos da Relação do Porto de 5.11.2009, processo nº 0857899; de 17/01/2012, processo nº 5847.03.3TBVFR-F.P1; de 26.11.2013 processo nº 09/07.2TBLMG.P1 e Acórdão da Relação de Évora de 12.02.2015, processo nº 487/14.4T2STC.E1 disponível para consulta in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

32. Acórdão da Relação de Guimarães, proferido no processo 1106/06.8 TBWD.G1 com data de 15 de Maio de 2014.

33. Acórdão da Relação de Guimarães, proferido no processo 1167/05.7 TBVVD.G1 em 21 de Maio de 2013

34. Trindade, Cláudia” Prova, justificação e Convicção Racional - A propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial “, Estudos em Homenagem ao professor Doutor Alberto Xavier, Coimbra, Almedina, Vol. III cit. pp. 158

35. Acórdão da Relação de Guimarães, proferido no processo 1106/06.8 TBWD.G1 com data de 15 de Maio de 2014.

36. Ribeiro, Eraldo Teixeira, “Direito e Processo do (...)”, 4ª edição, São Paulo: Premier, 2005 p 23.

#### **Maria Purificação Lopes Carvalho**

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ingressou na Magistratura Judicial em 1990, tendo exercido funções nas comarcas de Vila Real, Murça, Alijó Sabrosa, Ovar (Tribunais de competência genérica), Santa Maria da Feira (juízo criminal), Santo Tirso (Juízo Cível) e Viseu (Juízo Cível). É atualmente (desde Setembro de 2011) juiz de Direito no Tribunal da Relação de Guimarães.



# nCPA: ÂMBITO DE APLICAÇÃO

TRAILLER DE UM REGIME NOVO (!?)

**Angelina Teixeira**

Advogada

Mestre em Direito Administrativo

I – Plano «cinematográfico» do nCPA II – «Takes» da velhice à novidade do nCPA | A - «Take 1» CPA (1991) | 1. Total aplicabilidade do CPA (1991) | 2. Gestão pública vs Gestão privada | B - «Take 2» - anteprojecto do Novo Código | C - «Take 3» - CPA (2015) | D - «Take 4» - Âmbito de aplicação do CPA (2015).

## **I – PLANO «CINEMATográfico» DO nCPA**

Portugal há muito que ressentia a necessidade de um diploma que viesse definir de forma geral as relações entre a Administração Pública e os administrados, começando a ser reclamada também pela doutrina portuguesa nos finais dos anos setenta.

O primeiro Código do Procedimento Administrativo (CPA) nacional foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, sofrendo a revisão pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro, única aliás durante mais de duas décadas.

Na «exposição de motivos» o legislador fez constar que atento ao incremento constante das tarefas que à Administração Pública portuguesa cabe realizar nos mais diversos sectores da vida colectiva bem como a necessidade de reforçar a eficiência do seu agir e de garantir a participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito têm vindo a fazer sentir

cada vez mais a necessidade de elaboração de uma disciplina geral do procedimento administrativo.

A Lei fundamental que remonta a 1976 aliada ao desejo generalizado de muitos especialistas e práticos na matéria, veio prever no art.º 268.º, n.º 3, que «o processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito». Foi em observância desse preceito constitucional - hoje previsto no mesmo artigo mas no n.º 4 - e dos objectivos que há muito vinham sendo definidos que o legislador elaborou o CPA de 1991 <sup>(1)</sup>.

Lembra (e bem) a doutrina de ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA que a “*França continua sem um Código de Procedimento Administrativo, vivendo uma importante lei avulsa do ano 2000 relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com as administrações públicas*” <sup>(2)</sup>.

Contudo, foi na doutrina e na jurisprudência portuguesas que o legislador recolheu, de maneira decisiva, muitas das soluções adoptadas, nele se incluíram os projectos anteriormente elaborados, que serviram de ponte para os trabalhos preparatórios indispensáveis. A primeira versão do projecto, com data de 1980, foi entretanto submetida a ampla discussão pública, em resultado da qual foi elaborada em 1982 uma segunda versão.

Remonta ao ano de 1987 o desafio do Governo para o lançamento a um grupo de especialistas na preparação da terceira versão, sendo o resultado desse trabalho o texto final que se conheceu em 1991, apesar de ter sofrido vários ajustamentos introduzidos após a audição dos diferentes departamentos ministeriais.

De referir que, muito embora a Assembleia da República não tenha apreciado o projecto na especialidade no âmbito do processo de concessão de

---

<sup>(1)</sup> Na sua elaboração o legislador atendeu aos ensinamentos do direito comparado e a larga experiência da aplicação de leis de procedimento administrativo em países com sistemas político-administrativos tão diferentes, nomeadamente Áustria, Estados Unidos da América, Espanha, Jugoslávia e a Polónia. Mereceu especial destaque a Lei do Procedimento Administrativo da República Federal da Alemanha, publicada em 1976, e a riquíssima elaboração doutrinal a que seguiu.

<sup>(2)</sup> Prefácio “CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *Novo Código de Procedimento Administrativo – Notas Práticas e Jurisprudência*”, Porto Editora, pág. 7.

autorização legislativa, ainda assim foi exequível encontrar soluções de consenso que constituíram a redacção final.

As primeiras versões do projecto do CPA foram adoptadas com a designação tradicional “processo administrativo gracioso”, mas a final foi perfilhado uma designação moderna, mais rigorosa, hoje consolidada “procedimento administrativo”.

Tal nomenclatura foi utilizada não tanto por razões teóricas mas por razões práticas, uma vez que entendeu o legislador se tratar de uma figura (mais) facilmente compreensível para o cidadão, regulando juridicamente o modo de procedimento da Administração perante os particulares.

Foram cinco os objectivos que estiveram na base da criação do CPA:

- 1. Disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, procurando racionalizar a actividade dos serviços;*
- 2. Regular a formação da vontade da Administração, para que sejam tomadas decisões justas, legais, úteis e oportunas;*
- 3. Assegurar a informação dos interessados e a sua participação na formação das decisões que lhes digam directamente respeito;*
- 4. Salvaguardar em geral a transparência da acção administrativa e o respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos; e*
- 5. Evitar a burocratização e aproximar os serviços públicos das populações.*

Até então, apesar de uma lei do procedimento administrativo haver sido prometida por sucessivos governos desde 1962, nem a Administração conhecia com rigor os seus deveres para com os particulares no decurso dos procedimentos administrativos por ela levados a cabo, nem os cidadãos sabiam com clareza quais os seus direitos perante a Administração Pública.

Foi assim em 1991 que, tanto o cidadão comum como os órgãos e funcionários da Administração passaram a dispor de um diploma condensado, em linguagem clara de forma a pautar a sua conduta por forma correcta e para conhecerem os seus direitos e deveres uns para com os outros.

Naquela «exposição de motivos», em especial o ponto 5, fomos beber a iniciativa do presente texto, servindo de base a ideia de que o âmbito de aplicação das disposições do Código do Procedimento Administrativo abrange todos os órgãos da Administração Pública <sup>(3)</sup> que estabeleçam relações com os particulares, no desempenho da sua actividade de gestão pública (artigo 2.º).

Os princípios gerais da actuação administrativa contidos no Código são ainda aplicáveis a toda e qualquer actividade da Administração Pública, mesmo que meramente técnica ou de gestão privada (artigo 2.º, n.º 4).

O legislador pretendeu, por um lado, regular expressamente a actuação intersubjectiva de gestão pública da Administração, enquanto, por outro lado, a restante actividade administrativa <sup>(4)</sup>, sem ser directamente regulada, não deixa de ficar subordinada aos princípios gerais da acção administrativa.

Para tal, introduziu a possibilidade dos preceitos daquele Código serem intimados aplicar à actuação dos órgãos das instituições particulares de interesse público (artigo 2.º, n.º 5), bem como a procedimentos especiais, sempre que essa aplicação não envolva diminuição de garantias dos particulares (artigo 2.º, n.º 6).

Decorridos vários anos, inúmeras discussões em torno do projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo <sup>(5)</sup>, o ordenamento jurídico português acabou por introduzir com o Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro o Novo Código de Procedimento Administrativo <sup>(6)</sup>.

Trata-se de um diploma cujas alterações são transversais nas partes que o compõem, com especial incidência para a matéria dos regulamentos <sup>(7)</sup>,

---

<sup>(3)</sup> Cfr. arts. 20.º a 52.º do CPA (2015), sob a perspectiva procedimental, composição, regras de funcionamento interno, origem, desconcentração de poderes e conflitos sobre a respectiva repartição.

<sup>(4)</sup> Para mais desenvolvimentos, "CARLOS JOSÉ BATALHÃO, *ob. cit.* pág. 13.

<sup>(5)</sup> Publicitado em 14/05/2013, constante dos documentos oficiais "Governo de Portugal in <http://www.portugal.gov.pt/media/1035287/20130514%20mj%20proj%20revisao%20codigo%20processo%20administrativo.pdf>

<sup>(6)</sup> Doravante "CPA (2015), elaborado por uma notável equipa de juristas (e não juristas) que gerou várias edições de comentários.

<sup>(7)</sup> Vd. ANA RAQUEL GONÇALVES DINIZ, "Os regulamentos administrativos na revisão do CPA", CJA n.º 100, págs. 27 e segs.

não descurando as alterações significativas em torno da marcha procedimental.

Apesar da presença do ADN do CPA (1991), são notórias as alterações ao nível da sistematicidade, bem como no plano substantivo.

Num texto nosso recente intitulado “Novo Código de Procedimento Administrativo: Reforma ou Revolução” <sup>(8)</sup> tivemos oportunidade de elencar algumas das principais novidades. Crê-se estarmos perante um - senão o - diploma mais importante dos Códigos que compõe o Direito Público, em particular no ramo do Direito Administrativo.

## II - «TAKES» DA VELHICE À NOVIDADE DO CPA

Como já tivemos oportunidade de referir, passaram-se mais de duas décadas de história entre o velho e o CPA de 2015.

O trajecto é uma imensidão normativa indiscutível. Muitas são as opiniões que se juntaram numa doutrina mais do que tripartida em torno do sentido e alcance da “actividade administrativa”.

É a própria Constituição da República Portuguesa (CRP) no seu n.º 5 do art.º 267.º que dá apoio ao Código de Procedimento Administrativo servindo de uma Lei Geral da Administração Pública: por um lado no que toca à organização e por outro quanto à sua actividade.

É consabido que tal diploma é confortado por diversos diplomas orgânicos, quer do lado do Governo, quer do lado dos Ministérios, Institutos Públicos, Entidades Reguladoras Independentes, Autarquias Locais <sup>(9)</sup>.

Nesta base, o CPA (1991) não deixou de ser o “diploma base” onde se reúnem os princípios que enquadram toda a dinâmica da Administração

---

<sup>(8)</sup> Artigo de Opinião “Jornal Vida Económica” de 23 de Março de 2015.

<sup>(9)</sup> Na actividade administrativa destacam-se outras, tais como, as Leis-Quadro com reflexo nas empresas públicas, institutos públicos, associações públicas profissionais, fundações públicas e demais pessoas colectivas que visam a prossecução do interesse público.

Pública de onde assenta o âmbito de aplicação do CPA, objecto da presente análise, espelhada na identidade do próprio Direito Administrativo.

Tal como refere MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM “ *convém, por isso, que se tomem aqui cuidados redobrados em matéria de rigor, objectividade e de certeza, para diminuir o número e a extensão das dúvidas, às vezes insistentes, que a indeterminação, polissemia ou abstracção dos conceitos e noções utilizados necessariamente provoca em questões como as reguladas neste art.º 2º*” (10).

### **A) «TAKE 1» - CPA (1991)**

O art.º 2.º do CPA (1991) sob a epígrafe “âmbito de aplicação” sempre foi de difícil compreensão, razão pela qual muitos rios de tinta correram a este respeito. Tal Código foi desenhado com contraste entre os conceitos de gestão privada e gestão pública, dos quais se destacam três âmbitos de aplicação:

#### **1. Total aplicabilidade do CPA (1991):**

**a)** órgãos da Administração Pública no desempenho de actividade administrativa de gestão pública que estabeleçam relações com os particulares [1ª parte do n.º1 e 2 do art.2º];

**b)** órgãos do Estado, não integrados na Administração Pública que desenvolvam funções materialmente administrativas [2ª parte do n.º1 e 2 do art.2º];

**c)** entidades concessionárias n exercício de poderes de autoridade [n.º3 do art.2º].

• *Princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais:*

**a)** A Administração Pública que desenvolva actividade meramente técnica ou de gestão privada [n.º5 do art.2º];

---

(10) Vd. Código de Procedimento Administrativo Comentado, Coimbra, Almedina, 2ª Edição, 2010, pág. 64.

- *Disposições relativas à organização e à actividade administrativas do CPA (1991):*

**b) Administração Pública que desenvolva actividade de gestão pública [n.º6 do art.2º].**

O CPA (1991) parece ter seguido a via do critério subjectivo na escolha do conceito de “órgão” na determinação do âmbito de aplicação, sendo disso exemplo, as suas várias alíneas, as noções clássicas de Administração Directa, Administração Indirecta, Administração Indirecta sob a forma pública empresarial e não empresarial, Administração Autónoma, ficando de parte a Administração Independente <sup>(11)</sup> pormenor que o Novo Código de Procedimento Administrativo acabou por inovar e introduzir.

## **2. Gestão pública vs Gestão privada**

Devemos ao Professor FREITAS DO AMARAL o recebimento generalizado da doutrina que acolheu o Direito Administrativo Francês nesta matéria aquando da distinção entre «gestão pública» e «gestão privada» e que foi introduzida no CPA (1991) <sup>(12)</sup>.

Sobre a identidade da actividade da Administração Pública a doutrina parece balançar-se entre dois enredos. Por um lado, a noção de gestão pública norteada pelo conceito de “poderes públicos”, surgindo aqui uma outra discussão em torno das regras de competência <sup>(13)</sup> tendo por base alguns dos basilares princípios (legalidade).

PEDRO GONÇALVES <sup>(14)</sup> e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/ JOÃO PACHECO DE AMORIM

---

<sup>(11)</sup> Para mais desenvolvimentos, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, ob.cit. pág. 66.

<sup>(12)</sup> Vd. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. I, Coimbra, Almedina, 3ª Edição, 2006, pág. 150.*

<sup>(13)</sup> Neste sentido, FREITAS DO AMARAL, ob. cit. pág. 150.

<sup>(14)</sup> PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 595.

synthetizam «*como sendo a gestão pública, a actividade administrativa exercitada com base em normas de direito administrativo*» (15).

Tal ideia é reforçada pela doutrina na seguinte afirmação «*a tendência dominante é para um sincretismo algo barroco, que se analisa numa mera síntese verbal de critérios díspares e onde o acto de autoridade e acto de gestão pública surgem ambiguamente assimilados*» (16).

No que concerne às entidades privadas concessionárias não restam hesitações de que o CPA (1991) pretendeu aplicar àquelas os poderes de autoridade [n.º 3 do art.º 3].

Associada a esta matéria, vejamos FREITAS DO AMARAL quando nos seus ensinamentos diz que o instituto do privilégio da execução prévia não se enquadra no Direito Administrativo “*tendo de levar em conta igualmente a sujeição desta a especiais deveres e restrições*” (17).

O conceito de gestão pública no CPA (1991) associa-se à Administração Pública desprovida de poderes de autoridade. Por seu turno, no que à gestão privada diz respeito, a aplicação era (hoje sem sentido) justificada pelo facto dos privados deverem aplicar o direito comum e, para tal ceder ao próprio Direito Administrativo – apenas – nos casos de supremacia sobre os demais particulares.

PEDRO GONÇALVES, a propósito da distinção entre “poderes públicos” e “poderes de autoridade” entende que no CPA (1991) o conceito de gestão pública apenas de refere ao primeiro tipo de poderes, parecendo daí decorrer que o conceito de gestão pública apela à ideia de primazia de poderes autoridade, pelo que, não se trata de uma essencialidade (18). Há

---

(15) Ob. cit. pág. 167.

(16) DOMINGOS SOARES FARINHO, Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, AAFDL, Reimpressão, 2015, pág. 126. Poder-se-á dizer e apontar a existência de uma posição ampla de gestão pública (normas de Direito Administrativo) e uma posição restrita (poderes públicos de autoridade).

(17) DIOGO FREITAS DO AMARAL, ob. cit. págs. 140 e 141, rodapé 129.

(18) Para um melhor enquadramento entre a relação de “gestão pública” e “gestão privada”. LUÍS FÁBRICA, ob. cit. pág.8-9.

quem aponte como tratando-se de uma consequência - MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS <sup>(19)</sup>.

Ora, não será de estranhar que o interesse público não possa ser prosseguido de acordo com as regras que definem os interesses privados, ainda que substantivamente tenha um fundo igual. Nesta ideia encontra-se o cotejo de uma actividade da Administração Pública que suplica poderes de autoridade criando um subtipo de Direito Administrativo que se integra no Direito Administrativo mais amplo, integrado por todas as normas jurídicas destinadas assegurar, de modo específico, a prossecução do interesse público.

Se olharmos para o Direito da Organização Administrativa, tal escapa ao critério da gestão pública e da gestão privada, não sendo por ele explicado.

Neste ponto, parece-nos pertinente recordar a estrutura do CPA (1991) no sentido de indagarmos quais os blocos de normas que o Código pretende agregar na sua delimitação de âmbitos de aplicação.

Na Parte I encontramos os princípios gerais e na Parte II os sujeitos (órgãos administrativos), competência, delegação, garantias de imparcialidade e normas de interessados.

Na Parte III respeita ao Procedimento Administrativo (fases procedimentais) e na Parte IV disciplina a Actividade Administrativa (normas regulamentares, actos e contratos, regime de invalidade, execução, actos secundários e garantias graciosas).

Face ao exposto, recordando a 2ª parte do n.º 1 do art.º 2.º do CPA (1991), a actividade administrativa deve segundo alguns autores ser interpretada de forma lata, incluindo a matéria da organização em articulação com o critério de gestão pública (em sentido amplo).

Tais normas (quer de organização, quer de actividade) são subordinadas pelo legislador nacional ao «domínio da gestão pública» <sup>(20)</sup>, saltando à vista a questão de saber em que âmbito terá sentido aplicar o CPA (1991).

---

<sup>(19)</sup> In Direito Administrativo, Vol. I Coimbra, Almedina, 3ª Edição, 2006, pág. 150.

<sup>(20)</sup> Cfr. n.º 6 do art.º 2 do CPA (1991).

Em jeito de sumário, é clarividente que as normas jurídicas que regulam a organização administrativa não são as mesmas que regulam as demais organizações, com a excepção do sector empresarial público <sup>(21)</sup> pelas razões mais evidentes.

Na verdade, as entidades criadas com o escopo da prossecução do interesse público é resignado, por esse motivo, por exigências específicas quanto ao modo como se devem repartir os centros de formação e de imputação da vontade, relacionamento.

Tais regras são compostas por órgãos dos quais são seleccionados os seus titulares, bem como os mecanismos destinados assegurar e evitar conflitos de interesses, com vista assegurar a transparência da formação da vontade.

Um olhar mais atento dá-nos conta de várias disposições reguladoras da actividade administrativa que não implicam uma actuação semelhante ao que se verifica no plano privado.

Com o passar do tempo, ainda que asseguradas tais vinculações, o legislador deixou de fora a explicação do âmbito de aplicação das disposições do CPA (1991) relativas à actividade administrativa naquelas situações fora dos poderes de autoridade – ainda que prosseguidas pelo interesse público – sob a contrapartida de fundos públicos.

A doutrina mais unânime chama à colação o critério gestor *«é a sua insuficiência para delimitar convenientemente o âmbito de aplicação do CPA à realidade da Administração Pública contemporânea, obrigando a doutrina que com ele concorda a procurar estender o conceito de poderes de autoridade de modo abarcar realidades que carecem do tratamento jurídico exigido pelos princípios constitucionais de direito administrativo e pelas próprias regras que o legislador ordinário limita que designa de “actuações da Administração Pública no domínio da gestão pública»* <sup>(22)</sup>.

Quer o legislador, quer a doutrina nacional parecem ter caminhado num sentido de realidades opostas que pouco beneficia boa delimitação da

---

<sup>(21)</sup> Face à distinção entre entidades públicas empresariais e sociedades comerciais públicas).

<sup>(22)</sup> DOMINGOS SOARES FARINHO, Ob. cit. pág. 131 e n.º 6 do art.º 2 do CPA (1991).

aplicabilidade do núcleo essencial do direito da prossecução do interesse público, gerando uma discórdia entre este e os domínios do Direito Administrativo geral, de que o CPA é, sem sombra para dúvidas um dos pilares essenciais.

Reconhece-se que o âmbito de aplicação do CPA (1991) deixou-se influenciar pela noção mais dúbia de gestão pública com base, quer quanto à organização administrativa (critério enigmático), quer quanto à actividade administrativa (critério de poderes públicos) devendo ser interpretado em sentido amplo.

É nesse sentido que MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS recordam que o critério gestor recai em critérios irracionais e, atenta à sua loquacidade “*insusceptível de redução científica credível*” (23). Tal como anteriormente tivemos oportunidade de referir, a própria noção de Administração Pública nasce de um critério orgânico, apesar de não se poder afirmar com certeza que tal critério aí se esgote (n.º 2 do art.º 2 do CPA (1991)).

Passemos agora a uma breve análise acerca das pessoas colectivas que prosseguem o interesse público exercendo tal interesse investidas de poderes de autoridade, enquadrando-se no conceito de Administração Pública.

Tendo como pano de fundo o n.º 2 do art.º 2 do CPA (1991), mantém-se o sentido subjectivo da Administração Pública, ficando o sentido institucional sujeito apenas aos casos do n.º 3 e 4 por força do critério da gestão pública que, mais uma vez se traduz num falta de clareza por parte do nosso legislador.

## **B) «TAKE 2» - anteprojecto do Novo Código**

Seguindo a linha de orientação anterior, o anteprojecto veio introduzir uma certa “leveza” ao art.º 2.º do CPA (1991), apesar da manutenção da referência quanto à actividade administrativa.

---

(23) Ob. cit. pág. 38.

Tal conceito surge como um critério para determinar aplicação do texto do CPA em articulação com o sentido orgânico, mantendo-se a identidade das alíneas do n.º 2 do CPA (1991), trazendo, como se disse anteriormente, as entidades administrativas independentes <sup>(24)</sup>.

O antigo CPA, tentou pelo menos, articular os conceitos de gestão pública e privada, desaparecendo o conceito de gestão pública do art.º 2.º à gestão privada que surge desta forma desamparada. PEDRO GONÇALVES diz-nos *«não haver diferenças significativas, nos termos em que o anteprojecto emprega “desempenho da actividade administrativa e exercício de poderes administrativos de autoridade”* <sup>(25)</sup>.

Assiste-se assim a uma tentativa de ceifar um terceiro âmbito de aplicação, aplicável tão-somente aos órgãos da Administração Pública quando no exercício da actividade administrativa, onde o Código se limita aos princípios gerais da actividade administrativa e às disposições que concretizam preceitos constitucionais <sup>(26)</sup>.

Manteve-se assim a zona híbrida do critério gestor, actualmente com menção expressa (apenas) ao conceito de gestão privada.

É que apesar do esforço do legislador, mantém-se a dicotomia entre a gestão pública e privada, apesar de na primeira surgir no NCPA de forma nebulosa.

### **C) «TAKE 3» - CPA (2015)**

O Novo Código de Procedimento Administrativo apresenta uma estrutura quadripartida, à semelhança do CPA (1991). Na Parte I apresenta-se os “princípios gerais” com uma nova nomenclatura “da actividade

---

<sup>(24)</sup> Da leitura ao anteprojecto lê-se que o âmbito de aplicação se estende a “quaisquer entidades” quando, independentemente da sua natureza, se encontrem no exercício de “poderes administrativos de autoridade”, embora com limite apenas às normas respeitantes “aos princípios gerais, ao procedimento e à actividade administrativa”, excluindo as normas respeitantes aos órgãos administrativos, levando por assim dizer a um outro âmbito.

<sup>(25)</sup> Cfr. *Âmbito de aplicação do Código de Procedimento Administrativo (na versão do anteprojecto de revisão)* in CJA n.º 100, Julho/Agosto 2013, pág. 11.

<sup>(26)</sup> Cfr. supra ob. cit. pág. 12.

administrativa”; a Parte II respeita à parte orgânica, da qual estão previstos o regime dos órgãos, competência, delegação, conflitos de atribuições e de competência; a Parte III diz respeito ao Procedimento Administrativo <sup>(27)</sup>, com todas as matérias atinentes a este, com expansão do objecto que se encontra na Parte III do CPA (1991) terminando com os procedimentos do regulamento e acto administrativo no Título II. Não menos importante, a Parte IV que consagra a matéria da Actividade Administrativa, mais uma vez, à semelhança do CPA (1991) onde se encontra previsto o regime substantivo de regulamentos, actos e contratos.

Ainda que, o novo CPA (2015) tenha mantido a estrutura quadripartida, é notório a alteração de conteúdo de todas elas, começando desde logo no n.º 1 do art.º 2º estabelecendo um sincronismo entre as Partes I, III e IV separando desta forma os princípios e regras atinentes à organização administrativa e actividade administrativa.

Nesta matéria, o novo Código traz a novidade quando no n.º 1 do art.º 2.º refere “*independentemente da natureza das entidades em causa*”, ampliando os domínios de aplicação do Código às actuações no domínio do direito privado.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA <sup>(28)</sup> ensina que devemos ter em linha de conta as “disposições de direito administrativo” quando se refere a quaisquer normas destinadas à prossecução do interesse público, pelo que, a actividade dos “poderes públicos” deve ser interpretados como poderes públicos de autoridade, sob pena de uma duplicação de critérios.

Terá sido, cremos essa a razão, para que o legislador no NPCA (2015) reconhecesse que, as normas atinentes ao interesse público não se justificam pelo exercício de poderes públicos de autoridade, trazendo sim um novo critério expansivo que na prática terá aplicação na actuação da Administração Pública.

---

<sup>(27)</sup> Vd. MARTA PORTOCARRERO, *Procedimento Administrativo, aspectos estruturais*, CJA n.º 100, pág. 80 e segs.

<sup>(28)</sup> In *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código de Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2ª Edição, 2015, páginas 27 e segs.

O filme do passado não é no presente abonatório, mantendo-se uma tensão entre a sujeição da prossecução do interesse público, quer na vertente do direito público, quer no direito privado, ficando a escolha no pêndulo da liberdade entre os regimes jurídicos por parte do legislador e da Administração Pública.

Nesse sentido, o corpo do novo Código prevê aplicabilidade não apenas aos casos de exercício de poderes de autoridade, mas àqueles que exigem uma regulação específica por normas de Direito Administrativo.

Vejamos um pouco mais de perto, ainda que de forma sintetizada, alguns pormenores relacionados com os Órgãos da Administração Pública, conceito de poderes públicos, regulação específica, organização e actividade administrativa.

Num primeiro plano, não parece restar dúvidas que o legislador na Parte II do NCPA (2015) onde dispõe sobre os “Órgãos da Administração Pública” apenas se aplica ao conceito de Administração Pública em sentido orgânico (n.º 4 do art.º 2) que praticamente é a reprodução do n.º 2 do art.º 2 do CPA (1991).

Tal como acima referimos, a principal novidade neste ponto é a previsão das entidades administrativas independentes (alínea c).

Num segundo plano e no que concerne à noção de poderes públicos, o entendimento da doutrina maioritária é de que os mesmos respeitam à subordinação às normas de Direito Administrativo e às normas de competência, tal ideia é agora no novo Código afastada.

Num terceiro plano, o legislador introduziu um segundo critério previsto no n.º 1 do art.º 2.º “regulação específica” e, por último, as entidades administrativas privadas que não sejam munidas de poderes públicos (de autoridade) podem ficar sujeitas ao n.º 1 do art.º 2.º do CPA, forçado pela introdução do segundo critério acima referido.

No que às entidades privadas diz respeito, as que tenham escopo na prossecução no interesse público, quando exercem poderes públicos (de autoridade ou sujeitas a regulação específica por disposições de direito administrativo) terão com o novo Código o regime do n.º 2 do art.º 2.

O legislador determina de forma expressa as entidades como pessoas colectivas públicas remetendo todo o regime para disposições destinadas assegurar a prossecução do interesse público, concluindo-se então que estamos perante o critério previsto no n.º 1 do art.º 2 do CPA (2015).

Alerta-se para a excepção prevista quanto aos limites externos que a exigência de regulação impõe, podendo na prática se revelar infrutífera.

Com a entrada do novo Código, levantam-se alguns problemas quanto à delimitação da zona de fronteira, nomeadamente na determinação do conteúdo quando na mesma situação tivermos presentes disposições de direito privado e de direito administrativo.

Aliás, basta olhar para as zonas mescladas das áreas do Direito Público e do Direito Privado, ficando de fora qual o momento em que se pode afirmar da existência da «regulação específica» pelo Direito Administrativo, com a consequente aplicação da maioria das normas do CPA ou, no caso privado temperado pelos princípios gerais e constitucionais.

Neste sentido GIULIO NAPOLITANO afirma que o ordenamento jurídico português tem prosseguido de forma negativa ao sujeitar a organização e actividade administrativa ao direito privado, algo que o CPA pretende assegurar dentro de enquadramento jurídico-público, tendo como exemplo tipo nesta matéria a Lei-Quadro das Fundações <sup>(29)</sup>.

Diga-se que, tal deve ser cotejado com a conduta do ente, quer do lado privado ou público, aplicando-se no primeiro o texto na íntegra do CPA ou quase a totalidade e no segundo apenas as normas decorrentes do n.º3 do art.º 2 do CPA (2015).

Fazemos um novo apelo à doutrina de PEDRO GONÇALVES, a propósito do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) <sup>(30)</sup> «*que da contraposição entre as expressões ao abrigo de disposições de direito administrativo e no exercício de poderes administrativos, resulta que, no primeiro*

---

<sup>(29)</sup> In *Pubblico nel Diritto Administrativo Milano*, Giuffrè, 2003, pág. 155., cuja legislação pode ser consultada in:

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1758&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1758&tabela=leis)

<sup>(30)</sup> Sobre o âmbito da jurisdição administrativa no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais revisto – LICINIO LOPES MARTINS, CJA n.º 106, pág. 7 e segs.

*caso, está envolvida qualquer competência regulada pelo direito administrativo, ao passo que, no segundo, estão em causa apenas competências (reguladas pelo direito administrativo) que possam ser especialmente qualificadas como poderes administrativos» (31).*

Assim, o legislador no NCPA (2015) apesar de não ter abandonado o critério gestor, mantém-no no n.º 3 do art.º 1.º na parte da gestão privada.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, a este intento, refere que a gestão pública resulta dos dois critérios do n.º1, ficando como se viu fortemente abalada e que “*as funções administrativas de gestão pública tanto se caracterizam no exercício de poderes públicos, como na adopção de condutas de outra natureza ao abrigo de normas de Direito Administrativo (32).*”

O legislador veio optar ainda por uma noção orgânica de Administração Pública no n.º4 do seu art.º 2, o que por força do n.º 3 teria a consequência que apenas as entidades enumeradas no n.º 4 seriam aplicáveis os princípios gerais da actividade administrativa e as disposições que materializam preceitos constitucionais quando procedessem ao abrigo das normas de direito privado – neste sentido MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (33).

Percorrido que se encontra este trajecto, o art.º 2 do CPA (2015) tem aplicação na totalidade, a todas as entidades da Administração Pública em sentido orgânico (n.º1, 2 e 4); Partes I, III e IV, a todas as entidades cuja conduta comprometa o exercício de poderes públicos de autoridade ou respeite a disposições de direito administrativo (n.º1); Parte II pode ser aplicável a entidades que não tenham previsão no n.º 4 do art.º 2 (por imposição constitucional) estando em causa a prossecução da função

---

(31) In *Entidades (...)*, ob. cit, pág. 595. O ETAF nas suas alíneas b) e d) do n.º 2 do art.º 4.º prevê tal contraposição, bem como a podemos ver noutros diplomas, nomeadamente no art.º 1.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro que consagra o regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas (RRCEDEP).

(32) In ob.cit, pág.27.

(33) Ob. cit. pág. 26.

administrativa <sup>(34)</sup> com aplicação do Direito Administrativo nela previsto. Por último, uma nota para o n.º 3, Parte I referente às normas que concretizam as disposições constitucionais, a todas as entidades que visam a função administrativa (ainda que sob a égide do direito privado).

#### **D) «TAKE 4» - ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CPA (2015)**

O anteprojecto deste diploma como se disse é de 2013. Desde então, fala-se em revisão, reforma, revolução, “peeling” no quadro Administrativo Português, mas à medida que a sua entrada em vigor se aproximava <sup>(35)</sup>, mais reforçada ficava a ideia de estarmos perante um «novo Código».

Diga-se que o preâmbulo do Código destaca algumas normas interpretativas (art.º 3.º) onde é notória a preocupação do legislador, por exemplo, saber em que medida os recursos (e reclamações) têm natureza necessária, *conditio sine qua non*, no acesso às garantias jurisdicionais.

Fica o compasso de espera até à aprovação do «Guia de boas práticas administrativas» <sup>(36)</sup>, uma espécie de “manual de instruções” das boas maneiras dos padrões comportamentais do aparelho da Administração Pública.

Este «novo Código» vem alargar o âmbito de aplicação, consagrando novos princípios reguladores da actividade administrativa <sup>(37)</sup>, cujo procedimento passará aplicar-se a quaisquer entidades que possam ser integradas no quadro da Administração Pública.

O âmbito de aplicação do CPA (2015) apresenta-se como a “norma das normas”, insurgindo-se como uma dimensão textual significativa em relação

---

<sup>(34)</sup> Neste ponto, realça-se a abundante jurisprudência relativa à distinção entre as funções políticas, legislativa e administrativa, seguindo os Tribunais Superiores uma linha predominantemente restrita da «função administrativa», quando comparado com as designadas “Leis-Medida”.

<sup>(35)</sup> Vigente desde 07/04/2015.

<sup>(36)</sup> Previsão até 07/04/2016.

<sup>(37)</sup> As respectivas normas (art.º 3.º a 19.º) são aplicáveis não apenas à Administração Pública, mas também a todas as entidades que, independentemente da sua natureza, exerçam a função administrativa.

às demais normas constantes neste diploma, dificultando o trabalho ao seu intérprete.

Na prática temos uma panóplia de conceitos, cuja resposta o legislador não clarificou o verdadeiro alcance.

Há sobretudo duas grandes faixas que requerem a melhor atenção. Por um lado, aferir a medida segunda o qual o CPA se aplica àquelas entidades em que são criadas propositadamente para prosseguir o interesse público ao abrigo do direito público (insito no n.º4 do art.º 2 CPA 2015) e a medida em que o mesmo Código se aplica a entidades públicas ou privadas mas que prossigam o interesse público recorrendo ao direito privado.

Uma nota final para os artigos 266.º e 267.º da Constituição da República Portuguesa, uma vez que o legislador determinou a necessidade de um regime especial que distinga as exigências do n.º5 do segundo artigo “*racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhes digam respeito*” em consonância com o n.º 2 do primeiro artigo aplicável à Administração Pública, cujo contributo final do legislador é crucial na prescrição da delimitação do âmbito de aplicação do CPA (2015).

Este novo Código parece “desejar” abraçar a maior parte das entidades que exercem a função administrativa <sup>(38)</sup>, restrita que fica as actuações ao abrigo do direito privado (visando a prossecução do interesse público), denotando-se um esforço do legislador nesse sentido.

Apesar da sentida convergência entre os critérios, mantém-se a multiplicidade de conceitos desordenados sem uma resposta clara <sup>(39)</sup>.

O Novo Código de Procedimento Administrativo, apesar de “novo”, deixou ainda muito por tratar, antevendo-se pela frente uma longa expectativa de novas séries com novos “trailers” que se aguarda visualizar.

---

<sup>(38)</sup> É o «conjunto dos actos de execução de actos legislativos, traduzida na produção de bens e na prestação de serviços destinados a satisfazer necessidades colectivas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbem ao poder político que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incumbem ao poder político do Estado-colectividade» – Ac. STA de 16/03/2014, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>(39)</sup> O que sucede com poderes públicos, disposições de Direito Administrativo, gestão privada, Administração Pública.

Recorde-se que, quase um quarto de século depois, a evolução dos meios electrónicos foram impondo uma integração da Administração Pública, sendo inevitável na ordem jurídica em dar respostas cada vez mais céleres a problemas mais complexos, fruto do devir social, dando lugar a várias discussões públicas e que agora se deu à estampa com tal publicação. Este Código proclama a necessidade dessa adaptação às novas perspectivas económicas, sociais e de mentalidades.

Apesar de se poder dizer que não se trata de um corte umbilical, introduz mudanças que, a breve trecho trarão modificações nas relações entre a Administração e os administrados.

Prevê-se o novo Código a possibilidade de celebração de acordos endoprocedimentais entre os particulares e a Administração Pública, podendo abranger quer o acordo quanto aos termos da tramitação do procedimento administrativo, quer do acordo quanto ao conteúdo do acto administrativo a praticar no termo do procedimento que é discricionário.

Mantém a estrutura tradicional quanto à estrutura, funcionamento e competência dos órgãos, mantendo-se o vertido na Lei n.º 67/2013, de 29 de Agosto a matéria respeitante às entidades administrativas independentes.

Trata-se apenas de uma *«precisão, que desfaz eventuais dúvidas sobre a pertença dessas entidades à Administração Pública, em sentido subjectivo»* – CARLOS JOSÉ BATALHÃO (ob.cit. pág. 51).

Em matéria da regulação dos princípios gerais da actividade administrativa, este Código introduz uma série de princípios novos: responsabilidade (16.º), administração aberta (17.º), protecção de dados pessoais (18.º), cooperação leal com a União Europeia (19.º) como reforça o conteúdo de alguns já consagrados no CPA.

Como há muito se aguardava a publicidade do filme, em prol da transparência e do direito à informação, o legislador veio dar especial ênfase ao procedimento electrónico, introduzido como itinerário principal na tramitação processual tentando generalizar os «balcões únicos electrónicos» num modelo de celeridade, economicidade e eficiência do aparelho público.

Resulta dos artigos 176.º e 6.º do diploma preambular que o tradicional princípio do privilégio da execução prévia (genérico) será substituído por regras taxativas. Na verdade, o novo princípio que se aguarda “legalidade específica na execução dos actos administrativos” trará um panorama novo ao procedimento administrativo, cujo âmbito de aplicação, formas e termos que esclareçam em que medida tais actos administrativos poderão ser impostos (coercivamente) pela Administração Pública ficaram dependentes de aprovação em diploma avulso. Poder-se-á dizer que é a PARTE I do Novo Código que traz especial novidade, uma vez que a PARTE II falamos sobretudo em mudanças sistemáticas. Realça-se a figura da delegação de competências entre órgãos de diferentes pessoas colectivas, as chamadas relações intersubjectivas (44.º) e a previsão nos artigos 42.º e 43.º da possibilidade da substituição administrativa (e a sua delimitação) perante a figura da suplência.

No plano garantístico temos, por exemplo, a apoteose na proibição de prestação de serviços de consultoria (ou outros) a favor das autoridades administrativas envolvidas no procedimento por parte de entidades que hajam prestado serviços – há pelo menos três anos – a qualquer ente privado naquele procedimento.

Traz o Código a figura da conferência procedimental (77.º a 81.º) na sua vertente deliberativa e de coordenação. Tal figura já encontra apoio na legislação nacional em matéria urbanística e, nessa medida é um modelo de exercício comum, inspirado para procedimentos administrativos de maior complexidade.

Teremos ainda uma nova forma de colaboração entre diversos órgãos da Administração: auxílio administrativo (66.º) com vista à promoção da indispensável celeridade da fase instrutória dos procedimentos administrativos. No desfecho da Parte III, encontramos outra figura que, apesar de encontrar espelho na nossa ordem jurídica (urbanística, ambiental, licenciamento de serviços) o legislador fez questão de introduzir neste Código: comunicações prévias (134.º). Na prática, o destinatário verá a produção dos efeitos jurídicos almejados sem a formalidade dos actos administrativos.

De facto, é na PARTE IV que encontramos pela primeira vez a figura dos regulamentos administrativos (135.º a 137.º) que vem regulada na parte substantiva das formas de actividade administrativa, de onde se retirará as causas de invalidade dos mesmos. Dizemos que é inovador no que respeita ao regime substantivo, agora densificado, em contraposição ao CPA, apenas contendo regras respeitantes ao procedimento de aprovação de regulamentos.

As principais faixas inovatórias do acto administrativo na perspectiva substantiva, prende-se sobretudo pelo regime mais requintado das situações de nulidade (161.º) que representa uma importância crucial na prática, consagrando ainda as situações de aproveitamento do acto administrativo que vem restringir as situações de anulabilidade dos actos administrativos.

É aqui, que nos deparamos com uma das principais reformas deste Código: a consagração de regimes distintos para o instituto da revogação (165º a 172.º) que actualmente se designa por revogação por mérito e revogação por invalidade (anulação administrativa).

Creemos que, um dos calcanhares de Aquiles deste Código será as implicações que esta configuração de regimes trará, sobretudo na redefinição integral em relação aos prazos que hoje se encontram previstos no CPA. Por seu turno, o legislador quis também aproximar-se o Direito Comunitário, prevendo o alargamento do prazo para a anulação de actos constitutivos de direitos obtidos em situações de fraude.

Assim, a regra geral é a de que este Código se aplica a todos os procedimentos administrativos iniciados após a sua entrada em vigor, à excepção do privilégio da execução prévia (149º/2 CPA). Por fim, a Parte I (Disposições Gerais) e Parte II (Órgãos da Administração Pública) se aplicarão aos procedimentos administrativos em curso à data da sua entrada em vigor. Tal significa que, as verdadeiras regras procedimentais não serão imediatamente aplicáveis aos procedimentos pendentes.

Encerra o Código o “Trailler” a matéria dos contratos administrativos que no essencial encontra assento no Código dos Contratos Públicos (arts. 483.º e segs.), prevendo o legislador de normas remissivas para a formação e execução (200.º a 202.º).

Há um novo surgimento de alguns normativos distintivos entre contratos administrativos (sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo) e contratos sujeitos a um regime de direito privado, lamentando-se a ausência de um novo argumento para este “filme”.

Apesar de não se tratar de um Código Novo, estamos perante um dos diplomas legislativos mais fracturantes na actuação do aparelho jurídico-público que promete dar avanços positivos na aproximação da Administração Pública com os administrados. ■

*“Interpretar a lei é revelar o pensamento, que anima as suas palavras”- (Clóvis Bevilacqua).*

**Angelina Teixeira**

Advogada

Mestre em Direito Administrativo

angelinateixeira-53245@adv.oa.pt





— ÁGUA MOLE E A PEDRA DURA —

## **ORIENTAÇÕES DO novo CPTA**

**Angelina Teixeira**

Advogada

Mestre em Direito Administrativo

SUMÁRIO:

O contencioso administrativo teve como marco histórico a reforma de 2004 assente no princípio da tutela jurisdicional efectiva. Era tempo de dar um passo importantíssimo na valorização da justiça administrativa portuguesa em prol da celeridade e eficácia dos litígios jurídico-administrativos. Procuramos aqui encaminhar o leitor para algumas das principais orientações deste (novo) diploma que já entrou no espectro reformista do Direito Público.

— ÁGUA MOLE E A PEDRA DURA —

# ORIENTAÇÕES DO novo CPTA <sup>(1)</sup>

**Angelina Teixeira**

Advogada

Mestre em Direito Administrativo

I – As marés do (novo) CPTA | II – A tripla margem de alterações introduzidas | III – Outros rios das alterações introduzidas | IV – Outros ribeiros reformistas (ETAF).<sup>(2)</sup>

## I – AS MARÉS DO NOVO CPTA

Em Outubro passado foi publicado no Diário da República (DR) n.º 193 (1ª Série) o Decreto-Lei n.º 214-G/2015 <sup>(3)</sup> de 2 de Outubro que aprova o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), revogando o Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho.

Tal diploma veio proceder à quarta alteração do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado pelas Leis n.º 13/2000, de 20 de Julho e 30-A/2000, de 20 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Julho.

A primeira versão do CPTA havia sido aprovada pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterada consecutivamente pelas Leis 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, 59/2008, de 11 de Setembro e 63/2011, de 14 de Dezembro.

---

<sup>(1)</sup> Em harmonia com as alterações introduzidas pelo legislador no novo Código de Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, publicado no Diário da República, 1ª Série – n.º 4.

<sup>(2)</sup> Por opção da Autora, o texto não obedece às normas do Acordo Ortográfico, não tomando como referência o n.º 1 da Resolução do Conselho de ministros n.º 8/2011, de 25 de Janeiro.

<sup>(3)</sup> Doravante "Decreto-Lei".

Resultado de uma longa travessia, o ano de 2015 ficará na história do Direito Público, sobretudo pelas alterações no plano do procedimento administrativo a que se juntam as do plano processual administrativo, este último objecto de reflexão neste texto.

Destaca-se a nova tramitação da acção administrativa e a unificação das formas processuais <sup>(4)</sup>. A forma de acção administrativa segue-se com os processos cuja apreciação se encontram no CPTA repartida entre acção administrativa comum e a acção administrativa especial (artigos 37.º e 46.º do antigo CPTA).

Da leitura ao preâmbulo ao Decreto-Lei, embora tenham sido, desde 2004, recolhidos elementos sobre a aplicação do CPTA, nomeadamente no âmbito de uma discussão pública promovida em 2007, a verdade é que tal revisão foi constantemente adiada.

A par disso, o Código de Processo Civil foi, como se sabe igualmente objecto de uma reforma profunda <sup>(5)</sup> obrigando o legislador nacional a proceder à harmonização entre os vários diplomas, entre os quais o novo CPA e o CPTA.

O legislador, depois de muito remar, e como diz o ditado “*água mole em pedra dura, tanto bate até que fura*” lançou a proa e introduziu alterações que também se fizeram sentir noutros diplomas, nomeadamente no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), assim como nalguns diplomas avulsos disciplinadores em matéria processuais administrativas ou que com estas são conexas.

A revisão feita ao CPTA assenta sobretudo na estrutura das formas de processo e respectivo regime <sup>(6)</sup>. Na verdade, o CPTA ao arripio do contencioso administrativo assenta na contraposição entre o recurso

---

<sup>(4)</sup> Sentidas no regime da impugnação, da condenação à prática de actos administrativos e regulamentos.

<sup>(5)</sup> Ou tal como gosta de chamar VASCO PEREIRA DA SILVA “novíssima reforma”, que de acordo com o Governo teria tido em conta muito dos contributos facultados pela doutrina e pela jurisprudência da última década.

<sup>(6)</sup> A separação de regimes apenas existe verificados os pressupostos, vicissitudes ou demais requisitos, consoante estejam em causa uma acuação típica do exercício do poder administrativo ou outra acuação tipificadas com o escopo de harmonizar as decisões dos tribunais têm vindo a consolidar.

contencioso e o processo declarativo comum previsto no CPC (2013), tradicionalmente seguido no contencioso das acções.

Nesta matéria, o legislador acabou por abarcar pelos processos declarativos não-urgentes que assentam num modelo dualista <sup>(7)</sup> de acordo com o qual, além dos tipos circunscritos de situações de urgência, objecto de regulação própria, as causas deviam ser objecto da acção administrativa especial ou da acção administrativa comum, consoante, se destinem (ou não) a actos administrativos ou a normas regulamentares <sup>(8)</sup>.

Só que, tal opção não se demonstrou unânime face àquilo que foi apelidada de “relativa incoerência” em face da reduzida praticabilidade do modelo adoptado.

Desde logo, relativa incoerência, e tal como resulta da nota preambular do Decreto-Lei, embora a tramitação que o CPTA estabeleceu para a acção administrativa especial tenha sido, de algum modo, a sucessora daquela que, no regime precedente, correspondia ao recurso contencioso e na verdade, na sua essência, ela foi configurada por referência ao regime do processo declarativo comum do NCPC, ao qual, por seu turno, reconduzia-se à forma da acção administrativa comum.

O legislador veio em sua defesa, apontando aqui e ali várias explicações nesta matéria, sendo que virou o olhar das suas atenções para o princípio da livre cumulação de pedidos, preocupando-se sobretudo com a celeridade exigida a um magistrado, sob a égide do chamado princípio da adequação formal, uma especial atenção aos pedidos cumulados para manipulação da urgência dos pedidos não urgentes e da tutela jurisdicional efectiva extensiva às situações sujeitas à tutela urgente <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> Entendimento visto como um penhor histórico. Nesta esteira, SÉRVULO CORREIA foi um dos membros da Comissão de Revisão que defendeu em 2002-2004, a solução dualista, passando-se a uma “unipolaridade atenuada”, in *Da acção administrativa especial à nova acção administrativa*, CJA n.º 106, 2014, págs. 49 e segs.

<sup>(8)</sup> Acerca dos problemas de constitucionalidade das normas de prevalência entre regulamentos do Governo no Código do Procedimento Administrativo de 2015, vd. ALEXANDRE S. PINHEIRO, *Julgár* n.º 26, Coimbra Editora, págs. 135 e segs.

<sup>(9)</sup> Ficando de fora, por exemplo, as situações que impliquem uma discriminação negativa dos processos urgentes relativamente à cumulação de pretensões impugnatórias com pretensões indemnizatórias.

Assim, a introdução da dedução e apreciação, em cumulação de pedidos, que correspondem à acção administrativa comum no âmbito da acção administrativa especial, tornou ineludível a aproximação da tramitação desta última ao regime processual civil.

Foi assim que, mais do que a sucessora do anterior recurso contencioso, a acção administrativa especial foi configurada como uma forma de processo especialmente direccionada a harmonizar o modelo do NCPC às especificidades (próprias) do processo administrativo.

Perante tal cenário, uma forma de processo com estas características, sem necessidade de um modelo dualista, tornou-se suficiente para firmar a convicção do legislador na sua resposta, motivando a submissão de todos os processos não-urgentes do contencioso administrativo a um único modelo de tramitação.

Nessa sequência, e tendo como desígnio a consagração de um modelo único de tramitação dos processos não-urgentes concorre, por outro lado, do ponto de vista da praticabilidade do sistema, a conveniência em dar resposta a dificuldades que a delimitação do âmbito de intervenção da acção administrativa comum e da acção administrativa especial colocava.

Alguma doutrina tem vindo a referir a esta parte que a dicotomia entre a acção administrativa especial e a acção administrativa comum representa uma mudança relevante e um ganho para a coerência do sistema, apta a produzir uma tutela jurisdicional mais simples, mais racional, mais rápida e mais eficaz.

Segundo TIAGO DUARTE «*o seu alcance, desse ponto de vista, é relativo, mas a sua relevância é grande, essencialmente porque descomplica o sistema, no sentido de que elimina uma preocupação que limitada de forma injustificada o acesso à discussão do fundo dos problemas que as pessoas trazem aos tribunais*» <sup>(10)</sup>.

Perante a dificuldade que, em muitas situações concretas, se coloca de saber se a Administração está investida do poder de praticar um acto administrativo impugnável, ou se o interessado pode propor uma acção de

---

<sup>(10)</sup> Revista Julgar n.º 26, pág. 133.

reconhecimento dos seus direitos ou interesses sem dependência da emissão desse acto, o legislador teve de pensar e repensar o assunto.

Foram sobretudo estas as razões mais determinantes na recondução do abandono do modelo dualista que o CPTA consagrava <sup>(11)</sup> expulsando a forma da acção administrativa comum e reconduzindo-se todos os processos não urgentes do contencioso administrativo a uma única forma de processo, a que é dada a singela designação «acção administrativa» <sup>(12)</sup>.

Esta nova forma de processo é submetida ao regime que, até então, correspondia à acção administrativa especial, mas com as profundas alterações decorrentes da sua harmonização com a entrada, como se disse, do Código de Processo Civil (2013).

Esta «acção administrativa» reflecte indubitavelmente as implicações no CPTA introduzindo inovações aqui e ali mas em sintonia com as especificidades do contencioso administrativo que estiveram na base de um diploma próprio.

Percorrendo o areal do CPTA destacamos ainda o novo regime do art.º 78-A sob a epígrafe «Contra-Interessados» que o legislador procura reforçar a tutela da posição do autor perante o encargo que lhe é imposto de os indicar na petição inicial, e a revisão do artigo 85.º, que procura consagrar um regime mais coerente no que respeita à intervenção do Ministério Público (MP) nos processos em que não é parte.

Por outro lado, os regimes do n.º 4 do artigo 83.º, que preserva a solução tradicional da não imposição do ónus de impugnação especificada, mas impõe o ónus de contestar, do artigo 85.º -A, que prevê a existência de réplica e, havendo reconvenção, de tréplica, dos artigos 87.º -A a 87.º -C.

Encontra-se adaptações pontuais no plano da audiência prévia e do saneador, bem como dos artigos 91.º e 91.º -A, que clarificam os termos em

---

<sup>(11)</sup> Para uma abordagem mais aprofundada, ANA SOFIA FIRMINO, *O Fim do regime dualista das acções administrativas no anteprojecto de revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais em debate*, AAFDUL, págs. 11 a 59.

<sup>(12)</sup> Passará por uma fase embrionária, imperfeita ainda, apesar da sua entrada em vigor e o tratamento por parte dos tribunais. Contudo, resulta da letra um regime mais detalhado, mais desenvolvido, tentando convergir à semelhança do processo declarativo comum previsto no NCPC.

que se procede à realização de audiência final e em que pode haver lugar à apresentação de alegações escritas.

Quanto à forma ainda se diga que o legislador introduz nos artigos 97.º e 99.º uma nova forma de processo urgente dirigida a dar resposta célere aos litígios respeitantes a *procedimentos de massa* <sup>(13)</sup> nos diversos domínios, tais como, concursos na Administração Pública (recrutamento, promoção), constituição deficitária de júri, realização de provas a nível nacional, com um elevado número de participantes, entre outros.

Este novo regime dos procedimentos de massa visa assegurar a concentração num único processo, evitando a multiplicidade de acções a nível nacional com o mesmo objecto litigiosos, passando assim a correr num único tribunal, das múltiplas pretensões que os participantes nestes procedimentos pretendam deduzir no contencioso administrativo em prol da celeridade processual.

Decorre do preâmbulo do DL 214-G/2015 que tais procedimentos surgem com *“a intenção de conferir uma resposta célere e integrada aos litígios respeitantes a procedimentos de massa, em domínios como os dos concursos na Administração Pública e da realização de exames, com um elevado número de participantes. O novo regime dos procedimentos de massa visa assegurar a concentração num único processo, a correr num único tribunal, das múltiplas pretensões que os participantes nestes procedimentos pretendam deduzir no contencioso administrativo.”*

O procedimento de massas <sup>(14)</sup> cinge-se aos pedidos de anulação/condenação à prática de actos, vista por alguma doutrina como limite, uma vez que impedirá a aplicação deste processo a outras situações acção impudente jurídicas onde sejam apresentados pedidos cumulativos que podem conduzir ao tratamento diferenciado de situações idênticas, dada a proximidade das situações em causa, contudo acabando por se criar um procedimento transversal ao do artigo 48º “Seleção de processos com andamento prioritário”.

---

<sup>(13)</sup> Passou-se de 4 (quatro) para 5 (cinco) tipos de processos urgentes.

<sup>(14)</sup> Tratando-se de um processo urgente (art.º 99.º/5 e 6 CPTA), os prazos são mais curtos (ex: contestar o prazo é de 20 dias, para a decisão ou submissão a julgamento de 15 dias, e o prazo geral de 10 dias) com vista a permitir um processo mais célere acautelando os direitos e interesses dos autores, caso assim não fosse poderiam ficar prejudicado quer o interesse das partes quer a eficácia e utilidade da decisão.

Naturalmente que apenas o tempo trará as marés vivas da aplicação da nova acção administrativa nos tribunais, exigindo-se um forte empenho por parte de todos os intervenientes judiciais, sobretudo por parte dos magistrados – mais responsáveis - pela condução do processo na aplicação aos casos concretos.

## II – A TRIPLA MARGEM DE ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS

As alterações efectuadas em 2015 ao (novo) CPTA podem ser abordadas em três margens: a *primeira* respeita ao novo regime do artigo 73.º, em matéria de impugnação das normas regulamentares <sup>(15)</sup> indo ao encontro das múltiplas críticas de que tinha sido objecto o regime anterior.

Procede-se à respectiva simplificação e clarificação, designadamente no que respeita às situações de dedução do incidente da invalidade de normas regulamentares em processos cujo objecto principal não lhes diz respeito e as alterações introduzidas neste domínio repercutem-se, naturalmente no regime da suspensão da eficácia de normas regulamentares, previsto no artigo 130.º.

A *segunda* respeita ao contencioso pré-contratual urgente <sup>(16)</sup>, regulado nos artigos 100.º e seguintes, cujo âmbito de aplicação é alargado, de modo a abranger o contencioso relativo à formação de todos os tipos contratuais compreendidos pelo âmbito de aplicação das directivas da União Europeia em matéria de contratação pública.

No regime do contencioso pré-contratual urgente <sup>(17)</sup> o legislador nacional preferiu introduzir uma série de normas clarificadoras que visam dar resposta a múltiplas dúvidas que se vinham colocando no plano jurisprudencial, nomeadamente às situações de cumulação de pedidos (artigo 100.º), à aplicabilidade do regime do artigo 45.º (artigo 102.º) e ao contencioso de impugnação do programa e demais documentos

---

<sup>(15)</sup> Sobre a impugnação de actos administrativos e de regulamentos ver ISABEL PORTELA COSTA, *Alguns aspectos da reforma da justiça administrativa em 2015*, Julgar n.º 26, Coimbra Editora, págs. 60 e segs.

<sup>(16)</sup> Para mais desenvolvimentos, CARLOS A.F. CADILHA/ANTÓNIO CADILHA, *O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidez dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2013, pp.28-46.

<sup>(17)</sup> Para um aprofundamento, aconselhamos a leitura PAULO PEREIRA GOUVEIA, *A Nova Acção Administrativa de Contencioso Pré-Contratual*, Julgar n.º 26, Maio-Agosto 2015, Coimbra Editora, págs. 41 e segs.

conformadores do procedimento pré-contratual, cujo regime se demonstrava há muito insuficiente (objecto de regulação própria no artigo 103.º).

Face ao já exposto, merece-nos destaque o artigo 103.º -A «Impugnação dos documentos conformadores do procedimento» que veio finalmente proceder à transposição das Directivas Recursos, coligando um efeito suspensivo automático <sup>(18)</sup> à impugnação dos actos de adjudicação e consigo ainda um regime inovador de adopção de medidas provisórias no âmbito do próprio processo do contencioso pré-contratual <sup>(19)</sup>.

Apesar da existência de um Diploma de Transposição, a realidade demonstrou que o legislador nacional apenas transpôs alguns aspectos, o que não deixamos de estranhar a inércia por parte da União Europeia, recusando-se a levantar problemas.

Por último, a *terceira* margem respeita aos processos cautelares, domínio no qual são introduzidas inovações relevantes, em especial, naquilo que se encontra previsto nos números 4 e 5 do artigo 113.º «*Relação com a causa principal*», prevendo a modificação objectiva ou subjectiva da instância, por alteração superveniente das circunstâncias ou por substituição do Ministério Público ao requerente primitivo.

### III – OUTROS RIOS DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS

O legislador destaca no preâmbulo do Decreto-Lei que aprova o (novo) CPTA a promoção da agilidade dos processos cautelares, evitando a consequente sobrecarga com produção desproporcionada e injustificada de prova.

---

<sup>(18)</sup> Inexistente na versão anterior do CPTA, configurando uma clamorosa violação da Directiva Recursos. Para outros desenvolvimentos, Vd. PAULO PEREIRA GOUVEIA, *Revisão das “Directivas Recursos” em Tempos de Crise?*, in Julgar n.º 23, Ano de 2014, Coimbra Editora, págs. 193 e segs.

<sup>(19)</sup> Levanta-se a questão de saber se acção de impugnação poderá ser intentada após os 10 dias. Parece que sim, apesar de haver doutrina em sentido contrário. Apesar das nuvens negras admite-se que o efeito automático possa ser levantado - MÁRIO AROSO DE ALMEIDA na Sessão de Abertura do Mestrado Direito Administrativo na Universidade do Minho organizado pelo NEDIP em 09/10/2015 (Braga).

Surgem nesta esteira o artigo 118.º «Produção de prova» sobretudo, a eliminação do critério de atribuição de providências cautelares <sup>(20)</sup> que se encontrava na alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º, regime que e que foi sempre alvo de duras críticas e de aplicação jurisprudencial muito restritiva.

O novo regime previsto no artigo 120.º consagra um único critério de decisão de providências cautelares quer estas tenham por base natureza antecipatória ou conservatória.

Tais poderão ser adoptadas quando se demonstre a existência de um fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente pretende acautelar no processo principal, e seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente.

Foi ainda revisto o regime do artigo 131.º, clarificando sobretudo alguns pontos, relacionados com o momento e condições em que o decretamento provisório pode ocorrer e com a possibilidade de decretamento oficioso, e simplificando o regime do incidente.

De realçar ainda as inovações previstas no n.º 4 do artigo 20.º que consagra a solução que parece mais adequada ao assegurar a proximidade territorial do tribunal em relação ao litígio.

No artigo 30.º, promove-se a publicidade do processo administrativo. No artigo 48.º, para além de se proceder à clarificação de determinados aspectos de regime, procede-se à flexibilização e à ampliação do respetivo âmbito de aplicação. No n.º 2 do artigo 58.º, é retomado o regime anterior ao CPTA, que assegura maior segurança e certeza num domínio tão importante

---

<sup>(20)</sup> Para uma análise exaustiva das debilidades do art.º 128.º do CPTA, Vd. TIAGO DUARTE, *Providências Cautelares, Suspensões Automáticas e Resoluções Fundamentadas: pior a emenda do que o soneto?* Julgar n.º 26, Coimbra Editora, págs. 78 e segs. Na prática, “o legislador mexeu onde não se esperava e não mexeu onde se contava”. Desde sempre, um dos temas mais discutidos, mais controversos, geradores de mais questões e dúvidas por ser um regime omisso, imperfeito e complexo. A proposta apresentada pela Comissão acabou por não ser acolhida, mantendo-se como se encontra o regime, ficando de fora a resposta a inúmeros problemas - MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, Sessão de Abertura do Mestrado Direito Administrativo na Universidade do Minho organizado pelo NEDIP em 09/10/2015 (Braga).

como é o da contagem do prazo de impugnação dos actos administrativos, eliminando uma solução que não tinha racionalidade que a justificasse <sup>(21)</sup>.

Uma breve nota quanto ao prazo de impugnação (30 dias), sendo clarificado que se suspende desde o momento da utilização da impugnação administrativa até à notificação da decisão expressa ou até ao termo do prazo em que a impugnação administrativa deveria ser decidida.

Nos artigos 64.º e 74.º procede -se à harmonização do CPTA com o novo regime introduzido pela revisão do CPA dos regimes respeitantes, respectivamente, à anulação e à sanção do acto administrativo impugnado durante a pendência do processo impugnatório, e aos prazos de impugnação das normas regulamentares.

Os regulamentos são uma das matérias em que há fortes inovações no NCPA (artigos 135.º a 147.º) que veio finalmente estabelecer as regras quanto ao seu procedimento de formação, a par de regras quanto à respectiva validade <sup>(22)</sup>.

Nos artigos 77.º -A e 77.º -B, o legislador preferiu harmonizar o regime da legitimidade e prazos para a impugnação de contractos com o novo regime que, por outro lado, é introduzido no artigo 285.º do Código dos Contractos Públicos (CCP), no sentido de ver clarificado o regime de invalidade aplicável às situações de falta e vícios da vontade dos contratos administrativos.

No que concerne ao novo artigo 110.º -A, é regulada a possibilidade, sobre a qual o CPTA era, até aqui, lacunoso, da convalidação dos processos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias em processos cautelares, quando não se preencham os exigentes pressupostos de que depende a admissibilidade dos primeiros.

---

<sup>(21)</sup> A primeira parte do n.º 1 desta disposição é elucidativa quanto à pretensão do legislador na medida em que pretendeu ao que parece admitir a perda, pelo decurso de certo prazo, do direito de impugnar actos nulos. É assim aplicável à contagem do prazo legal (30 dias) o vertido no n.º 3 do artigo 58.º, no novo 59.º em harmonia com o 60.º do CPTA (2ª parte do artigo 101.º).

<sup>(22)</sup> Até então a matéria de impugnação de regulamentos não se encontrava adstrita a prazo. Esta disposição vem distinguir regimes de nulidade atípica de regimes de anulabilidade dos regulamentos – MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *in Teoria Geral do Direito Administrativo, o Novo Regime do Código de Procedimento Administrativo*, Almedina (2ª Edição), págs. 169-171, 2014.

No artigo 121.º os pressupostos são flexibilizados no sentido de promover a economia processual. No regime dos recursos jurisdicionais (artigos 140.º e segs.), o legislador procedeu à harmonização com o novo regime do CPC e à clarificação de um conjunto de aspectos, em matéria de legitimidade para recorrer (artigo 141.º), sucumbência (artigo 142.º), despacho de admissão de recurso (artigos 144.º e 145.º), extensão dos poderes de cognição dos juizes de apelação e possibilidade da produção de prova no tribunal de recurso (artigo 149.º) e extensão dos poderes de pronúncia do tribunal de revista (artigo 150.º).

No artigo 151.º, flexibilizam -se os pressupostos do recurso *per saltum*, no sentido de ampliar o âmbito da sua aplicação. No artigo 172.º, é especialmente harmonizada as condições em que se pode processar o pagamento da quantia devida no âmbito dos processos de execução para pagamento de quantia certa.

Por outro lado, o legislador aproveitou o ensejo para clarificar uma série de aspectos do regime do CPTA, em múltiplos domínios, desde há muito identificados na prática jurisprudencial, em que a sua aplicação se manifestava extremamente duvidosa.

Diga-se que, na maioria dos casos, as dúvidas eram suscitadas pelas várias lacunas que, na prática, mereceriam há muito tratamento e previsão, impondo-se há muito clarificar ou, pelo menos, harmonizar a redacção de diferentes preceitos sustento de constantes equívocos. Foi nesta base que se inscrevem várias alterações: n.ºs 2, 5 e 7 do artigo 10.º, relacionadas com a legitimidade passiva das Regiões Autónomas e dos Ministérios; cumulação de pedidos (artigo 14.º); quanto ao procedimento a adoptar por tribunal incompetente, no artigo 16.º; quanto à determinação do tribunal da residência ou sede de diferentes autores, no artigo 19.º; quanto ao tribunal competente para as acções sobre contractos, no n.º 1 do artigo 20.º; quanto ao âmbito de aplicabilidade desta norma, nos n.ºs 8 e 9 do artigo 20.º, quanto ao tribunal territorialmente competente para os processos de execução de sentenças e de actos administrativos dependentes de execução jurisdicional, no artigo 29.º; quanto aos prazos a observar por juizes e funcionários judiciais, no artigo 36.º; quanto ao regime a aplicar aos processos urgentes previstos em legislação avulsa, no artigo 39.º; quanto ao interesse qualificado

em agir exigível nas acções de condenação à abstenção da prática de actos administrativos, nos artigos 45.º e 45.º -A; quanto aos pressupostos e ao âmbito de aplicação do regime do artigo 45.º, no artigo 51.º, quanto aos requisitos gerais de impugnabilidade dos actos administrativos, no artigo 53.º; quanto ao regime de impugnabilidade dos actos confirmativos, no artigo 54.º, quanto ao regime de impugnabilidade dos actos ineficazes, nos artigos 55.º e 68.º; quanto ao âmbito da legitimidade para impugnar actos administrativos, tanto do Ministério Público, como de órgãos em relação a actos de outros órgãos da mesma entidade pública, no artigo 56.º, quanto ao âmbito de aplicação do instituto da aceitação do acto administrativo, no n.º 1 do artigo 59.º; quanto ao momento a partir do qual corre o prazo de impugnação dos actos administrativos ineficazes, nos artigos 67.º e 69.º; quanto aos pressupostos de que depende a propositura da acção de condenação à prática de acto devido <sup>(23)</sup> nos casos de ter havido um acto negativo nulo ou de se pretender a substituição de um acto de conteúdo positivo, e no artigo 70.º e quanto à hipótese de a pretensão dirigida à substituição do acto de conteúdo positivo surgir na pendência de acção inicialmente proposta em situação de silêncio da Administração <sup>(24)</sup>.

#### **IV – OUTROS RIBEIROS REFORMISTAS (ETAF)**

No plano do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), o legislador não trouxe alterações significativas. Há muito que a doutrina vinha questionando a ampliação do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal, ou seja, trazer na prática aquelas matérias atribuídas aos tribunais judiciais.

---

<sup>(23)</sup> As normas sobre condenação à prática de acto devido e à emissão de regulamentos sofreram importantes alterações, introduzindo o legislador a possibilidade de pedir tal condenação sem ter sido apresentado requerimento preliminar – quando não tenha sido cumprido o dever de emitir um acto administrativo que decorresse da lei ou nas situações em que a pretensão é a substituição de um acto administrativo de conteúdo positivo – alíneas a) e b) do n.º 4 do art.º 67.º do CPTA.

<sup>(24)</sup> Desde 2002 que deixou de existir a impugnação de silêncios da Administração Pública, situação que agora com a reforma de 2015 o legislador não hesitou em esclarecer, eliminando o art.º 109.º do CPA, introduzindo *ex novo* o art.º 129.º NCPA. Desta forma, há a faculdade de utilizar o meio jurisdicional da condenação à prática de acto devido, não sendo considerado o silêncio como acto administrativo, afastada que fica a ideia apenas nas situações em que haja lei ou norma regulamentar que, de forma expressa, determine que naquele caso concreto exista deferimento tácito no caso de incumprimento do prazo legal de decisão.

Da leitura ao referido Decreto-Lei, concluímos que o legislador pretendeu, por um lado, clarificar os termos da relação que se estabelece entre o artigo 1.º e o artigo 4.º, e por outro lado, arriscar na tentativa de dar um passo à frente fazendo corresponder o âmbito da jurisdição aos litígios de natureza administrativa e fiscal que por ela devem ser abrangidos.

O legislador estende o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal às acções de condenação às decisões que apliquem coimas no âmbito do ilícito de mera ordenação social por violação de normas de direito administrativo em matéria de urbanismo.

É clarividente a opção pela não inclusão do âmbito desta jurisdição administrativa num conjunto de matérias que envolvem a apreciação de questões várias, sendo disso exemplo, as matérias que respeitam os processos que têm por objecto a impugnação das decisões da Administração Pública que apliquem coimas no âmbito do ilícito de mera ordenação social <sup>(25)</sup> noutros domínios.

Noutros planos, nota-se um esforço em diversos ajustamentos pontuais, destacando-se alteração da estrutura do Supremo Tribunal Administrativo (STA) e no regime dos concursos para tribunais superiores, numa tentativa de redefinir o regime aplicável aos presidentes dos tribunais de primeira instância.

As alterações a outros diplomas legais têm, em primeiro lugar, por objecto os artigos 85.º, 95.º e 112.º do Decreto -Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com o escopo de clarificar algumas regras procedimentais e de competência e de eliminar dúvidas que se têm levantado sobre o objecto do processo de intimação que neles se encontra previsto, clarificando a profunda diferença que separa este processo da acção de condenação à prática de acto devido, que se encontra consagrada no CPTA.

As alterações aos artigos 12.º, 16.º e 19.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, visam adequar o respetivo regime à estrutura das formas de processo que foi introduzida pelo CPTA.

Outra novidade do novo CPTA prende-se com a alteração do artigo 15.º da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, surgindo com o propósito “simplex” de

---

<sup>(25)</sup> Tais ilícitos são materialmente administrativos porque assentam em bens de natureza administrativa, mas correm termos nos tribunais judiciais. A *ratio* pode ser explicada pelo número reduzido de juizes nos tribunais administrativos (anos de 1979) e por se tratar de um regime de cariz sancionatório.

deixar de fazer corresponder uma forma de processo específica às acções de declaração de perda de mandato ou de dissolução de órgãos autárquicos ou entidades equiparadas, submetendo essas acções, por remissão, aos termos do processo do contencioso eleitoral, previstos no CPTA.

Juntam-se ainda as alterações aos artigos 14.º, 23.º e 31.º da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, e ao artigo 14.º da Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho, em consonância com as alterações introduzidas no CPTA ao regime da intimação para prestação de informação, consulta de processos e passagem de certidões.

É premente daqui para a frente que todas as alterações sejam lançadas ao terreno, materializa-las e daí tirar mais ilações, aguardando que tais reformas se revistam de uma justiça mais racional, simplificada e sobretudo eficaz face às dificuldades produzidas pela doutrina de um complexo sistema instalado.

Moderação e clarificação parecem ser as palavras de ordem em torno das alterações trazidas com o CPTA, sabendo-se que há um longo caminho a percorrer. São inúmeros os problemas do contencioso administrativo, susceptíveis de (ainda) perdurarem, uma vez que são flagrantes os traumas do Direito Administrativo que teve uma infância difícil.

As reformas nunca foram fáceis nem atempadas como se desejaríamos e, como aliás estava previsto. Há muito para dizer mas sobretudo para fazer. ■

*“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”. (Marthin Luther King)*

**Angelinha Teixeira**

Advogada

Mestre em Direito

angelinateixeira-53245@adv.oa.pt





# A TUTELA DA HONRA

## FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NUMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA <sup>1</sup>

**J. F. Moreira das Neves**

Juiz de Direito

Tribunal Judicial da Comarca dos Açores

*As nossas crenças mais justificadas não têm qualquer outra garantia sobre a qual assentar, senão um convite permanente ao mundo inteiro para provar que carecem de fundamento.*

JOHN STUART MILL, Sobre a liberdade.

### I. Noções gerais

Os direitos de personalidade correspondem à categoria dos classicamente apelidados «direitos absolutos» (por serem oponíveis *erga omnes*), os quais emanam da própria pessoa e cujo âmbito de proteção abrange o homem na sua essência, naquilo que ele é e não naquilo que ele tem<sup>2</sup>, podendo o âmbito da sua tutela estender-se para além da morte, conforme refere o artigo 71.º do C. Civil e 185.º do C. Penal. Integrada na tutela da personalidade a tutela da honra é feita a vários níveis e aparece referida na Constituição, no direito internacional convencional e na lei (artigos 1.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1 da Constituição, 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 70.º e 484.º do C. Civil e 180.º a 189.º do Código Penal). No plano do Direito Civil os direitos de personalidade, onde se compreende o feixe de direitos que integram a honra, encontram esteio nos artigos 70.º a 81.º do Código Civil.

---

<sup>1</sup> Integrado na obra coletiva: INICIATIVA TRIBUNAIS E DIREITOS HUMANOS, no âmbito de grupo de trabalho sob a égide da ASJP, 2013-2014.

<sup>2</sup> HENRICH HORSTER, *A parte geral do código civil português*, 1992, Coimbra, p. 258; MARIA PAULA ANDRADE, *Da ofensa do crédito e do bom nome*, Tempus Editores, 1996, p. 97; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, Almedina, 7.ª ed., 2012, p. 38 e ss.

Apesar de o Código Civil não dar uma definição de direito de personalidade, ali se contêm todos aqueles direitos subjetivos, privados, extra patrimoniais, inatos, perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, tendo por objeto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida<sup>3</sup>.

Em geral pode dizer-se que a honra corresponde àquele mínimo de condições que razoavelmente são consideradas essenciais para que uma pessoa possa, com legitimidade, ter estima por si, pelo que é e vale. Rabindranah Capelo de Sousa entende que «a honra abrange desde logo a projeção do valor da dignidade humana, que é inata, ofertada pela natureza igualmente para todos os seres humanos, insuscetível de ser perdida por qualquer homem em qualquer circunstância... Em sentido amplo, inclui também o bom nome e reputação, enquanto sínteses do apreço social pelas qualidades determinantes da unicidade de cada indivíduo no plano moral, intelectual, sexual, familiar, profissional ou político<sup>4</sup>.» Constitui, na verdade um valor da dimensão social-pessoal de cada um com referência à comunidade histórico-social em que se integra. O bom-nome de uma pessoa corresponde ao bom conceito em que ela se acha tida no meio social em que vive ou exerce a sua atividade. E a sua reputação pessoal, bem assim como a sua imagem pública, correspondem ao merecimento que a pessoa tem no meio social que integra, isto é, a boa-fama, a estima, o prestígio de que goza e a forma como a sociedade a vê.

A definição do valor ou bem jurídico que é a honra não se afigura empresa fácil<sup>5</sup>, sendo desde sempre matéria controvertida na doutrina<sup>6</sup>. Estão todavia

---

<sup>3</sup> RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *A Constituição e os Direitos de Personalidade – Estudos sobre a Constituição II*, p. 93.

<sup>4</sup> *O direito geral da personalidade*, 1995, pp. 303-304.

<sup>5</sup> Neste parágrafo seguindo de perto despacho da autoria do juiz do 4.º Juízo de Ponta Delgada (Pedro Soares de Albergaria), sobre a caracterização deste bem jurídico, proferido no dia 5/11/2007, no proc. 219/04.5TAPDL.

<sup>6</sup> BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, Fundação C. Gulbenkian, 1998, p. 79, escrevia, em 1763, que: «a palavra honra é uma das que serviram de base para longos e brilhantes raciocínios, sem que estivesse associada a

arredadas as concepções extremadas – fácticas<sup>7</sup> e normativas<sup>8</sup> – que tentaram precisar o conteúdo de tal bem<sup>9</sup>. Hoje a honra deve entender-se como uma decorrência direta da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição). É, nessa medida, um conceito normativo, mas cuja concretização não dispensa o recurso ao mundo dos factos, daqui derivando uma visão mista fáctico-normativa do conceito de honra<sup>10</sup>, mais conforme aos nossos dias. Tal concepção resultará da forma como a lei regula a *exceptio veritatis*, contida no n.º 2 do artigo 180.º do C. Penal, já que só podendo afetar a honra a imputação de factos falsos<sup>11</sup>, a prova da verdade dos factos exclui *ab initio* a punibilidade da conduta. Inversamente, numa visão exasperadamente normativista a prova da verdade dos factos em nada contenderia com aquela punibilidade. Ora, o que acontece entre nós não é uma coisa nem outra, pois que a exclusão da punibilidade não se basta com (mas exige) a prova da factualidade imputada, exigindo ainda que tal prova esteja ao serviço de um *interesse legítimo*. Já no concernente às opiniões ou juízos sobre factos, quando suscetíveis de afetar a honra de terceiros, uma vez que a verdade daqueles é indemonstrável, a sua ilicitude e conseqüente punibilidade haverá de depender de um juízo de proporcionalidade relativamente ao fim visado, sendo-o quando

---

nenhuma ideia fixa e estável; COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra Editora, 1996, p. 77, n. 8, dá-nos a notícia de um investigador alemão que detetou mais de 60 (!) conceitos de honra em vários escritos. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, p. 65, refere que o valor da honra, enquanto *dignitas humana*, é mais importante que qualquer outro.

<sup>7</sup> Essencialmente fruto do positivismo; entre nós, BELEZA DOS SANTOS, *Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúria*, RLJ ano 92.º n.º 3152, p. 168; na Itália, MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano VIII - Delitti contro la persona* 9.ª ed., p. 447 e 449; na Espanha, DÍAZ PALOS, *Legítima defensa del honor*, RJC, 1959, p. 257.

<sup>8</sup> Entre nós, SILVA DIAS, *Alguns aspetos do regime jurídico dos crimes de difamação e de injúria*, 1989, AAFDL, p. 16 e ss., e SILVA ARAÚJO, *Crimes contra a Honra*, 1957, p. 152; na Espanha, BAJO FERNANDEZ, *Protección del honor y de la intimidad, Comentarios a la legislación penal*, tomo I - *Derecho Penal y Constitución*, RDP, p. 125; na Itália, MANTOVANI, *Diritto Penale. Delitti contro la Persona*, 1995, p. 259 e ss.

<sup>9</sup> Para uma crítica às posições extremadas, veja-se, entre outros, ADELMO MANNA, *Tutela penale della personalità*, Società Editrice il Mulino, 1993, pp. 71 a 74; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Liberdade de expressão y Derecho Penal*, EDERSA, p. 224; e, por todos, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Delitti contro la persona*, CEDAM, 1995, pp. 258 e 259.

<sup>10</sup> Assim, *inter alia*, ALONSO ALAMO, *Protección penal del honor. Sentido atual y límites constitucionales*, ADPCP, tomo 36, fasc. I, 1983, pp. 150 e 151; JAEN VALLEJO, *Liberdade de expressão y delitos contra el honor*, p. 152 e 154; entre nós, COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 86)

<sup>11</sup> Inversamente, os factos verdadeiros em princípio só podem lesar a privacidade; assim COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa*, cit., p. 105; IDEM, *Reforma do Código Penal. Trabalhos Preparatórios*, 1995, vol. III, p. 140.

se demonstre o exclusivo propósito de caluniar, rebaixar, amesquinhar ou humilhar o outro.

Por seu turno a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, a que se referem os artigos 37.º e 38.º da Constituição, 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 19.º, n.º 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 10.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, das Leis n.ºs 1/99 e 2/99, ambas de 13 de janeiro, constitui um dos pilares fundamentais que estruturam qualquer sociedade democrática, uma condição primordial do seu progresso, bem assim como da autonomia e realização individual. É conatural ao funcionamento da democracia, não se concebendo esta sem aquela. Promove e estimula a autonomia pessoal<sup>12</sup> e, a mais disso, constitui um dos mais relevantes meios de controlo do exercício dos poderes (político, económico ou social), nomeadamente no caso de abuso pelos seus titulares. A liberdade de imprensa integrando, naturalmente, a liberdade de expressão, abrange, claro, todos os meios de comunicação social, implicando o direito de informação, sem impedimentos, discriminações ou limitações por qualquer tipo de censura. Este direito de informação compreende três dimensões: o direito de informar; o direito de se informar; e o direito de ser informado<sup>13</sup>. O primeiro consiste na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos; o segundo a liberdade de recolha de informação, de busca de fontes (o direito de não ser impedido de se informar); e o terceiro, como que vertente positiva do direito de se informar, consiste no direito a ser-se mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação social. Tal implica o reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais dos jornalistas, ou seja, da liberdade de expressão e de criação, do direito de acesso às fontes, de sigilo profissional, da garantia de independência e da cláusula de consciência e o direito de participação na orientação do respetivo órgão de informação (artigos 1.º, al. a) e 22.º da Lei 2/99, de 13/1).

---

<sup>12</sup> FRANKLIN DELANO ROOSEVELT, 32.º presidente dos EUA, que decidiu levar o seu país para a segunda guerra mundial, contra o nazismo e o fascismo, dizia enfaticamente que «a liberdade de expressão não tem qualquer utilidade para quem nada tem a dizer.»

<sup>13</sup> GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª edição (revista), p. 573.

A garantia do direito dos cidadãos a serem informados está também consagrada no artigo 2.º n.º 2 da referida Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro. Para tanto dispõe o artigo 14.º do Estatuto dos Jornalistas (Lei 1/99 de 13 de janeiro), que são deveres fundamentais destes:

- Exercer a atividade com respeito pela ética profissional, informando com rigor e isenção;
- Abster-se de formular acusações sem provas;
- Respeitar a privacidade de acordo com a natureza do caso e a condição das pessoas;
- Não falsear ou encenar situações.

A própria Constituição refere expressamente que este direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento, bem como ao exercício do direito de informar não é absoluto, e que entrando em conflito com outros direitos e valores constitucionalmente protegidos, é suscetível de gerar responsabilidade civil. Mas nem a Constituição nem a lei estabelecem qualquer subalternização da liberdade de expressão face aos direitos de personalidade. No concernente à Lei de Imprensa verifica-se que esta ao aludir aos limites à liberdade de imprensa (artigo 3.º da Lei 2/99), refere que são os que decorrem da Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objetividade da informação, a garantir os direitos ao bom-nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática. E fá-lo, como é bom de ver, em linha com o que determina o artigo 18.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, isto é, que as referidas liberdades são passíveis de sofrerem limitações ou restrições impostas pela lei ordinária, devendo, contudo, estas limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos<sup>14</sup>. É este o esteio da previsão normativa que refere que as infrações

---

<sup>14</sup> JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Studia Jurídica, 65, Coimbra, 2002, p. 59, refere inexistir interesse legítimo que possa justificar a publicação de notícias consabidamente falsas ou negligentemente sub investigadas. E COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra, ed. 1996, p. 357, citando Roeder, diz que o que é decisivo não é a boa fé subjetiva, mas a boa fé objetivamente fundada quanto a uma verdade que seria igualmente admitida por qualquer pessoa de consciência reta e de pensamento equitativo se colocada na mesma situação.

cometidas no exercício da liberdade de expressão e do direito de informação ficam submetidas aos princípios gerais do direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social (artigo 37.º, n.º 3 da Constituição e 29.º, n.ºs 1 e 2 da Lei de Imprensa - Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro).

Como estamos em face de direitos e valores fundamentais, serão as circunstâncias de cada caso que delimitarão o campo de cada um dos direitos em conflito. E será nessa ponderação que se concluirá se há ou não atropelo injustificado ou desproporcionado a outros direitos, nomeadamente direitos de personalidade de terceiros - direito à integridade moral, ao bom-nome e reputação (artigos 26.º, 37.º, n.ºs 3 e 4 da Constituição, 10.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

É comumente reconhecido e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>15</sup> (TEDH) tem-no reafirmado, que os jornalistas devem respeitar o seu código deontológico: ser fieis à verdade dos factos e divulgar informações fiáveis. Mas não o é menos que os direitos de personalidade dos titulares de órgãos de poder político, se encontram restringidos pelas exigências de escrutínio impostas pelo sistema democrático. Nestes casos o direito de resposta garante o pluralismo da informação. O mesmo sucedendo, ainda que em menor grau, relativamente a outras figuras proeminentes do poder económico ou social. Ao entrar nos círculos do poder as pessoas aceitam tacitamente esse constrangimento, pois sabem que faz parte do jogo (democrático) ser alvo de opiniões, críticas (que podem ser contundentes), apontamentos caricaturais ou humorísticos, mesmo apreciações erróneas ou injustas relativamente às suas pessoas ou atuações. A liberdade de expressão e nomeadamente a liberdade jornalística admite mesmo o recurso a uma certa dose de exagero, mesmo a uma certa provocação, que são lícitas, conforme o TEDH sublinhou, por exemplo, no acórdão *OBERSCHLICK* (26/4/1995). A ingerência nessa liberdade só pode fundar-se numa necessidade imperiosa e em todo o caso proporcional ao fim visado. Daquele escrutínio não está

---

<sup>15</sup> O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) foi criado pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), elaborada logo a seguir à II guerra mundial, sendo órgão perante o qual os cidadãos dos Estados contratantes ou aderentes podem apresentar queixa contra os Estados por violação dos direitos garantidos na Convenção. Portugal aderiu à CEDH em 1978. O TEDH é um órgão jurisdicional prestigiado com jurisdição sobre mais de 800 milhões de pessoas, sendo a sua intervenção subsidiária, isto é, só pode nele ser demandado um Estado depois de esgotadas as vias de recurso internas.

excluído, naturalmente, o sistema de justiça e os seus agentes, embora a doutrina e o próprio TEDH tenham identificado algumas razões justificativas de alguma restrição ao direito de crítica aos juizes, nomeadamente por: a) isso abalar a confiança do público no sistema de administração de justiça; b) se considerar que proteger os juizes é ainda proteger a sua independência; c) a sociedade dever respeitar a autoridade e a imparcialidade do poder judicial; d) esta proteção contribuir para um maior equilíbrio na administração da justiça; e) os controlos internos da magistratura serem suficientes; f) em razão do seu estatuto os juizes não irem a público defender-se, como sucede com outros titulares de poderes públicos<sup>16</sup>. A jurisprudência do TEDH tem contudo vindo a ser mais permissiva, afirmando-se mais recentemente no sentido de se dever guardar uma saudável parcimónia relativamente às críticas ao poder judicial, que devem beneficiar da confiança do público sem serem perturbados, posto que sendo garantes da justiça têm uma missão fundamental num Estado de Direito, que pressupõe aquela confiança<sup>17</sup>, em termos já não muito diversos dos que reserva para outros servidores públicos.

## II. Jurisprudência nacional mais relevante

Os direitos em análise são constantemente reclamados em juízo, subindo as decisões em recurso e vindo nessa sequência a firmarem-se correntes jurisprudenciais nos tribunais superiores. Importará dar nota daqueles que se constituem «cabeças de estirpe» de tais correntes ou que por outra razão se constituam como referentes (todos constantes da base de dados do ITIJ: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2002, relatado pelo CONS. ALVES VELHO, no proc. 03A2249 – considerou-se que em democracia a tutela da honra pessoal e reputação dos políticos é menos intensa que a dos cidadãos em geral. Não obstante, a crítica política deve estar

---

<sup>16</sup> Veja-se DAVID KOSAR, 2007, *Freedom of speech and permissible degree of criticism of judges – in the jurisprudence of the ECHR and US courts*. E, na jurisprudência do TEDH p. ex. os acórdãos e PRAGER AND OBERSCHLICK CONTRA AUSTRIA, de 26 abril de 1995 e SHALKA CONTRA POLÓNIA, de maio de 2003.

<sup>17</sup> A este propósito ver acórdãos STEUR, KYPRIANOU e ALBAYRAK, respectivamente de 28/10/2003, 15/12/2005 e 31/1/2008.

essencialmente ao serviço da informação e esclarecimento do cidadão eleitor e da coletividade a que interessam as questões sob disputa. Concebe-se que se convoquem para ela elementos relativos à pessoa dos atores e mesmo da sua vida privada com relevo para a formação de um juízo sobre eles e sobre a sua atuação, mesmo que possam prejudicar a sua reputação. Ponto é que o exercício do direito seja colocado ao serviço do interesse coletivo, da formação de opções políticas e com respeito pela verdade, em suma, sob orientação e com observância dos referidos princípios da proporcionalidade e da adequação.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/10/2002, relatado pelo CONS. OLIVEIRA BARROS, no proc. 02B2751 – considerou-se que o reconhecimento constitucional do direito à própria imagem cumpre a função de assinalar a sua pertinência à honra, quando o seu desrespeito lese também esse bem jurídico, e a sua categoria de direito de personalidade. Na imagem prevalece, naturalmente, o rosto, mas integra todo o corpo. Quem fotografe outra pessoa contra vontade desta incorre eventualmente, no crime previsto no artigo 199.º, n.º 2, do Código Penal. E a sua publicação, outrossim não autorizada, é geradora de responsabilidade civil por violação do correspondente direito de personalidade.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/4/2002, relatado pelo CONS. ARAÚJO BARROS, no proc. 02B3553 – referiu-se que a liberdade de imprensa, e com ela a faculdade de livre expressão e divulgação da informação, é uma liberdade responsável, o seu uso há de corresponder aos fins para que é concedida e não prosseguir, ainda que indiretamente, outros fins. O princípio norteador da informação jornalística deve ser o de causar o menos mal possível, pelo que quando se ultrapassam os limites da necessidade ou quando os processos são, de per si, injuriosos a conduta é ilegítima e por isso geradora de responsabilidade.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26/2/2004, também relatado pelo CONS. ARAÚJO BARROS, no proc. 03B3898 – considerou-se que *a publicação, em jornal que se vende em todo o território nacional, de acusações ou insinuações feitas a uma mulher casada, no mínimo tratando-a como leviana e imputando-lhe a prática de adultério, atinge diretamente o marido daquela, violando*

*o seu direito ao bom nome, à honra e consideração social, e à reserva da intimidade da vida privada conjugal.*

Nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/6/2009 e de 17/12/2009, em que foram relatores, respetivamente, os CONS. ALBERTO SOBRINHO e OLIVEIRA ROCHA, – proc. 159/09.1YFLSB e 4822/06.0TVLSB – considerou-se que o direito imagem e à intimidade da vida privada das pessoas, não obstante se tratem de figuras públicas, com colheita de imagens à distância para ilustrar relação amorosa, deve prevalecer sobre a liberdade de imprensa. Em ambos os casos entendeu-se haver abuso da liberdade de imprensa, com violação de regras deontológicas, pelo que se responsabilizaram os lesantes, fixando indemnização a favor dos lesados.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/1/2010, em que foi relator o CONS. SILVA SALAZAR, – proc. 48/04.6TBVNG.S1 – considerou-se que embora a liberdade de imprensa deva respeitar, no seu exercício, o direito fundamental ao bom nome e reputação, o jornalista não está impedido de noticiar factos verdadeiros ou que tenha por verdadeiros em séria convicção, desde que justificados pelo interesse público na sua divulgação, podendo este direito prevalecer sobre aquele desde que adequadamente exercido. Nesta decisão absolveu-se a empresa jornalística demandada.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25/3/2010, em que foi relatora a CONS. MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, – proc. 576/05.6TVLSB.S1 – considerou-se que uma reportagem jornalística que teve por alvo um Ministro, que de modo totalmente infundado o apontou como estando ligado ao tráfico de estupefacientes, não havia sequer conflito de direitos, visto que a mera chicana em que tal peça se traduzia não estava sequer ao abrigo do direito de informar. Fixou indemnização de 30 000 €.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4/3/2010, em que foi relator o CONS. CUSTÓDIO MONTES, – proc. 677/09.1YFLSB – considerou-se que a honra é um valor constitucionalmente protegido, bem assim como a liberdade de expressão, mas que aquele tem supremacia, uma vez que a Constituição não lhe impõe limite, ao contrário do que sucede com esta. Não obstante afixação de tais premissas, na ponderação dos valores em presença entendeu que a publicação em jornal de grande circulação de notícia e

considerações críticas sobre os procedimentos em curso, desconhecidos do público, com vista à coincinação de resíduos sólidos nas cimenteiras, e depois difundida pelas televisões, não era ilícita, apesar de isso ter causado indignação ao Ministro, pois não era falsa, embora estivesse temperada com alguma especulação, visando atingir politicamente o Governo. Tratou-se de facto indiferente às valorações da ordem jurídica, devendo ser por esta tolerado.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4/5/2010, em que foi relator o CONS. URBANO DIAS – proc. 1054/06.6TBALM.L1.S1 – considerou-se que as expressões injuriosas dirigidas por um pai de um aluno a professora deste, constituía ofensa inadmissível à honra, constituindo o agressor em responsabilidade civil, condenando-o no pagamento de uma indemnização.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/9/2011, em que foi relator o CONS. SÉRGIO POÇAS – proc. 2634/06.0TBPTM.E1.S1 – considerou-se que no conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra de uma pessoa deva prevalecer, em cada caso, o interesse que se mostre de maior relevo, posto que ambos constituem suporte essencial de uma sociedade livre e democrática. A propósito de jornal que publicou notícias sobre perito médico do Instituto de Medicina Legal, associando a ligação deste a rede de agenciamento de inumação de cadáveres por parte de agentes funerários, em face do circunstancialismo provado, julgou prevalecer o interesse público na divulgação da notícia (dando prevalência à liberdade de expressão).

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/6/2011, em que foi relator o CONS. JOÃO BERNARDO, – proc. 1272/04.7TBBCL.G1.S1 – considerou-se que os políticos e outras figuras públicas, quer em razão da sua exposição pública, quer pela discutibilidade das suas ideias e propostas, quer ainda pelo controlo democrático a que naturalmente estão sujeitos, seja pela comunicação social, seja pela comunidade em geral, devem ser mais tolerantes a críticas do que os particulares anónimos, devendo concomitantemente, admitir-se uma maior grau de intensidade dessas críticas.

Em registo discursivo dissemelhante mas com solução idêntica, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9/9/2010, em que foi relator o CONS. GONÇALO SILVANO – proc. 77/05.2TBARL.E1.S1 considerou-se que

o direito à honra, enquanto *dignitas humana*, transige menos facilmente com os demais em sede de ponderação de interesses, nomeadamente a liberdade de imprensa. O caso tratava de uma revista de circulação nacional que associou em reportagem, sem fundamento, o nome e imagem de uma pessoa a rede de tráfico de drogas. O que determinou a condenação no pagamento de indemnização.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/4/2012, em que foi relator o CONS. ALVES VELHO – proc. 4797/07.9TVLSB.L2S1 – considerou-se que numa dada peça jornalística em que o seu autor não se limitou à narração factológica, mas que entrou na elaboração de juízos de valor gratuitamente ofensivos, denotando má fé nas apreciações feitas, era ilegítima, constituindo ofensa injustificada à honra do visado, o que veio a redundar na condenação no pagamento de uma indemnização de 50 000 €.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/6/2012, em que foi relator o CONS. GRANJA DA FONSECA – proc. 3728/07.0TVLSB.L1S1 – considerou-se que o critério normativo no conflito de direitos (honra *versus* liberdade de expressão dos jornalistas) é o da adequação da informação ao cumprimento do fim (interesse público) de informar. Julgou improcedente pretensão indemnizatória de agente político que viu o seu nome referido na imprensa a propósito de aspetos da sua vida pública.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5/7/2012, relatado pelo CONS. SANTOS CABRAL, no proc. n.º 48/12.2YREVR.S1, entendeu-se que a *liberdade de expressão não pode prevalecer quando o seu exercício viola outros valores aos quais a lei confere tutela adequada, emergentes de uma necessidade de defesa de bens jurídicos radicados na ordem constitucional, ou resultar de uma necessidade de tutela de valores inscritos no espaço jurídico em que o nosso país se inscreve, nomeadamente o comunitário. Entendeu-se que para encarar e combater o negacionismo há duas formas: o debate livre e aberto no campo das ideias; ou na valorização do bem jurídico fundamental que está em causa, tutelando-o com o recurso à criminalização. Tal dualidade, refere, está bem patente na circunstância de o negacionismo do holocausto ser explícita ou implicitamente ilegal em dezasseis países, mas não criminalizado noutros.*

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/10/2012, do qual foi relator o CONS. MÁRIO MENDES – proc. 2398/06.8TBPD.L1S1 – considerou-se que a reiterada imputação, infundada, a determinada pessoa, através da comunicação social, de envolvimento em atos de pedofilia, ainda que objeto de posterior retificação constitui lesão grave da honra e dignidade da pessoa em causa e por isso merecedora da tutela do direito, condenando a entidade lesante a pagar ao lesado uma indemnização que fixou em 105 758 € (a título de danos patrimoniais e não patrimoniais), acrescida de juros moratórios.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/10/2012, do qual foi relator o CONS. SALRETA PEREIRA – proc. 2709/07.9TVLSB.L1.S1 – considerou-se que não merece tutela jurídica aquele que atingido na sua honra, o foi por jornalista a quem o próprio divulgou ilicitamente informação sigilosa.

Também na jurisprudência dos tribunais de Relação se surpreendem decisões nas quais a ponderação exigida pelos respetivos casos deu prevalência à honra ou à intimidade da vida privada; e outros em que se deu primazia à liberdade de expressão ou de imprensa. Dentre os primeiros podem indicar-se os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa: de 20/12/2012, em que foi relatora a DES. FÁTIMA GALANTE (p. 687/10.6TVLSB.L1-6); de 18/4/2013, em que foi relator o DES. EZAGUY MARTINS (p. 2768/10.7TVLSB.L1-2); de 7/3/2013, em que foi relatora a DES. MARIA DEUS CORREIA (p. 1667/08.7TBCBR.L1-6). Neste considerou-se que a divulgação de imagem na TV de pessoa queimada, em evidente sofrimento e dor, para causar impacto público, violava direitos de personalidade dos familiares do queimado. E no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6/3/2012, da pena da DES. ANA GRÁCIO (p. 67/10.3TVPRT.L1-1), considerou-se que transmitir noticiosamente para os jornais que alguém – facilmente identificável – tem uma relação amorosa com uma figura publicamente reconhecida, a fim de criar um maior sensacionalismo, não é exercer o direito à informação e à liberdade de imprensa, mas abusar deles. Em registo similar também o Tribunal da Relação de Évora, no acórdão de 20/1/2010, em que foi relator o DES. FERNANDO BENTO, no proc. 77/05.2TBARLE1. Com tremenda atualidade e interesse regista-se ainda um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em que foi

relator o DES. JERÓNIMO FREITAS, de 24/9/2014<sup>18</sup>, respeitante às relações entre empregados e empregadores. O caso é o de um sindicalista que colocou na sua página do Facebook uma crítica ao presidente do Conselho de Administração da empresa onde trabalhava, apelidando-o de «mentiroso», «pinóquio» e «aldrabão». Mas ali, aos seus amigos autorizados a aceder à página, fazia apelo à divulgação daquele texto por outras pessoas. Considerou o tribunal que nestas circunstâncias o trabalhador não podia razoavelmente esperar reserva na divulgação daquele conteúdo, uma vez que ele próprio quis e tornou pública a mensagem. Tais qualificativos constituíam ofensa grosseira e pessoal a um representante do empregador. Tendo o trabalhador o direito de exprimir, inclusive no Facebook, o seu desagrado e nisso empregar mesmo linguagem mais vigorosa, tal não podia legitimamente dar cobertura à violação dos direitos de personalidade da entidade empregadora e dos seus representantes. Em razão do que considerou haver justa causa de despedimento.

E dentre os segundos indicam-se os seguintes:

- acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/11/2013, em que foi relator o DES. ANTÓNIO VALENTE, no proc. 147/10.6TVLSB.L1-8;

- acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31/10/2013, em que foi relatora a DES. MARIA DE DEUS CORREIA, no proc. 5733/12.6TB0ER.L1-6;

- acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23/5/2013, em que foi relatora a DES. ONDINA DO CARMO ALVES, no proc. 1362/09.OTJLSB.L1-7.

- acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/2/2013, em que foi relatora a DES. TERESA PRAZERES PAIS, no proc. 693/10.0TVLSB.L1-8 – o caso respeitava a um dos muitos episódios do conhecido caso chamado «face oculta», no âmbito do qual se publicaram notícias de que um senhor advogado de um dos arguidos naquele processo, iria ele também ser constituído arguido por violação do segredo de justiça. A própria PGR fez comunicado em que afirmava que ele teria passado informações, que estavam em segredo de justiça, a uma estação de televisão. A suspeita da prática deste crime veio a ser objeto de arquivamento. Na ação intentada pelo dito advogado contra a estação de

---

<sup>18</sup> Processo n.º 431/13.6TTFUN.L1\_4, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

televisão que primeiro deu a notícia da iminência de vir a ser constituído arguido por violação do segredo de justiça, o TRL considerou-se que «apesar de as notícias não terem sido veiculadas da forma mais límpida (...) tal não atinge o patamar de um modo desproporcionado, de um modo desnecessário do direito de informar, que visasse em primeira linha denegrir a imagem do autor», pois que no caso concreto se verificaram circunstâncias objetivas que permitiam reportar a notícia como verdadeira. A ação improcedeu.

### III. Transição para um novo paradigma

A tensão permanente entre a liberdade de expressão, nas suas dimensões de se informar e de dar a conhecer a todos os cidadãos o que de mais relevante e com interesse para a formação de uma consciência cívica esclarecida acontece num determinado meio social, e a honra, enquanto direito de personalidade, *maxime* nas suas vertentes do direito ao bom nome e à reputação pessoal é uma realidade incontornável<sup>19</sup>. Por isso a doutrina e a jurisprudência vêm elaborando critérios de superação desse conflito, visando um padrão de justiça. Isso passa pela concordância prática ou do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes, de molde a atribuir a cada um deles a máxima eficácia possível<sup>20</sup>, com base no princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade (vinculante em matéria de direitos fundamentais)<sup>21</sup>. Neste contexto a corrente jurisprudencial que é (ainda) maioritária atribui preponderância ao direito à honra (em sentido lato), considerando que este direito não tem limites constitucionalmente impostos, ao contrário do que sucederá com a liberdade de expressão (a qual encontrará limites traçados na própria Constituição e também na lei). Tal conceção, matricialmente assente em padrões culturais e morais ultrapassados, surge em boa medida tributária da paroquial referência de outrora ao «respeitinho», epidermicamente avessa a expressões desinibidas, contundentes e a exageros semânticos ou retóricos, que são correntes e que

---

<sup>19</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/6/2011, do qual foi relator o CONS. JOÃO BERNARDO, no proc. 1272/04.7TBBCL.G1.S.1; e do mesmo Tribunal, de 6/7/2011, em que foi relator o CONS. GABRIEL CATARINO, no proc. 2619/05.4TVLSB.L1.S.1, disponíveis na plataforma [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>20</sup> GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 660.

<sup>21</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Portuguesa*, Rev. Leg. Jurisp., Ano 115.º, p. 102.

deveriam ser aceites com normalidade numa sociedade democrática e europeia. São-lhe devidas inúmeras condenações da República Portuguesa no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), por violação do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sequentes a condenações nas instâncias nacionais de cidadãos que usaram da liberdade de criticar, de caricaturar ou de discordar, por vezes de modo veemente ou mesmo contundente, como sucedeu, por exemplo, nas seguintes decisões<sup>22</sup>:

- Acórdão Lopes da Silva contra Portugal, de 28/9/2000, perante as expressões de «grotesco», «boçal» e eivado de «reacionarismo alarve», dirigidas, por um jornalista numa peça jornalística, a um outro jornalista que era candidato em eleições municipais, durante o período de campanha eleitoral;

- Acórdão Almeida Azevedo contra Portugal, de 23/1/2007, por numa peça jornalística, um membro da oposição, ter apelidado o presidente da Câmara da localidade de «mentiroso completo e sem complexos», de ter «falta de pudor inqualificável» e de ser «intolerante e perseguidor»;

- Acórdão Mestre contra Portugal, de 26/4/2007, a propósito da expressão «patrão dos árbitros» proferida em entrevista televisiva por um cidadão, com referência ao presidente dum grande clube;

- Acórdão Leonel Azevedo contra Portugal, de 27/3/2008, em que o queixoso, sendo coautor de um livro sobre os jardins do Paço Episcopal, nele teceu considerações mordazes («crítica irónica») sobre a qualidade de um outro livro dedicado ao mesmo assunto. Viu-se condenado nas instâncias nacionais (no Tribunal de Castelo Branco no dia 7/5/2003 e na Relação de Coimbra no dia 17/12/2003) por difamação. O TEDH considerou que a liberdade de expressão não vigora somente para as «informações» ou «ideias» acolhidas como tal ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que ofendem, chocam ou inquietam. Assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, fatores sem os quais não existe «sociedade democrática»;

- Acórdão Público contra Portugal, de 7/12/2010, a propósito do caso apreciado no Acórdão do STJ de 8/3/2007, processo n.º 07B566, relativo a

---

<sup>22</sup> Seguindo e acrescentando as referências feitas no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30/6/2011, em que foi relator o CONS. JOÃO BERNARDO, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) proc. n.º 1272/04.7TBBCL.G1.S1.

publicação, em manchete e em dois artigos naquele jornal, referente a dívidas fiscais dum clube de futebol português que não estariam a ser pagas, referindo-se nessa peça jornalística que os respetivos dirigentes cometeram um crime de abuso de confiança fiscal;

- Acórdão Laranjeira Lopes da Silva contra Portugal, de 9/1/2010, em que o tribunal considerou que a liberdade de expressão do jornalista que narrou o conteúdo de um processo penal no qual uma paciente acusava o seu médico, ali arguido, de abusos sexuais no seu consultório, prevalecia sobre o bom nome do médico arguido;

- Acórdão Pinto Coelho contra Portugal, de 28/6/2011, em que a jornalista, numa peça informativa televisiva, exibiu peças de um processo sem para tal estar autorizada pela entidade judiciária competente. Por tal razão veio a ser condenada por desobediência. As cópias do processo exibidas respeitavam a crimes supostamente cometidos por um alto dirigente da polícia judiciária no exercício das suas funções. Era, pois, matéria relevante e sujeita a escrutínio público, pois as pessoas têm o direito de conhecer o modo de funcionamento do sistema de justiça criminal. Considerou o TEDH que nesse contexto não havia necessidade social imperiosa que pudesse sobrepor-se à liberdade de expressão.

- Acórdão Bargão e Domingos Correia contra Portugal, de 15/11/2012, em que os denunciante de abusos por banda de uma funcionária num Centro de Saúde do interior do país, através de carta dirigida ao Ministério da Saúde, depois do arquivamento do processo disciplinar que foi aberto vieram a ser condenados judicialmente por difamação. O TEDH considerou que a denúncia efetuada encerrava uma base factual séria, conforme decorria do procedimento disciplinar, ainda que este tenha sido arquivado, tendo as queixosas agido de boa fé, sem ultrapassarem os limites da crítica aceitável, sendo a condenação criminal uma ingerência desproporcionada e desnecessária numa sociedade democrática.

- Acórdão Sampaio e Paiva de Melo contra Portugal, de 23/7/2013, em que um jornalista apelidou, num livro que publicou, o presidente de um conhecido clube de futebol de «campeão nacional dos arguidos» e se ter referido ao mesmo como um «inimigo figadal» da seleção. O TEDH considerou

desajustada a condenação penal por esta ser suscetível de gerar um efeito inibidor da imprensa sobre o seu papel no debate das questões de interesse geral, essencial numa sociedade democrática.

Contrariamente ao que possa resultar de uma leitura apressada de tais decisões, a doutrina propugnada pelo TEDH, um pouco à semelhança do que sucede nos Estados Unidos da América<sup>23</sup>, não exclui a responsabilização pela violação de direitos de personalidade nos casos em que no exercício da liberdade de expressão se ultrapassem manifestamente determinados limites, impostos por clamorosas razões de justiça. Lá está o n.º 2 do artigo 10.º da CEDH para temperar aquela liberdade, com apertados critérios. E o TEDH tem feito uso a essa norma, vincando tais limites, em casos em que justamente as ofensas visem pessoas que desempenham cargos sem exposição pública, ou quando se trata de ofensas gratuitas, desproporcionadas ou em que inexistente correspondência com o interesse geral de informação ou necessidade de escrutínio público<sup>24</sup>. É neste registo, moderno e europeísta<sup>25</sup>, alinhado com a axiologia da liberdade de expressão de opiniões e a livre circulação da informação, ainda que causadora de incómodos ou mesmo até de danos, que emerge uma nova e já significativa jurisprudência dos tribunais superiores portugueses, que rasgando os horizontes se vem afirmando. Recordemos alguns:

- No acórdão de 13/1/2005<sup>26</sup>, pela pena do CONS. MOITINHO DE ALMEIDA, o SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA sublinhou que a liberdade de

---

<sup>23</sup> Nos EUA a liberdade de expressão encontra uma tutela amplíssima, proporcionada pelo 1.º Aditamento à Constituição, em 1789 e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Reza esse 1.º aditamento: «O Congresso não fará lei a estabelecer como religião do Estado uma dada religião ou proibir o seu livre exercício, ou restringir a liberdade de expressão ou de imprensa, ou ainda sobre o direito das pessoas se reunirem pacificamente e de apresentarem petições para reparação de injustiças») A afirmada proeminência da liberdade de expressão permite inclusivamente afirmações falsas, discursos violentos, racistas e xenófobos. Mas nem por isso deixa de haver limites. Mas estes têm de se afirmar substantivamente e de modo claro evidenciando a desproporcionalidade no exercício daquela liberdade. Entende-se, por exemplo, que podem sustentar o direito a uma indemnização por abuso da liberdade de expressão as afirmações conscientemente falsas ou com desprezo total pela verdade. Sobre a liberdade de expressão nos EUA pode ver-se: FREEDOM OF EXPRESSION IN THE SUPREME COURT – THE DEFINING CASES; edited by Terry Eastland, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2000.

<sup>24</sup> Veja-se a propósito o Acórdão OBERSCHLICK contra a ÁUSTRIA de 1/7/1997

<sup>25</sup> FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *A Liberdade de Expressão em Tribunal*, FFMS, maio de 2013, pp.14.

<sup>26</sup> www.dgsi.pt proc. n.º 104B3924

expressão constitui um dos pilares fundamentais de toda a sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e da realização individual. Não tem como limite absoluto o bom nome e a reputação de terceiros quando se trata de questão de interesse geral. Daí que as exceções a que se encontra sujeita devam ser objeto de interpretação estrita e qualquer restrição estabelecida de modo convincente.

- Também no acórdão de 30/6/2011<sup>27</sup> o SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA chama a atenção para a superação desta dessintonia jurisprudencial (ordens interna e internacional), através da hierarquia normativa. Claro que a nossa Constituição, como já atrás referido, tutela o direito à honra e a liberdade de expressão e informação, mas ao contrário do que se afirma na jurisprudência mais tradicional não estabelece nenhuma prevalência de um daqueles direitos sobre o outro<sup>28</sup>. A referência matricial do artigo 1.º à dignidade humana não inclui apenas o direito à honra, nela cabe também, como parece óbvio, a liberdade de expressão e de imprensa, porque essenciais à realização do homem e à estruturação da comunidade política<sup>29</sup>.

- Foi este igualmente o caminho trilhado nos acórdãos de 12/3/2009, de 17/9/2009 e de 27/1/2010 do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em que foram respetivamente relatores os CONS. SERRA BAPTISTA, CARDOSO ALBUQUERQUE e SILVA SALAZAR<sup>30</sup>.

- E também da RELAÇÃO DO PORTO (TRP), cujo melhor exemplo será, porventura, o acórdão de 31/10/2007<sup>31</sup>, do qual se citam algumas passagens

---

<sup>27</sup> www.dgsi.pt proc. n.º 1272/04.7TBCL.G1.S1

<sup>28</sup> IOLANDA DE BRITO, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, p. 54.

<sup>29</sup> A liberdade de expressão e de informação, consagrada no artigo 37.º da Constituição reporta-se a um valor que não é outro senão «o da formação de uma opinião pública robusta, sem a qual se não concebe o correto funcionamento da democracia. Por isso o exercício, sem obstáculos, desta liberdade não configura apenas um bem para quem a certo momento a exerce; a sua prática continuada é algo que, objetivamente, detém valor para a própria comunidade política» - CONS. MARIA LÚCIA AMARAL, voto de vencida no acórdão n.º 292/2008, do Tribunal Constitucional (DR, II, n.º 141, de 23/7/2008).

<sup>30</sup> Processos n.ºs 08B2972, 832/06.6TVLSB.S1 e 48/04.6TBVNG.S1, em www.dgsi.pt, referindo-se, neste último que: «embora a liberdade de imprensa deva respeitar, no seu exercício, o direito fundamental do bom nome e da reputação, o jornalista não está impedido de noticiar factos verdadeiros ou que tenha como verdadeiros em séria convicção, desde que justificados pelo interesse público na sua divulgação, podendo este direito prevalecer sobre aquele desde que adequadamente exercido.»

<sup>31</sup> De que foi relator o DES ANTÓNIO GAMA, no proc. 0644685, em www.dgsi.pt.

para sublinhar a sua estrita assertividade. Tratou-se de caso em que um jornalista que escrevia sobre temas culturais publicou um texto opinativo bastante crítico, mordaz, sobre a política cultural do município do Porto. Na sua exposição utilizou a expressão «energúmeno» com a qual pretendeu qualificar a valia, a seus olhos, da política cultural do presidente da câmara. Entendeu o TRP que tal expressão deveria ser contextualizada no todo que era o trabalho jornalístico em causa. E como premissa devia considerar-se que quer o direito ao bom nome quer a liberdade de expressão estão sujeitos a restrições, constituindo o primeiro um limite, um fundamento constitucional de restrição da liberdade de comunicação, mas esta fornece um bom meio de conhecer e julgar as ideias e as atitudes dos dirigentes. «Há assim uma “relação de tensão” entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão.» Na procura da «concordância prática» entre os dois direitos importa ter presente que «em contraponto ao direito do ofendido não está apenas o direito de expressão de um cidadão individual, está isso e algo mais: o direito fundamental, nas sociedades democráticas, de liberdade de expressão e de imprensa. Isto é, a discussão, aberta e desinibida, na esfera pública dos assuntos de interesse geral. A paixão no debate, que por vezes leva a exageros, é, deve ser, tão só a face de uma moeda – a moeda corrente do debate público – que tem de ter no outro lado, no seu verso, a tolerância. Como escrevia Daniel Innerarity, no *El País*, cujo eco nos chegou pelo *Courrier internacional*, n.º 92, somos seres humanos quando temos tanto amor à liberdade que estamos dispostos a pagar o preço de ter de viver com a irreverência e o mau gosto. Não é preciso que as piadas nos façam rir, que uma argolada teológica nos empolgue ou que aplaudamos desenfreadamente uma encenação com cabeças cortadas. Talvez tenhamos descoberto que o mau gosto e as opiniões peregrinas tornam a coexistência muito difícil, mas a sua interdição torna-a radicalmente impossível. É essencial, como referia Timothy Garton Ash, no *The Guardian*, que se retorne ao espírito de Voltaire: discordo do que dizes, mas defenderei até à morte o teu direito a dizê-lo. Isso não significa que os jornalistas estão dispensados, como por vezes se ouve, de obediência à lei. Numa sociedade democrática não vigora o «vale tudo». Agora, numa sociedade democrática a crítica é um exercício de cidadania, de que não se deve ter medo e muito menos perseguir penalmente, se a mesma se contém dentro dos limites lícitos, que são suficientemente

amplos como vamos ver, quando estão em causa questões de interesse público.» Considerou o TRP que o jornalista não tinha sido delicado na sua crítica, mas que não tinha de o ser. E não se lhe afigurou que no referido contexto ocorresse um «ataque pessoal gratuito: o artigo de opinião em causa [foi] apenas mais um em que o recorrente desanc[ou] de modo desabrido a política cultural do [presidente da câmara] (...) Importa não esquecer a importante e pertinente distinção, que Salman Ruhdie estabeleceu: atacar pessoas é uma coisa, criticar as suas crenças ou as suas ideias é outra.» E o jornalista acabou absolvido, ao contrário do que havia sucedido na primeira instância.

- Outros igualmente excelentes provêm da RELAÇÃO DE LISBOA, nomeadamente, nos acórdãos de 11/9/2012<sup>32</sup> e de 23/5/2013<sup>33</sup>, respetivamente da pena dos DES. JOÃO RAMOS DE SOUSA e MARIA ONDINA CARMO, referindo o primeiro que «o facto de uma notícia conter alguma incorreção, apesar de o jornalista ter procurado confirmá-la junto de quem de direito e até do visado, não basta para pôr em causa a liberdade de expressão e de imprensa; não havendo em tal incorreção qualquer intenção sensacionalista ou difamatória, e estando o jornalista convencido da veracidade dessa notícia, a reposição posterior da verdade dos factos é já em si uma compensação suficiente dos incómodos e apreensões sofridos». E o segundo, que: «estando em causa juízos de valor, em relação aos quais, ao contrário da imputação de factos, não pode ser exigida a prova da verdade o TEDH tem adotado uma posição de intervenção máxima de sobreposição dos seus critérios aos das decisões nacionais. A vinculação dos juízes nacionais à CEDH e à jurisprudência consolidada do TEDH implica a necessidade de implementar a reflexão e inflexão da jurisprudência nacional, assente no entendimento, até há pouco dominante, de que o direito ao bom nome e reputação se deveria sobrepor ao direito de liberdade de expressão e/ou informação.» Na mesma linha, anterior àqueles, a merecer igual referência, se inscreve o acórdão do mesmo tribunal, de 25/10/2011, DES. PEDRO BRIGHTON, no proc. 3728/07.0TVLSB.L1-1.

---

<sup>32</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/9/2012, relatado pelo DES. JOÃO RAMOS DE SOUSA, no proc. 1361/09.1TJLSB.L1-1, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>33</sup> De que foi relator a DES. MARIA ONDINA DO CARMO, no proc. 5394/08.7TBOER.L1-2, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

#### IV. Consequências das condenações do Estado pelo TEDH

Já vimos que a Constituição trata em termos paritários os direitos a que nos vimos referindo, mas estabelece uma regra crucial nos artigos 8.º e 16.º, n.º 1, em matéria de direito internacional, ao elevar a CEDH e as suas normas a um plano superior ao ordinário. Daí que o texto convencional desempenhe um papel primordial não apenas no plano precetivo, como também no plano da interpretação que sucessivamente vem fazendo o TEDH. O artigo 46.º, n.º 1 da CEDH dispõe que as Altas Partes Contratantes se obrigam a respeitar as sentenças definitivas do TEDH nos litígios em que forem partes. Na hermenêutica desta norma vem sendo sublinhado pelo próprio TEDH que: «Os Estados que conservam na sua ordem jurídica normas contrárias à Convenção, tal como consta dos Acórdãos do Tribunal, mesmo que o país em causa nele não seja parte, devem conformar-se com tal jurisprudência sem que tenham de esperar para serem demandados no Tribunal Europeu.<sup>34</sup>» Foi em decorrência deste princípio que na ordem interna se construíram as atuais alíneas f) do artigo 696.º do CPC (e já a anterior al. f) do artigo 771.º do CPC revogado) e g) do n.º 1 do artigo 449.º do CPP, permitindo a revisão de decisões já transitadas que sejam inconciliáveis com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português. Ainda recentemente o Tribunal da Relação do Porto<sup>35</sup> teve de «emendar a mão» relativamente a uma sua decisão condenatória de 17/2/2010 (confirmatória de sentença do Tribunal Judicial de Vila Nova de Gaia) de um jornalista como autor de um crime de difamação em pena de multa e no pagamento de uma certa quantia a título de indemnização civil, por aquele, num seu livro, ter apelidado um presidente de um conhecido clube de futebol de «campeão nacional dos arguidos» e ter referido que ele era «inimigo fígadal» da seleção. Na nova decisão, anulatória da primeira, sequente ao decidido pelo TEDH<sup>36</sup>, considerou não haver crime e absolveu o arguido/demandado. Daqui deriva,

---

<sup>34</sup> Acórdão MODINOS contra CHIPRE, de 22/4/1993.

<sup>35</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17/9/2014, em que foi relatora a DES. ÉLIA SÃO PEDRO, proc. n.º 5918/06.4TDPRT-A.P1, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>36</sup> Acórdão SAMPAIO E PAIVA DE MELO contra PORTUGAL, de 23/7/2013.

com cristalina evidência, que todas as autoridades, incluindo naturalmente os tribunais, devem acolher a doutrina que deriva da jurisprudência do TEDH, de molde a evitar futuras condenações por violação da Convenção.

## V. Conclusão

A jurisprudência dos tribunais portugueses vem assegurando a tutela da honra enquanto projeção da dignidade humana, valor inato, ofertado pela natureza igualmente para todos os seres humanos. O mesmo sucede com a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, pois que a Constituição reconhece tanto aquele como esta no plano dos direitos e liberdades fundamentais, sem estabelecer nenhuma hierarquia entre eles.

O exercício da liberdade de expressão é potencialmente conflituante com a honra, nomeadamente na dimensão do direito ao bom-nome e reputação e à imagem pública de uma pessoa. Tradicionalmente a jurisprudência portuguesa, fora das exceções que considera bem justificadas (relevante interesse público), foi dando prevalência aos direitos de personalidade, para tanto se estribando numa alegada (mas injustificada) subalternização daquela liberdade (daquele direito fundamental) relativamente àqueles.

Adversamente a CEDH não tutela, em primeira linha, o direito à honra, o qual surge apenas a propósito das restrições à liberdade de expressão afirmada no artigo 10.º, n.º 1, emergindo como uma exceção àquela liberdade (n.º 2 daquele retábulo). Como tal, o TEDH vem considerando dever essa exceção ser interpretada restritivamente. Na verdade no contexto da CEDH a relevância da liberdade de expressão é tão abrangente que nela se vêm acolhendo expressões, menções ou referências críticas, por vezes mesmo chocantes, exageradas ou até tangentes à própria realidade. E se tais expressões, menções ou referências se referirem a figuras públicas ou a políticos, seja por razão da sua exposição pública e mediática, seja pela necessidade de escrutínio das suas decisões, a tolerância é ainda maior. Sendo esse escrutínio levado a cabo através da imprensa, que o TEDH apelida benevolmente de «cão de guarda da democracia» (pela sua vocação de guardião das liberdades cívicas), as críticas e opiniões desse modo veiculadas obtêm um grau de tolerância ainda maior.

A Constituição enquadra a honra e a liberdade de expressão como direitos e liberdades fundamentais. E nos seus artigos 8.º e 16.º, n.º 1 eleva a CEDH a um plano superior ao ordinário. Daí que o texto convencional tenha papel primordial, não apenas no plano precativo, como também no plano interpretativo do direito interno ordinário. Note-se que no artigo 46.º, n.º 1 da CEDH, se dispõe que as Altas Partes Contratantes se obrigam a respeitar as sentenças definitivas do TEDH nos litígios em que forem partes. Daqui deriva, com cristalina evidência, que todas as autoridades, incluindo naturalmente os tribunais, devem acolher a doutrina que deriva da jurisprudência do TEDH, de molde a evitar futuras condenações por violação da Convenção.

Acomodando essa doutrina a jurisprudência nacional vem inflitando a orientação tradicional, abrindo-se a uma nova dimensão deste valor estruturante da democracia que é a liberdade de expressão nas suas várias dimensões. A jurisprudência mais recente e mais qualificada produzida pelo Supremo Tribunal de Justiça (mas também pelas Relações), refletindo a tutela paritária dos direitos pessoais com a liberdade de expressão e de informar, pondera em cada caso se o exercício desta foi ou não injustificado ou desproporcionado na lesão daquele, em termos de gerar uma clamorosa injustiça<sup>37</sup>, caso em que não o sendo tolera. Afinal, em termos similares ao que desde há muito vem fazendo o TEDH na aplicação do n.º 2 do artigo 10.º da CEDH. ■

**J. F. Moreira das Neves**

Juiz de Direito

Tribunal Judicial da Comarca dos Açores

---

<sup>37</sup> Mais concretamente: se as afirmações produzidas no exercício da liberdade de expressão foram produzidas com o firme e inarredável propósito de caluniar, rebaixar, amesquinhar ou humilhar o outro.



# A URGÊNCIA IMPERIOSA

## ENQUANTO FUNDAMENTO MATERIAL DE RECURSO AO AJUSTE DIRETO

— DA CONTROVÉRSIA À IMPORTÂNCIA DA SUA INVOCAÇÃO —

**Catarina Custódio Barreiros Alves**

Advogada-Estagária

Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses

### SUMÁRIO

Este estudo nasce de um interesse pelos fundamentos materiais de recurso ao ajuste direto, por serem critérios que se adequam às especificidades das situações com que a Administração Pública se depara, e que lhe permitem tornear certas dificuldades, entre elas, temporais, para prosseguir com o interesse público de uma forma mais célere.

# A URGÊNCIA IMPERIOSA

## ENQUANTO FUNDAMENTO MATERIAL DE RECURSO AO AJUSTE DIRETO

— DA CONTROVÉRSIA À IMPORTÂNCIA DA SUA INVOCAÇÃO —

**Catarina Custódio Barreiros Alves**

Advogada-Estagiária

Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses

### INTRODUÇÃO

A ordem jurídica nacional expressa uma tendencial preferência valorativa pelo recurso a procedimentos concorrenciais e abertos a todos os prestadores no mercado, reconhecendo a proficuidade que a promoção da competição entre os prestadores gera para o alcance das condições contratuais mais vantajosas e idóneas à prossecução do interesse público. No entanto, a simples análise do regime jurídico de formação de contratos públicos permite vislumbrar que a aplicação ilimitada dos princípios da concorrência e da igualdade pode conduzir a resultados inoportáveis para o interesse público, provocando, no limite, a paralisação da própria atividade administrativa.

Justamente por essa razão o legislador deu guarida à contratação por ajuste direto, com sustento no entendimento de que o sacrifício da concorrência é suplantado pelos benefícios que a escolha de um procedimento mais desformalizado oferece à prossecução do interesse público.

A escolha do procedimento pré – contratual de ajuste direto faz-se com recurso a critérios em função do valor do contrato, mas também a critérios materiais, que ultrapassam quaisquer considerações quantitativas e que compensam o valor do benefício económico a auferir.

Este estudo a que nos propomos nasce de um interesse pelos fundamentos materiais de recurso ao ajuste direto, por serem critérios que se adequam às especificidades das situações com que a Administração Pública se depara, e que lhe permitem tornear certas dificuldades, entre elas, temporais, para prosseguir com o interesse público de uma forma mais célere.

Entre esses critérios materiais, despertou-nos particular interesse a urgência imperiosa, por ser um fundamento amiúde invocado junto do Tribunal de Contas, mas cujas decisões, muitas das vezes, não se mostram as mais favoráveis.

Nesta medida, colocam-se as seguintes interrogações: que motivos têm levado o Tribunal de Contas a rejeitar, com alguma frequência, a invocação da urgência imperiosa? Serão os seus requisitos de tal modo exigentes que a sua verificação se torna arriscada para quem os invoca? Ou, pelo contrário, será este um bom meio para facilitar a atuação da Administração Pública? Até que ponto a invocação deste fundamento acelera um procedimento e se adequa às particularidades da realidade contratual? Se é um fundamento tão controverso, por que razão é tão invocado? Terão as novas Diretivas Comunitárias alguma inovação nesta matéria?

São todas questões a que daremos resposta ao longo da dissecação do tema, que veremos à lupa.

Teremos a oportunidade de analisar ao detalhe cada um dos seus requisitos e perscrutar cada uma das suas especificidades, com apoio no direito comunitário, na legislação interna e na jurisprudência existente sobre o assunto.

Apresentados o objeto e estrutura do trabalho, estamos em condições de dar início ao nosso périplo pelo tema.

## 1. A Urgência Imperiosa

### 1.1. Traços Gerais

A urgência imperiosa é um dos fundamentos mais reclamados no procedimento de ajuste direto, não descurando a controvérsia existente em torno do mesmo e que tem escrito muitas linhas na jurisprudência portuguesa e comunitária, que veremos paulatinamente.

De acordo com o disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea c), recorre-se ao ajuste direto quando, *na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.*<sup>1</sup>

A sua invocação recorrente contende, no entanto, com o carácter *multíssimo restritivo* da urgência de que aqui se trata.<sup>2</sup>

Em rigor, a invocação dos requisitos (taxativos e cumulativos<sup>3</sup>) para o preenchimento de uma situação de urgência imperiosa deve estar revestida de muita cautela, precisamente para evitar que seja amiúde e imprudentemente invocada na prática administrativa<sup>4</sup>. São eles: a) situação de urgência imperiosa; b) situação essa, imprevisível; c) não imputável à entidade adjudicante; d) não compatível com as demoras dos demais procedimentos e; e) que se confine à medida do estritamente necessário.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Ajuste Directo...*, p. 310.

<sup>2</sup> Assim, FRIER, Pierre-Laurent, *L'urgence*, Paris: L.G.D.J, 1987, p. 245, ao afirmar tratar-se de uma urgência *extremamente rara*.

<sup>3</sup> Ac. Tribunal de Contas n.º 40/2014 de 10 de Novembro, proc. n.º. 1323/2014.

<sup>4</sup> Nesse sentido, Ac. Tribunal de Contas n.º 27/2014, proc. n.º 1163/2014, 1ª Secção, onde refere "(...) O que decorre do regime normativo do ajuste direto é exatamente a necessidade da sua admissibilidade ser sempre restritiva e, naturalmente, ser muito controlada a interpretação dos requisitos legais que são exigidos quando se recorre ao referido procedimento (...)".

<sup>5</sup> Na jurisprudência comunitária, além destes requisitos, tem de existir um nexo de causalidade entre o acontecimento imprevisível e a urgência imperiosa decorrente do mesmo. Nesse sentido, *vide* Bovis, Christopher H., *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law series, 2012, p. 407, bem como o Acórdão do TJUE, de 18 de Novembro de 2004, processo n.º C-126/03, caso Comissão/Alemanha, §23, e o Acórdão do TJUE, de 2 de Junho de 2005, processo n.º C-394/02, caso Comissão/República Helénica, §40.

Antes de darmos início à análise de cada um destes requisitos, vejamos o contributo do direito comunitário, através de um brevíssimo cotejo entre o que preveem as Diretivas sobre contratos públicos, de 2004 e as de 2014, estas últimas em processo de transposição para o nosso ordenamento.

Em rigor, atento o disposto no artigo 32.º, n.º 2, al. c) da Diretiva 2014/24/UE, a *ratio* da norma é exatamente a mesma que a contemplada no art. 31.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 2004/18/CE.

Como é sabido e como tem sido amplamente discutido, as novas diretivas comunitárias de 2014 trazem algumas importantes inovações, que aqui não detalharemos. Porém, em rigor, em relação aos procedimentos clássicos de contratação pública, não se verificaram importantes alterações, com exceção de pequenos detalhes que, mesmo assim, em pouco contendem com a regulamentação comunitária antecessora. E em particular, em matéria de urgência imperiosa, enquanto fundamento material de recurso ao ajuste direto, não houve alterações.<sup>6</sup>

## 1.2. Da situação de urgência imperiosa

Tomemos a dianteira com a análise do tipo de urgência que vem previsto na disciplina legal da alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º, do CCP.

O conceito de urgência não é passível de uniformização, porquanto cobre uma variedade de situações. De todo o modo, cremos ser sempre possível descortinar à locução “urgência” duas dimensões: uma temporal, que necessariamente concretiza a aceleração do procedimento administrativo, e uma finalista.<sup>7</sup>

Além disso, o carácter indeterminado da urgência obriga a uma sua avaliação hodierna e no caso concreto, uma vez que comporta uma margem de

---

<sup>6</sup> Neste sentido, GARCIA, Julio González, *Classic Procurement Procedures: open, restricted, negotiated*, in *EU Public Procurement and Beyond*, Editors Trybus/Caranta/Edestam, n.º 15, Bruylant, 2014, p. 80. Na opinião do autor, as novas diretivas são uma compilação dos principais princípios que têm sido invocados na jurisprudência do TJUE. Partilhando da mesma opinião, GRAELIS, Albert, *Competition Law and Public Procurement*, 2015, p. 13, disponível em [www.papers.ssrn.com](http://www.papers.ssrn.com)

<sup>7</sup> Cfr. FRIER, Pierre-Laurent, *L'urgence...*, p. 242.

variabilidade de grau de intensidade, que permite distinguir entre as *pequenas e grandes urgências* <sup>8</sup>.

Deste modo, o grau de urgência aumenta com a gravidade da ameaça e do prejuízo, com a proximidade da ameaça da lesão, com a demora do processo, com as probabilidades de êxito na ação principal e com o caráter irreversível (ou de difícil reparação) dos direitos e interesses em causa ameaçados, diminuindo consoante for menor o grau de gravidade dos danos (suscetível de ocorrer com o decretamento de uma providência administrativa ou judicial), com a natureza reversível e reparável do dano e com a fraca aparência do direito a acautelar.<sup>9</sup>

Sob toda esta lógica, a urgência imperiosa, que aqui nos ocupa, será, então, aquela que é imposta por uma situação a que não se poderá deixar de acorrer com toda a celeridade, em termos tais que a prestação não possa ser adiada, sob pena de não ser mais possível realizá-la, ou de a sua não realização imediata a tornar posteriormente inútil<sup>10</sup>. Como bem se compreende, não basta a ocorrência de uma qualquer urgência para se poder recorrer ao ajuste direto. Em causa está uma urgência categórica.<sup>11</sup>

A profilaxia associada a este tipo de urgência permite reconhecer a existência de uma necessidade absoluta e de uma intervenção imediata, cuja delonga se mostra bastante perniciososa. Por outras palavras, o centro nevrálgico deste tipo de situações está na urgência impreterível, imposta pelas circunstâncias do caso concreto, que exigem aquela contratação naquele preciso momento, sob pena de o interesse público sair sacrificado.

Para um contributo na densificação do conceito de “motivos de urgência imperiosa”, vejam-se as doutas palavras do Tribunal de Contas quando evidencia que “ por imposição do interesse público, se deve proceder à

---

<sup>8</sup> Cfr. CELESTE M. FONSECA, Isabel, *Processo temporalmente justo e urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional da urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009, p. 159.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 45/11, de 7 de Junho, proc. n.º 348/2011.

<sup>11</sup> Sobre a distinção entre a simples urgência e a urgência imperiosa, *vide* com mais detalhe SESTIER, Jean-François, *Urgence et mise en concurrence dans les contrats publics*, in *Contracts Publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Université Montpellier I, 2006, pp. 390-392.

aquisição de bens ou serviços com a máxima rapidez, sem se realizar, quando a lei o prevê, o concurso público (ou outro tipo de procedimento que garanta, de alguma forma, a concorrência). E recorre-se a tal solução, sob pena de, não o fazendo com a máxima rapidez, os danos daí decorrentes causarem ou poderem vir a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação”.<sup>12</sup>

Questão próxima, mas ligeiramente diferente é a que se coloca no âmbito do estado de necessidade do direito administrativo, onde a urgência também surge como um dos pressupostos.

Em bom rigor, em ambas as situações (urgência imperiosa como fundamento de recurso ao ajuste direto e urgência como pano de fundo do estado de necessidade), a urgência significa “a exigência do imediatamente” e recusa de uma realização diferida<sup>13</sup>.

Mas, na verdade, a urgência associada ao estado de necessidade, previsto no artigo 3.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo, é uma urgência que se justifica com o incumprimento das normas legais,<sup>14</sup> ao invés da urgência a que se reporta o artigo 24.º, n.º 1, al. c, do CCP, a qual surge como realidade autónoma em situação de normalidade legal.<sup>15</sup>

Assinalando o contributo de SÉRVULO CORREIA para uma definição do conceito de estado de necessidade, entendido como “a permissão normativa da actuação administrativa discrepante das regras estatuídas, como modo de contornar ou atenuar um perigo iminente e actual para um interesse público essencial, causado por circunstância excepcional não provocada pelo agente, dependendo a juridicidade excepcional de tal conduta da observância dos parâmetros de proporcionalidade e brevidade e ficando a Administração incurso em responsabilidade pelo sacrifício”<sup>16</sup>, é visível que o estado de

---

<sup>12</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 4/12, de 14 de Fevereiro, proc. n.º 1704/2011.

<sup>13</sup> Cfr. CELESTE M. FONSECA, Isabel, *ob. cit.*, p. 124.

<sup>14</sup> Note-se, contudo, que a urgência em estado de necessidade não se pauta ao arripio total da lei. Com efeito, existe uma margem de legalidade que não é passível de compressão, como aflora, por exemplo, a nossa lei constitucional, no artigo 19.º, n.ºs 6 e 7.

<sup>15</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo/GARCIA, Maria Glória, *O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 59, II, 1999, pp. 489-490.

<sup>16</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Revisitando o estado de necessidade*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, pp. 745- 746.

necessidade rompe com as balizas legais, em que está enquadrado. No entanto, por fazer parte do bloco de juridicidade, ficam validadas as condutas adotadas em sede de estado de necessidade, sendo, portanto, permitidas e não ilegais.<sup>17</sup>

Por seu lado, a urgência prevista no artigo 24.º, n.º 1, al.c), do CCP respeita a uma atuação integrada no normal agir administrativo, permitido por lei, não ultrapassadora desse limite, ao invés do estado de necessidade, entendido pela doutrina como uma manifestação de uma atuação excecional da Administração ou praticada em circunstâncias excecionais.<sup>18</sup>

Assim, a atuação em estado de necessidade acarreta consigo a obrigação de indemnizar os lesados, contrariamente a uma atuação em sede de ajuste direto pelo artigo 24.º, n.º 1, al. c) que, *em princípio*, não comporta tal obrigação, por se encontrar dentro dos parâmetros legais.

Outra norma relativamente à qual se deve delimitar a urgência a que o artigo 24.º, n.º 1, al. c), do CCP se reporta é a prevista no artigo 155.º do CCP para o concurso público urgente, já que a urgência surge também como um pressuposto da sua utilização.

Contudo, em bom rigor, não provoca grande celeuma a distinção entre as figuras, uma vez que os fundamentos de recurso a um e outro procedimentos são, desde logo, distintos.

O concurso público urgente restringe-se à celebração de contratos de locação ou aquisição de serviços de uso corrente, desde que o valor contratual seja inferior aos limiares comunitários e o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço, ao passo que a norma de recurso ao ajuste direto pelo artigo 24.º, n.º 1, al. c), do CCP tem a virtualidade, desde logo, de permitir esta opção independentemente do valor do contrato e para qualquer tipo de contrato, naturalmente sem olvidar que os demais fundamentos cumulativos e taxativos

---

<sup>17</sup> Parafrazeando Sérvulo Correia, *ob. cit.*, p. 723, o efeito de habilitação das condutas permite adotar a lógica de que “o legislador está para a validade dos comportamentos que permite (...) como o Rei Midas para o ouro: o seu toque, traduzido na incidência da norma sobre a situação concreta, exerce o efeito validante (...)”.

<sup>18</sup> Vide FREITAS DO AMARAL, Diogo /GARCIA, Maria Glória, *ob. cit.*, p. 494; CELESTE M. FONSECA, Isabel, *ob. cit.*, p. 141; GONÇALVES PEREIRA, André, *Erro e ilegalidade do acto administrativo*, Ática, 1962, p. 75.

aí previstos em pouco ou nada se imiscuem com os do concurso público urgente.<sup>19</sup>

Ademais, a urgência prevista para o ajuste direto e a prevista para o concurso público urgente parecem ter uma aproximação perfunctória, encontrando significativo eco na doutrina a ideia de que o critério da urgência no concurso público urgente está no facto de os bens e serviços serem *de uso corrente*, isto é, que estão sempre a ser necessários, o que justifica a premência na sua aquisição<sup>20</sup>, ao invés da urgência prevista para o ajuste direto, cujo teor tem um pendor bastante mais intenso, assente em circunstâncias dominadas pelo risco ou perigo iminente de que o interesse público prioritário não seja satisfeito. Aliás, sendo o ajuste direto um procedimento fechado, fará todo o sentido que a lei imponha mais requisitos e mais exigentes para a sua utilização, ao invés do “caso de urgência” a que se refere o artigo 115.º do CCP, já que a urgência aí patente sofre de um aligeiramento por estar ancorada num procedimento que é aberto a qualquer interessado.<sup>21</sup>

Propugnamos, porém, o entendimento segundo o qual não é suficiente a invocação do uso corrente dos bens e serviços para uma justificação automática

---

<sup>19</sup> Cumpre refletir sobre a hipótese em que a entidade adjudicante se arroga da faculdade de recorrer ao ajuste direto com fundamento em critérios de valor, até ao mesmo limite do valor imposto para o concurso público urgente. Assim, mostra-se questionável a utilidade do concurso público urgente, se a lei, *a priori*, permite a adoção de outro procedimento mais célere, onde a entidade adjudicante pode escolher os convidados nele participar.

LUCAS PIRES, Miguel, *O concurso público urgente - o regime do Código dos Contratos Públicos o o posterior alargamento do seu âmbito de aplicação*, in *Revista dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, nº 4, Janeiro-Abril 2012, p. 167, parece ter uma justificação plausível para o problema, considerando que a utilidade do concurso público urgente, nestes casos, está na impossibilidade do lançamento do ajuste direto nas situações em que já foi ultrapassado o limite imposto pelo n.º 2 do artigo 113.º do CCP, e a entidade adjudicante pretenda seleccionar mais entidades para o contrato a celebrar.

<sup>20</sup> Assim, OLAZABAL CABRAL, Margarida, *O concurso público no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, 2008, p. 221, que, concluindo pela não obrigatoriedade da invocação de uma situação de urgência como condição de uso do procedimento de concurso público urgente, sugere a alteração da nomenclatura utilizada para uma espécie de concurso abreviado ou simplificado (nas suas palavras “condensado” ou “sintético”); BRITO, Miguel Nogueira de, *Ajuste Directo...*, p.311; RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 971

<sup>21</sup> LUCAS PIRES, Miguel, *O concurso público urgente...*, p. 168, recorta um efeito útil ao “caso de urgência” a que se refere o artigo 115º do CCP, entendendo que se está ante uma “celeridade prioritária (enquanto necessidade de prontidão especial de actuação administrativa) (...) que extravase do âmbito do dever geral de celeridade imposto às entidades que conduzem um procedimento administrativo (cf. artigos 5.º e 59.º do Código do Procedimento Administrativo, mas sem que, em qualquer caso, tal demonstração exija a verificação dos apertados requisitos (...) constantes do artigo 24.º, n.º1, alínea c), do Código”.

da existência de urgência na sua aquisição. Se assim fosse, bastaria a opção por outros mecanismos que têm a potencialidade de racionalizar a aquisição desse tipo de bens e serviços de uso quotidiano, como acontece com os sistemas de aquisição dinâmicos, previstos no artigo 237.º, n.º 1 do CCP, ou com os acordos quadro.

Deste modo, ou o concurso público urgente padeceria de sentido, não se diferenciando dos outros mecanismos, ou, pelo contrário, alcançaria um nível tal de banalização que teria como efeito uma visível diminuição da concorrência.

Todavia, estes mecanismos pecam por não abdicarem das formalidades de que o concurso público urgente prescinde.<sup>22</sup>

E essa *desformalização* que caracteriza o concurso público urgente só é possível pela existência de uma situação de atual ou iminente carência desses bens e serviços, ou seja, só com base na urgência que a letra da lei expressamente refere.

Creemos, por isso, e na senda do defendido por MIGUEL RAIMUNDO, que a urgência na aquisição daquele tipo de bens e serviços, prevista no artigo 155.º do CCP, não se basta com a ideia de que os bens e serviços são de necessidade diária e constante.<sup>23</sup>

Discordamos também do defendido por algumas vozes da doutrina quando afirmam que a disciplina legal do artigo 24.º, n.º 1, al. c) se distingue da prevista no artigo 155.º pelo simples facto de no primeiro caso haver necessidade de justificar as razões do recurso ao ajuste direto, ao invés do previsto para o concurso público urgente, onde essa necessidade se encontra dispensada, bastando a simples verificação dos requisitos aí mencionados.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> A título exemplificativo, a redução de prazos para a prática de atos pelos concorrentes (arts. 158.º e 161.º do CCP); dispensa da audiência prévia (art. 156.º, n.º 2 do CCP); e a eventual desnecessidade de redução do contrato a escrito (art. 95.º, n.º 2, al. b) do CCP)

<sup>23</sup> Vide, RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 972.

<sup>24</sup> Neste sentido, OLAZABAL CABRAL, Margarida, *ob. cit.*, p.221; BRITO, Nogueira de, *ob. cit.*, p. 311; LUCAS PIRES, Miguel, *ob. cit.*, p. 168

Creemos, sim, que a urgência prevista para o concurso público urgente também carece de justificação.<sup>25</sup>

Em suma, a distinção entre as figuras aqui em análise passa, em primeiro lugar, pelo papel do valor do contrato; em segundo lugar, pelo tipo de contratos a que se destinam; em terceiro lugar, pelo grau de urgência prevista para cada um dos procedimentos<sup>26</sup>; e, em quarto, pela verificação dos remanescentes requisitos exigidos para cada um deles, *quod estis demonstrat*.

Reveste-se de interesse apurar a razão pela qual o legislador nacional não aproveitou a possibilidade, garantida pelo Direito Comunitário, no artigo 38.º, n.º 8 da Diretiva 2004/18/CE, de, em sede de procedimentos concursais e perante situações de urgência, se encurtarem os prazos para apresentação das propostas.

Ora, como se compreende, antes de recorrer ao ajuste direto com fundamento em urgência imperiosa, haveria a possibilidade de, não prescindindo da concorrência, se recorrer a prazos de propostas mais curtos, quer no concurso público, quer no limitado, quer ainda no procedimento por negociação.

A opção do legislador nacional em não ter transposto essa possibilidade para o nosso Código, coloca a dúvida sobre se, perante uma situação de urgência que inviabilize o cumprimento dos prazos fixados para a apresentação de propostas, este deve atuar em conformidade com o Direito Comunitário, recorrendo a uma primeira solução do “mínimo dano à concorrência”<sup>27</sup> ao encurtar os prazos de apresentação de propostas nos procedimentos concorrenciais, ou se, pelo contrário, deve optar pela solução que ele próprio transpôs para o direito nacional, abolindo com essa possibilidade e lançando mão do ajuste direto.

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Contas n.º 18/2011, de 29 de Março de 2011, processo n.º 65/2011, que recusa o fundamento de recurso ao concurso público urgente invocado no caso *sub judice*, com suporte em urgência porque “a entidade adjudicante não especifica ou concretiza os factos em que assenta o invocado risco e o perigo da falta ou insuficiência de abastecimento público de água (...)”.

<sup>26</sup> A expressão “urgente”, tal como referem BOTELHO, José Manuel Santos/ESTEVES, Américo J. Pires/PINHO, José Cândido de, in *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina, 2002, sendo um conceito indeterminado, envolve uma definição normativa imprecisa que, em sede de aplicação, adquirirá significação específica.

<sup>27</sup> Expressão utilizada por RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 971.

Vislumbramos como melhor opção aquela que dá prioridade ao princípio da concorrência, já que é com base nele que se rege o mercado da contratação pública. Deste modo, apresentando-se a possibilidade de não prejudicar ou, no limite, de não afetar consideravelmente a concorrência, cremos que esta é mais uma opção benéfica ao dispor da Administração Pública, com a potencialidade de aceleração dos procedimentos concorrenciais.

Assim, aproveitamos o ensejo para propor uma correta transposição das novas Diretivas Comunitárias<sup>28</sup>, cujo prazo se vislumbra até dia 18 de Abril de 2016, sem desvirtualizar, naturalmente, a *ratio* do recurso ao ajuste direto e, concomitantemente, consolidando no direito nacional mais um caminho em busca da melhor concorrência de mercado.

Outra situação que merece atenção é a sustentada na Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho (Lei de Bases de Proteção Civil), designadamente no artigo 28.º.

Segundo o n.º 1, *a contratação de empreitadas de obras públicas, fornecimento de bens e aquisição de serviços que tenham em vista prevenir ou acorrer, com carácter de urgência, a situações decorrentes dos acontecimentos que determinaram a declaração de situação de calamidade ficam sujeitos ao regime especial nele previsto*. Além disso, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, as entidades que pretendam recorrer ao ajuste direto dos contratos mencionados no n.º 1, não só necessitam de despacho prévio e conjunto dos Ministros da Administração Interna e das Finanças que as autorize a proceder nesse sentido, como ainda o recurso ao ajuste direto só será possível se a estimativa do custo global por contrato for inferior aos limiares previstos para aplicação das diretivas comunitárias sobre compras públicas.

Posto isto, facilmente se repara que, comparando o âmbito de aplicação das duas disposições aqui em análise, o artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP permite a opção por ajuste direto em mais casos do que os abarcados pelo artigo 28.º da Lei de Bases de Proteção Civil, o que se observa desde logo porque, neste último diploma, o ajuste direto encontra-se confinado aos contratos de valor inferior aos limiares comunitários.

---

<sup>28</sup> Atente-se, nesta matéria em particular, nos artigos 27º, nº. 3, 28º, nº. 6 e 29º, nº. 1 da Diretiva 2014/24/UE.

NOGUEIRA DE BRITO afirma que não obstante as diferenças aqui avançadas, “o certo é que, em virtude do alcance da norma revogatória constante do artigo 14.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, é possível sustentar que o Código operou a revogação do citado artigo 28.º da Lei n.º 27/2006”.<sup>29</sup>

MIGUEL RAIMUNDO, por sua vez, não está inteiramente de acordo com a revogação total do artigo 28.º da LBPC, apologizando que “ o artigo 14.º, n.º 2 apenas teria a virtualidade de fazer uma revogação parcial” do dito artigo, com justificação na ideia de que os preceitos do artigo 28.º da LBPC representam uma concretização do ajuste direto relacionado com a proteção dos interesses essenciais do Estado, presente no artigo 24.º , n.º 1, al. f), do CCP, norma essa que expressamente permite que leis que concretizam interesses essenciais do Estado regulem especificamente esses interesses.<sup>30</sup> Dito de outra forma, não faria sentido desvirtualizar uma norma cujo sentido é precisamente o de regular de forma específica certos casos onde existam interesses essenciais do Estado.

Perscrutadas as diferenças entre algumas das disposições legais onde a urgência assume recortes semelhantes, detemo-nos agora sobre os valores que estão por detrás de uma situação de urgência qualificada.

O fundamento de ajuste direto aqui em análise obriga ao sacrifício da publicidade e da concorrência no procedimento, para poder dar guarida a um valor que assume uma relevância superior, assente na situação de urgência inadiável.<sup>31</sup>

Por norma, a existência de situações de urgência qualificada ou imperiosa vem associada à proteção de bens especialmente sensíveis, em grande parte direitos fundamentais. Aponte-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/2014, de 21 de Outubro de 2014, 1ª seção/PL, proferido no recurso ordinário n.º 8/2014, que revogou o anterior Acórdão n.º 4/2014, de 28 de Janeiro de 2013, processo n.º 1829/2013, onde o Tribunal de Contas

---

<sup>29</sup> NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Ajuste Directo...*, p. 312.

<sup>30</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 959.

<sup>31</sup> Sobre quais as necessidades que têm caráter prioritário vide CELESTE M. FONSECA, Isabel, *Processo temporalmente justo...*, pp. 140-141 e SÉRVULO CORREIA, José, *Revisitando...*, p. 736.

considerou justificar-se o recurso ao ajuste direto fundamentado no critério da urgência imperiosa.

Em causa estava o contrato celebrado entre a *Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais* e a *I.A. Patrício-Prestação de Serviços de Saúde, Lda.* para a aquisição de serviços de saúde em meio prisional.

Com efeito, após a recusa do visto operada no referido Acórdão n.º 4/2014, a Recorrente veio alegar e requerer a anulação da decisão e sua substituição por outra que concedesse o visto.

Foram apreciadas várias questões, entre elas, a existência de interesse público relevante na assistência médica ininterrupta aos reclusos, tendo o Tribunal concluído que “ a prestação de cuidados de saúde em meio prisional é de interesse público fundamental e a exigência da sua não interrupção deriva de ser: *uma necessidade permanente, que deve ser objecto de uma sistemática monitorização, por forma a evitar situações da carência médica e medicamentosa (...)*”.

No entanto, sublinhe-se que as situações de urgência imperiosa não se cingem apenas a direitos com uma natureza pessoal. Em rigor, os valores da concorrência e publicidade também cedem perante circunstâncias passíveis de criar perigo sério para elementos do património público ou privado, designadamente para o património cultural e ambiental.

Como referido, as situações de urgência imperiosa estão reféns de ocasiões de fragilidade extrema, nomeadamente, catástrofes naturais ou de origem humana<sup>32</sup>, guerras e terrorismo.<sup>33</sup>

Afigura-se, por isso, plausível que a declaração do estado de calamidade dispense a entidade adjudicante de fazer prova da verificação da urgência imperiosa que serve de base ao ajuste direto, invertendo-se o ónus da prova,

---

<sup>32</sup> Veja-se a definição de catástrofe presente no artigo 3.º, n.º 2 da LBPC, entendida como o(s) acidente(s) grave(s) suscetível(eis) de provocar elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, afetando intensamente as condições de vida e o tecido sócio-económico do país.

<sup>33</sup> Referindo-se aos ataques do 11 de Setembro de 2001 e aos furacões Katrina e Rita, DRABKIN, David /THAI, Khi, *Emergency Contracting in the US Federal Government*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 7, 2007, p. 84, disponível em [www.ipppa.org](http://www.ipppa.org).

de modo a que o mesmo passe a recair sobre quem queira demonstrar a não existência da situação de urgência categórica.

Não se nos afigure, no entanto e de modo algum, que a entidade adjudicante se possa esquivar da invocação da situação de calamidade sem fundamentar o nexo de causalidade entre a situação de urgência e o contrato a celebrar.<sup>34</sup>

### **1.3. Da imprevisibilidade dos acontecimentos e da probabilidade do perigo**

Vimos que a urgência exprime uma inquietação perante um futuro imediato, caracterizado pela incerteza e pelo risco, que se faz acompanhar de uma insuperável necessidade de obter imediatamente uma resposta técnica.

É indubitável a ligação de uma situação de urgência imperiosa, que fundamente o ajuste direto, ao conceito da imprevisibilidade do momento da ocorrência da urgência.

Entende-se, portanto, em abstrato, que a ocorrência possa ser possível, mas não o momento em que de facto se vai concretizar.<sup>35 36</sup>

A jurisprudência do Tribunal de Contas tem utilizado amiúde um padrão de diligência na apreciação do pressuposto da imprevisibilidade: são

---

<sup>34</sup> BOVIS, *ob. cit.*, p. 407. A jurisprudência comunitária evidencia a exigência do nexo de causalidade entre a situação e o contrato. Vide a este propósito, Acórdão do TJ, de 2 de Agosto de 1993, processo n.º C-107/92, caso Comissão/Itália, §12; e Acórdão do TJ, de 26 de Março de 1996, processo n.º C-318/94, caso Comissão/Alemanha, §14.

<sup>35</sup> Vide CELESTE M. FONSECA, Isabel, *ob. cit.*, p. 139, quando se refere a “acontecimentos não temporalmente esperados mas previsíveis” e FREITAS DO AMARAL, Diogo/GARCIA, Maria da Glória, *ob. cit.*, p. 455.

<sup>36</sup> A doutrina francesa elabora uma distinção mais minuciosa e que se mostra bastante profícua, que contrapõe *acontecimentos imprevisíveis a imprevistos*. O critério de distinção entre ambos está no grau de probabilidade da sua ocorrência num determinado setor de atividade. Assim, as circunstâncias imprevisíveis são aquelas que frustram todas as expectativas das partes, ao passo que as circunstâncias imprevistas são aquelas que excedem apenas as vicissitudes da vida económica.

Deste modo, o facto imprevisto respeita a acontecimentos comuns ou ordinários, onde o grau de probabilidade de ocorrer é maior, ao invés dos factos imprevisíveis, que consubstanciam aqueles factos extraordinários, cuja probabilidade de ocorrência é bastante menor, derivada da anormalidade da situação. Para o efeito, vide LLORENS, François/COUTEAUX, Pierre Soler, *Code des Marchés Publics*, Lexis Nexis, 2014, comentário ao artigo 35º, p. 667, §84.

imprevisíveis os acontecimentos que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto.<sup>37</sup>

Entendam-se, portanto, todas aquelas situações que surgem de *forma inopinada*<sup>38</sup>, para as quais um normal decisor não tenha a exigível capacidade para as prever e prevenir.

Nesta sede, é inelutável falar-se da existência do perigo e da ameaça do dano, associada à necessidade de agir.

A atuação preventiva da entidade adjudicante no ajuste direto tem o seu ponto nevrálgico assente num conceito de perigo, que surge associado aos conceitos de perigo do direito administrativo de polícia, designadamente ao perigo objetivo, entendido como o perigo “suportado por uma proposição empiricamente comprovada, de acordo com as teorias das ciências naturais ou sociais”<sup>39</sup>, e ao perigo subjetivo onde “a atuação pública é justificada quando, de acordo com juízos de *probabilidade* e *razoabilidade*, se represente a existência de perigo para o bem jurídico que caiba à entidade pública proteger”.<sup>40</sup>

Deve dar-se, por isso, enfoque à *probabilidade do perigo*, que se deve arquitetar com base num *juízo razoável*, isto é, não se pode exigir que o perigo exista realmente, sendo suficiente que a entidade adjudicante represente de forma razoável a probabilidade de um perigo para um bem jurídico, ainda que posteriormente se revele que esse perigo não existia.<sup>41</sup>

Parafraseando ISABEL CELESTE FONSECA, “a *situação-de-urgência* é normalmente aferida ou valorada) num contexto de normalidade, mas que se

---

<sup>37</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 37/2006, processo n.º 1125/05 e 1126/05 e Acórdão do Tribunal de Contas n.º 7/2008, processo n.º 1439/2007.

Quanto a jurisprudência mais atual, veja-se o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/2014, de 21 de Outubro de 2014, proferido no recurso ordinário n.º 8/2014, que explora a definição de *acontecimento imprevisível*, ao evidenciar que esta “tem por referência não um decisor omnisciente mas um *decisor público normal*, que é um decisor financeiro prudente e avisado, dotado de grau mediano de inteligência, cultura, educação e preparação profissional exigíveis para o exercício do cargo público em que está investido”.

<sup>38</sup> Expressão utilizada no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 45/2011, de 7 de Junho de 2011, processo n.º 348/2011.

<sup>39</sup> NOGUEIRA DE BRITO, Miguel, *Direito Administrativo de Polícia*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial - Volume I*, Almedina, 2013, p. 362.

<sup>40</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 956.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 957.

destaca por fugir à normalidade, em termos que, nesse quadro de normalidade, ela corresponde a uma situação em relação à qual se espera que, de acordo com as regras de probabilidade, aconteça um prejuízo - um prejuízo que vulgarmente é qualificado como sendo irreparável ou de muito difícil reparação”.<sup>42</sup>

O perigo atual e iminente, que se encontra no âmago da situação de urgência, configura-se como um perigo grave, atenta a natureza dos interesses ameaçados, cujo afastamento obriga a uma intervenção sem demora.

Aproveita-se o ensejo para abordar um Acórdão do Tribunal de Contas que, nesta sede, se mostra bastante pertinente.

Trata-se do Acórdão n.º 40/2014<sup>43</sup>, que concluiu pela inexistência de fundamentos legais justificativos do recurso ao procedimento pré - contratual por ajuste direto, com base no artigo 24.º, n.º 1, al. c) do CCP, abordando, em particular, a matéria da (não) imprevisibilidade dos acontecimentos.

No dia 13 de Junho de 2014, a Autoridade Nacional de Proteção Civil (ANPC) celebrou um contrato de consórcio constituído pelo agrupamento INAER PT-INAER ES (INAER), para a aquisição de serviços de manutenção, operação e locação de aviões anfíbios pesados complementares, com o fim de assegurar os meios aéreos necessários ao combate dos incêndios, para o período de 15 de Junho de 2014 a 15 de Outubro do mesmo ano.

A ANPC esclareceu que dois dos helicópteros se encontravam inoperacionais, um deles em virtude de um acidente ocorrido em 2012, não tendo sido possível, até à data, a sua reparação; o outro encontrava-se igualmente inoperacional, desde 2013, devido a avaria. Fundamentou, contudo, que “ a escassa disponibilidade no mercado deste tipo de meios aéreos anfíbios em períodos homólogos e (...) as condições meteorológicas expectáveis no período de verão (...)” justificavam a urgência imperiosa no recurso ao ajuste direto.

Tomando posição, o Tribunal de Contas concluiu que a urgência imperiosa invocada não resultava de acontecimentos imprevisíveis porquanto

---

<sup>42</sup> CELESTE M. FONSECA, Isabel, *ob. cit.*, p. 131.

<sup>43</sup> Acórdão de 10 de Novembro de 2014, 1ª seção, processo n.º 1323/2014.

a inoperacionalidade das aeronaves persistia desde 2012 e 2013. Assim, em virtude de os factos alegados como fundamento para o ajuste direto serem “perfeitamente conhecidos da entidade adjudicante há muitos meses”, o Tribunal não deu guarida à justificação apresentada, devendo, pelo contrário, ter sido dado cabimento ao concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.<sup>44</sup>

#### **1.4. Da não imputabilidade à entidade adjudicante das circunstâncias invocadas**

Não basta que se conclua que o interesse público em avançar com a contratação com a máxima urgência seja superior ao interesse público a realizar através de um procedimento concorrencial, sendo ainda necessário, como visto *supra*, que essa urgência imperiosa seja resultante de acontecimentos *ab initio* imprevisíveis pela entidade adjudicante, e não sejam, em caso algum, a ela imputáveis<sup>45</sup>. Por outras palavras, que sobre essas circunstâncias a entidade adjudicante não disponha de controlo efetivo quanto à sua ocorrência.

Veja-se, *cum grano salis*, um caso levado à apreciação do Tribunal de Contas, que aborda esta questão.

No Acórdão n.º 4/2012<sup>46</sup>, o *Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas (IFAP)* remeteu para fiscalização prévia o contrato de prestação de serviços para manutenção do desenvolvimento de novas aplicações de sistemas informáticos, celebrado com a *NLS New Link Solutions – Consultoria e*

---

<sup>44</sup> E porque o Tribunal de Contas não é neófito na apreciação de situações semelhantes, atente-se no Acórdão n.º 27/2014, de 4 de Setembro de 2014, 1ª seção, processo n.º 1163/2014.

A ANPC já havia querido celebrar contrato por ajuste direto (com a Agro-Montiar) para aquisição de serviços de manutenção e locação de duas aeronaves complementares (aviões anfíbios *médios*) para um rápido e consistente combate aos incêndios florestais. Porém, o Tribunal, mais uma vez não aceitou a fundamentação apresentada por, não só a inoperacionalidade dos aviões ser conhecida da entidade adjudicante há largos meses, como ainda o processo de combate aos incêndios ser deveras conhecido e previsível pelas entidades responsáveis na matéria, entre elas a ANPC, sobre a qual impendia o dever de conhecimento atempado e atuação antecipada na prevenção deste tipo de riscos.

<sup>45</sup> Conforme Bovis, *EU Public Procurement Law (...)*, p. 400, o fundamento em urgência imperiosa não imputável à entidade adjudicante, não pode *a priori* basear-se na invocação de motivos de organização interna da entidade adjudicante. Ademais, é compreensível que o ónus da prova de que a situação de urgência extrema não é imputável à entidade adjudicante, recaia sobre ela própria.

<sup>46</sup> Acórdão de 14 de Fevereiro de 2012, 1ª seção, processo n.º 1704/2011.

*Engenharia, S.A.* no dia 16 de Novembro de 2011, contrato esse celebrado por ajuste direto ao abrigo do artigo 24º, n.º.1, al. c) do CCP. A prestação de serviços, objeto do contrato, produziu efeitos desde 16 de Dezembro de 2010 a 31 de Dezembro de 2011.

O IFAP justificou a adoção do ajuste direto com base na ocorrência de acontecimentos imprevisíveis que o impediram de providenciar atempadamente a realização de um concurso público.

Fazendo uma síntese dos factos, a preparação do procedimento por concurso público (pelo prazo de três anos) deu início em Setembro de 2010.

Em Janeiro de 2011 fora solicitado o cabimento orçamental do procedimento e em Março de 2011 fora solicitada ao Governo autorização para a abertura do procedimento, aprovação dos documentos concursais e assinatura de portaria de extensão de encargos.

Volvido um mês, obteve-se a resposta da entidade tutelar a informar a não assinatura da portaria de extensão pela circunstância de o Governo se encontrar em gestão, sugestionando, por isso, a abertura do concurso, excecionalmente, pelo prazo de um ano.

Posto isto, o IFAP procedeu a um trabalho exaustivo de reformulação do conceito e das condições que estavam na base do contrato de prestação de serviços. Mas, não se mostrando viável o interregno da prestação de serviços, em Junho de 2011, o IFAP propôs novamente à entidade tutelar a aprovação de um contrato por ajuste direto e pelo prazo de um ano (de 16 de Dezembro de 2010 a 31 de Dezembro de 2011). Porém, o processo veio “devolvido”, com a justificação de que o Governo se encontraria a cessar funções.

Com a formação do novo Governo, o IFAP conseguiu repropor, tendo o Secretário de Estado da Agricultura respondido, subdelegando a competência para essa autorização no CD do IFAP.

A prestação de serviços foi, no entanto, assegurada durante o ano de 2010 mediante a realização, por três vezes, de contratos por ajuste direto com o mesmo objeto, com fundamento na demora dos prazos de abertura de concurso e na não verificação de procedimento regular expectável.

Atento o exposto, o Tribunal pronunciou-se, tendo reconhecido a existência de motivos de urgência imperiosa “dado que não é possível suspender o fornecimento dos serviços de desenvolvimento aplicacional”.

Contudo, sustentou que “pode (...) acontecer que haja motivos de urgência imperiosa resultantes de acontecimentos imprevisíveis e que mesmo assim não se encontre legitimada a escolha do procedimento não concursal. Estão nesta situação tais procedimentos fundamentados em circunstâncias que, de algum modo, sejam imputáveis ao decisor público. É o que acontece, por exemplo, quando a impossibilidade de cumprimento dos prazos exigidos pelo concurso público se devem a inércia ou má previsão da entidade adjudicante”.

De facto, o Tribunal reconheceu a imprevisibilidade dos acontecimentos no plano governativo. No entanto, apontou várias diatribes ao comportamento pouco curial da entidade adjudicante. Entre elas, a lenta capacidade de reação e de adaptação da mesma face às ocorrências<sup>47</sup>, uma vez que a adoção de um concurso público é um procedimento lento, não coadunável com o fim pretendido com o contrato.

Além disso, o Tribunal de Contas evidenciou que a entidade adjudicante já sabia de antemão que “(...) a prestação de serviços que decorria em 2010, terminava em 15 de Dezembro e deveria continuar; (...) que tal prestação era imprescindível” e que “(...) dar os primeiros passos num concurso no mês de setembro, não permitiria obter resultados a tempo de reiniciar uma prestação de serviços em dezembro do mesmo ano”.

Ademais, criticou a adoção dos três contratos por ajuste direto, por considerar terem sido adotados ao arrepio da lei, sem qualquer suporte contratual e à margem dos procedimentos essenciais.

Em suma, considerou que todas estas deficiências eram imputáveis à entidade adjudicante, devido à “deficiente articulação dos dois planos da gestão e de pouca atenção a possíveis adversidades externas”, tendo sido esta uma das razões da recusa do visto.

---

<sup>47</sup> Sobre a demora de atuação da entidade adjudicante, incapaz de fazer valer o procedimento por ajuste direto, vide ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement; Regulations in the EU and UK*, vol. 1, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2014, pp.1074-1075, §10-20.

### 1.5. Da impossibilidade de cumprimento dos prazos ou formalidades exigidos para os outros procedimentos

De um ponto de vista estrutural, uma situação de urgência imperiosa impõe a consideração da duração do processo, em termos que a estrutura e demora do procedimento devam ser proporcionais à complexidade e à situação de carência que é objeto de tutela.

Assim, para que se possa utilizar o ajuste direto é exigível que outros procedimentos não absolutamente excludentes da publicidade não se mostrem curiais a satisfazer a necessidade da entidade adjudicante, de tal modo que, nem mesmo seguindo a tramitação urgente dos demais procedimentos, esta necessidade inadiável possa ser satisfeita.<sup>48</sup> A absoluta necessidade obriga a uma intervenção imediata e sem delongas, não compatível com a morosidade típica dos restantes procedimentos.<sup>49</sup> Abstratamente, a concorrência poderia funcionar, mas a demora da sua implementação mostra-se pernicioso na eficácia do agir, podendo pôr mesmo termo à contratação, por originar um obstáculo prático ao interesse público.

Reveste-se de interesse apurar qual o critério que permite aferir quando a demora de outros procedimentos se mostra intolerável para a urgência do momento, concorrendo para o efeito a *demora efetiva*, ou seja, a demora real, autêntica e prática de um procedimento concorrencial, e a *demora normativa*, que corresponde ao prazo que a lei estabelece para os possíveis procedimentos a optar, caso não se lance mão do ajuste direto.

Atendendo ao Direito Comunitário, à luz do art. 31.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 2004/18/CE, o critério adotado tende a ser o do tempo normativo, por referência aos “prazos exigidos” pelos demais procedimentos. Em sentido

---

<sup>48</sup> Por este motivo, RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 968, evidencia que “a habilitação legal do ajuste direto decorre de uma situação de urgência *mais intensa* do que a urgência que permite o recurso a esquemas como a redução de prazos ou o recurso a procedimentos com publicidade mais simplificados”.

<sup>49</sup> Assim, estamos perante a configuração de um *periculum in mora*, em termos tais que num atraso na contratação, propício a originar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, a concorrência possa ser dispensada.

semelhante também parece indicar o CCP ao referir-se a “prazos inerentes aos demais procedimentos”.

No entanto, trata-se de um critério não isento de reparos: no Direito Comunitário, a regulação dos prazos no âmbito dos procedimentos pré-contratuais não é exaustiva, nem fechada. Explicando por outras palavras, não só não são taxativos os prazos previstos na Diretiva 2004/18/CE, como acontece em particular com os prazos para a avaliação de propostas que ali não vêm previstos, como ainda os prazos aí mencionados são mínimos e passíveis de prorrogação (art. 38.º n.ºs 1 e 7).

Na mesma linha segue o CCP, que pelo artigo 76.º, n.º1 estabelece prazos para a conclusão do procedimento (prazo esse que só começa a contar a partir do final do prazo de apresentação de propostas) que, porém, também são mínimos e não fixos, admitindo prorrogação (arts. 63.º, n.º 1 e 64.º n.º3 do CCP).

MIGUEL RAIMUNDO mostra-se, por isso, apologista do critério baseado na *duração efetiva, normal, dos procedimentos da mesma natureza, e não a simples agregação dos prazos procedimentais*.<sup>50</sup>

Sufragamos o mesmo entendimento por considerarmos que um contributo temporal puramente normativo acaba por se desviar da duração prática e realista de um procedimento. Naturalmente, não afastamos o critério da demora normativa, sobretudo porque serve de ponto de orientação, já que contribui para uma delimitação prévia da duração do tipo contratual. Pese embora esta perspetiva, mostra-se bastante mais acautelado atentar naquela que é a demora autêntica do procedimento.

No entanto, não deixamos de descortinar a este critério um efeito não tão profícuo quanto o que, aparentemente, se apresenta. A pecha que lhe podemos apontar centra-se na dificuldade em provar o tempo real que o procedimento vai tomar, para posteriormente se poder lançar mão do ajuste direto. Não obstante, não deixa de ser um critério mais razoável e mais focado na situação concreta.

---

<sup>50</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, p. 970.

### **1.6. Da permissão do ajuste direto apenas na medida do estritamente necessário**

O recurso ao ajuste direto deve pautar-se por um rigoroso princípio da proporcionalidade, de tal modo que, só a efetiva medida do exigido pelos acontecimentos imponderáveis e com vista à satisfação imediata do interesse da entidade adjudicante, se possa celebrar o contrato. Nesta conjuntura, o ajuste direto deve ser adotado na “medida certa”.<sup>51</sup>

O desiderato deste pressuposto reside, não nos fins que levam a atender à urgência, passíveis de justificar todo e qualquer meio para a sua concretização, mas, sim, nos meios que se mostram necessários e proporcionais ao alcance de tais fins.

Em boa verdade, chegados a este ponto, depois de perscrutados todos os demais pressupostos do recurso ao ajuste direto com base na disciplina legal do artigo 24.º, n.º 1, al. c) do CCP, observa-se que o princípio da proporcionalidade se colocou ao dispor da presente norma sob múltiplas formas: vimos, na análise do pressuposto da urgência imperiosa, que o princípio se evidenciava na premência de ponderação dos bens, valores e interesses em jogo, validando a preclusão da publicidade e concorrência para se poder recorrer ao ajuste direto; adicionalmente, o princípio da proporcionalidade ganhou vulto na questão da morosidade associada aos procedimentos concorrenciais abertos, uma vez que, para se apelar ao ajuste direto, se mostrar essencial a adoção do procedimento mais adequado à complexidade da situação de urgência imperiosa e do interesse a satisfazer; por fim, este é um princípio que se apresenta como balizador dos limites à extensão das prestações que podem ser contratadas com base em urgência, exigindo particular enfoque a duração do contrato celebrado, a quantidade e tipo de bens e serviços adquiridos e a modificabilidade do contrato.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Conforme expressão de OLIVEIRA FERREIRA, Francisco de, *Procedimentos Pré-Contratuais ao abrigo do Código dos Contratos Públicos, Tipos de Procedimentos e Critérios de Escolha*, Coimbra Editora, 2010, p. 83.

<sup>52</sup> Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, pp. 968 e ss.

Sob este prisma afiguram-se as vertentes da necessidade e da proibição do excesso, aqui subordinadas ao imperativo de que as prestações contratadas sejam as únicas capazes e necessárias para acorrer à situação de urgência imperiosa, com a virtualidade de potenciarem o mínimo dano possível aos valores da publicidade e concorrência.

Circunscrevendo o campo de análise aos três aspetos *supra* referidos, importa mencionar que:

i) Não se mostra plausível que a duração da contratação por ajuste direto tenha um arco temporal demasiado curto - sob pena de se ter de recorrer novamente a este procedimento - nem desmedido - ao ponto de a entidade adjudicante ficar refém de um contrato do qual, entretanto, deixa de necessitar. A contratação por ajuste direto deve, portanto, estar delimitada de forma estrita e proporcional à situação concreta que se vai satisfazer;

ii) O tipo ou a quantidade de bens e serviços adquiridos confinam-se àqueles que são próprios e adequados para acorrer de imediato à urgência, com exclusão de todos aqueles que, mesmo idóneos a suprir a situação urgente, não lhe consigam dar uma resposta rápida e imediata. Logo, aqui também existe um mecanismo de ponderação de bens e valores que permite destrinçar os casos em que nem sempre uma situação de premência assume o valor qualificado - capaz de abolir com a publicidade e concorrência- dos casos que têm essa natureza;

iii) A modificação do contrato assume-se como algo a evitar, na medida em que a variação dos aspetos mais relevantes do contrato pode vir a quebrar com aquela que foi a situação base que fundamentou o recurso ao ajuste direto. Deste modo, mesmo que essa modificação tenha necessariamente que operar, há que adequá-la ao objeto da contratação em situação de urgência, por forma a não fugir àquilo que esteve no âmago do ajuste direto.

O direito norte-americano, respeitando o postulado pelo critério do mínimo dano à concorrência, prevê, além da existência de autoridades especiais de contratação pública disponíveis para dar (no imediato) resposta à

situação de urgência, a hipótese de existirem contratos já “pré-posicionados” para atender a esse tipo de situações.<sup>53</sup>

Já à luz do artigo 24.º, n.º 1, al. c) ou, até mesmo, do direito comunitário, essa hipótese não encontra espaço na letra da lei, conquanto seja configurável ao abrigo de acordos-quadro, os quais facultam a celebração do contrato por ajuste direto, conforme dispõe o artigo 258.º, *ex vi*, artigo 252.º, n.º 1, al. a), ambos do CCP.

Por outras palavras, um acordo-quadro, ao configurar-se como um instrumento particularmente apto a reagir a situações de catástrofe, permite a celebração de um contrato de forma diretamente ajustada, mas com outro fundamento que não a urgência.

Além disso, podem sempre existir casos de contratos em vigor, que possam ser utilizados em tempo útil para fazer face à situação de urgência imperiosa, sem obrigar à celebração de um novo contrato por ajuste direto.<sup>54</sup>

## CONCLUSÃO

1. O fundamento de urgência imperiosa, ao arquitetar-se em situações de urgência categórica, resultantes de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, que não lhe sejam imputáveis, e não coadunáveis com o cumprimento atempado dos prazos inerentes aos demais procedimentos, permite à entidade adjudicante, na medida do estritamente necessário, recorrer a este fundamento para dar guarida ao ajuste direto.

2. Todavia, este importante motor de recurso à contratação diretamente ajustada, frequentemente invocado junto dos tribunais, não obtém, muitas das vezes, decisões judiciais atreitas à sua pretensão, atento o não cumprimento escrupuloso dos seus apertados requisitos, que são, não inusitadas vezes, levianamente invocados.

3. Em rigor, não basta uma qualquer situação de urgência, mas, sim, uma *urgência categórica*, assente numa situação de necessidade absoluta e de uma

---

<sup>53</sup> Assinalando esta previsão, DRABKIN, David /THAI, Khi, *Emergency...*, pp. 86 e 94.

<sup>54</sup> Fazendo referência a este ponto, RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação...*, pp. 974-975.

intervenção imediata, cuja delonga se mostrará bastante perniciosa para o interesse público.

4. É justamente o tipo de urgência em causa o principal foco de distinção desta figura com outras onde a urgência também se afigura como pressuposto, nomeadamente o estado de necessidade, o concurso público urgente e a urgência prevista na Lei de Bases da Proteção Civil.

5. A urgência exprime uma inquietação perante um futuro imediato, caracterizado pela incerteza e pelo risco. Assim, enquanto a *imprevisibilidade* assenta em acontecimentos que um decisor público, colocado na posição do real decisor, não podia ter previsto, a *probabilidade do perigo* vem vulgarmente associada a um dano irreparável ou de difícil reparação, que não permite à Administração perder tempo algum na tentativa do seu impedimento.

6. Com efeito, uma situação de urgência está inevitavelmente associada à *impossibilidade de cumprir com a normal demora dos demais procedimentos concorrenciais*. A necessidade inadiável obriga a entidade adjudicante a pôr de parte o cumprimento dos prazos e formalidades exigidos para outros procedimentos, enveredando pela celeridade que o ajuste direto lhe permite.

7. Nestes termos, importa que essa necessidade inadiável *não tenha sido provocada pela entidade adjudicante*, ou seja que, no limite, não lhe seja imputável o circunstancialismo urgente encontrado.

8. Contudo, o recurso ao ajuste direto deve pautar-se necessariamente por um rigoroso *princípio da proporcionalidade*, que aqui se mostra a proteção mais fiel do interesse público, balizando a atuação da Administração Pública e norteando-a pelos padrões mais adequados, necessários e razoáveis às necessidades coletivas.

9. Todos estes requisitos são taxativos e cumulativos, e a sua fundamentação deve ser feita com a maior cautela, por forma a evitar a sua precipitada invocação.

10. Se é verdade que optar por esta via se pode mostrar espinhoso, dado o rigor exigido, também é verdade que este é um fundamento adaptado às peculiaridades da realidade social e contratual, permitindo a eficácia e celeridade do agir administrativo, na prossecução do interesse público. ■

**BIBLIOGRAFIA****REFERÊNCIAS:**

- ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement; Regulations in the EU and UK*, vol. I, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2014;
- BOTELHO, José Manuel Santos/ESTEVES, Américo J. Pires/ PINHO, José Cândido de, in *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina, 2002;
- BOVIS, Christopher H., *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law series, 2012;
- CELESTE M. FONSECA, Isabel, *Processo temporalmente justo e urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional da urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009;
- DRABKIN, David /THAI, Khi, *Emergency Contracting in the US Federal Government*, in *Journal of Public Procurement*, vol. 7, 2007;
- ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário / ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Concursos e outros procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011;
- FREITAS DO AMARAL, Diogo/GARCIA, Maria Glória, *O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 59, II, 1999;
- FRIER, Pierre-Laurent, *L'urgence*, Paris: L.G.D.J, 1987;
- GARCIA, Julio González, *Classic Procurement Procedures: open, restricted, negotiated*, in *EU Public Procurement and Beyond*, Editors Trybus/Caranta/Edestam, n.º 15, Bruylant, 2014
- GONÇALVES PEREIRA, André, *Erro e ilegalidade do acto administrativo*, Ática, 1962;
- GRAELIS, Albert, *Competition Law and Public Procurement*, 2015, disponível em [www.papers.ssrn.com](http://www.papers.ssrn.com)
- LLORENS, François/COUTEAUX, Pierre Soler, *Code des Marchés Publics*, Lexis Nexis, 2014;
- LUCAS PIRES, Miguel, *O concurso público urgente - o regime do Código dos Contratos Públicos o o posterior alargamento do seu âmbito de aplicação*, in *Revista dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, nº 4, Janeiro-Abril 2012;
- NOGUEIRA DE BRITO, Miguel,
- *Ajuste Directo*, in *Estudos de Contratação Pública - II*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010;
  - *Direito Administrativo de Polícia*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial - Volume I*, Almedina, 2013;
- OLAZABAL CABRAL, Margarida, *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1999;
- OLIVEIRA FERREIRA, Francisco de, *Procedimentos pré-contratuais ao abrigo do Código dos Contratos Públicos, Tipos de Procedimentos e Critérios de Escolha*, Coimbra Editora, 2010;
- RAIMUNDO, Miguel Assis,
- *A formação dos contratos públicos; uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013;
- SESTIER, Jean-François, *Urgence et mise en concurrence dans les contracts publics*, in *Contracts Publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Université Montpellier I, 2006;
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Revisitando o estado de necessidade*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010.

**JURISPRUDÊNCIA:****COMUNITÁRIA:**

- Acórdão do TJ, de 2 de Agosto de 1993, processo n.º C-107/92, caso Comissão/Itália;
- Acórdão do TJ, de 26 de Março de 1996, processo n.º C-318/94, caso Comissão/Alemanha;
- Acórdão do TJUE, de 18 de Novembro de 2004, processo n.º C-126/03, caso Comissão/Alemanha;
- Acórdão do TJUE, de 2 de Junho de 2005, processo n.º C-394/02, caso Comissão/República Helénica.

**NACIONAL:****Tribunal de Contas**

- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 37/2006, de 6 de Junho de 2006, processo n.º 1125/05 e 1126/05;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 7/2008, de 8 de Abril de 2008, processo n.º 1439/2007;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 4/12, de 14 de Fevereiro, processo n.º 1704/2011;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 18/201, de 29 de Março de 2011, processo n.º 65/2011;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 45/11, de 7 de Junho, processo n.º 348/2011;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 27/2014, de 4 de Setembro de 2014, processo n.º 1163/2014;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 17/2014, de 21 de Outubro de 2014, processo de fiscalização prévia n.º 1829/2013, recurso ordinário n.º 8/2014;
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2014, de 10 de Novembro de 2014, processo n.º 1323/2014.

**Catarina Custódio Barreiros Alves**

- Licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito de Lisboa (2012);
- Pós-Graduação em Direito da Contratação Pública – Direito Internacional e Europeu, Direito Nacional e Concorrência (2015), na Faculdade de Direito de Lisboa, concluída com 17 valores;
- Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito de Lisboa.

*Formação complementar:*

- Conclusão do Curso Intensivo de Introdução ao Direito Norte-Americano, na Faculdade de Direito de Lisboa, com 17 valores;
- Conclusão do Curso Intensivo de Direitos Sociais como Direitos Humanos e Fundamentais – uma perspetiva transconstitucional, na Faculdade de Direito de Lisboa, com 16 valores;
- Conclusão do Curso Intensivo de Direito Fiscal Europeu - Impostos Indiretos, na Faculdade de Direito de Lisboa, com 14 valores.



## **CONTRATOS À DISTÂNCIA**

ANÁLISE CRÍTICA DO DECRETO-LEI N.º 24/2014, DE 14-02,  
RELATIVO AOS CONTRATOS CELEBRADOS À DISTÂNCIA  
E FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

**David Falcão**

**Marta Falcão**

Professores Auxiliares Convidados

### SUMÁRIO

Após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14-02, processa-se uma diminuição das garantias dos consumidores, no que concerne ao direito de arrendimento neste tipo de contratos.

Acresce que atual regime é confuso e, pode dar aso a diversas interpretações das quais podem resultar a referida diminuição dos direitos dos consumidores, importando comparar, sempre que se afigure necessário, com o regime revogado e, em segundo lugar, propor uma solução que passará pela alteração de algumas normas.

# CONTRATOS À DISTÂNCIA

ANÁLISE CRÍTICA DO DECRETO-LEI N.º 24/2014, DE 14-02

RELATIVO AOS CONTRATOS CELEBRADOS À DISTÂNCIA

E FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

**David Falcão**

**Marta Falcão**

## Introdução

O presente artigo tem como objeto, a análise crítica do DL n.º 24/2014 de 14 de fevereiro relativo a contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

A justificação prende-se, fundamentalmente, com o facto de que, após a entrada em vigor do referido diploma, revogando o DL n.º 143/2001 de 26 de abril alterado e republicado pelo DL n.º 82/2008 de 20 de maio se processa uma diminuição das garantias dos consumidores, no que concerne ao Direito de Arrependimento neste tipo de contratos.

Por outro lado, o atual regime é confuso e, pode dar aso a diversas interpretações das quais podem resultar a referida diminuição dos direitos dos consumidores. É nosso propósito sugerir, em primeiro lugar, uma interpretação das questões mais controversas que se levantam, comparando, sempre que se afigure necessário, com o regime revogado e, em segundo lugar, propor uma solução que passará pela alteração de algumas normas.

Desta forma, decidimos dividir este artigo em três partes. A primeira, relativa à clarificação do que se entende por contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. A segunda, respeitante ao Direito de Arrependimento e à diminuição da proteção dos direitos dos consumidores após a entrada em vigor do diploma em análise em comparação com o regime anterior. Por fim, propor-se-á uma interpretação e uma solução de forma a assegurar uma continuidade no que toca à *ratio legis* do revogado DL n.º

143/2001 de 26 de abril alterado e republicado pelo DL n.º 82/2008 de 20 de maio e que, fundamentalmente, o legislador descurou.

## 1. Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial - Conceptualização

Para o desenvolvimento da nossa argumentação é, fundamental, conceptualizar contrato celebrado à distância e contrato celebrado fora do estabelecimento comercial.

No entanto, parece-nos fundamental proceder a uma pequena abordagem histórica relativa ao surgimento e evolução do regime destas modalidades contratuais.

O Direito do Consumo em Portugal, e na ausência de um “Código dos Consumidores”, muito deve ao Direito da União Europeia<sup>1</sup>. Desta forma, a transposição de Diretivas Comunitárias tem contribuído para um nível satisfatório de proteção dos consumidores.

A matéria relativa aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial teve a primeira consagração no Direito Interno por via do DL n.º 272/87, resultando da transposição da Diretiva comunitária 85/577/CEE que numa primeira fase abordava apenas os contratos celebrados à distância<sup>2</sup>.

Por sua vez, a Diretiva 97/7/CE, transposta pelo DL n.º 143/2001 vem consagrar para além dos contratos celebrados à distância, os contratos ao domicílio ou equiparados (atualmente denominados de contratos fora do estabelecimento comercial)<sup>3</sup>.

Por fim, a Diretiva 2011/83/EU que revoga as anteriores, foi transposta pelo DL n.º 24/2014 que por sua vez revogou o DL n.º 143/2001, regulando

---

<sup>1</sup> Cfr. Ferreira de Almeida, Carlos, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pgs. 75 e ss.

<sup>2</sup> Cfr. Santos Silva, Fernando dos, “Dos contratos negociados à distância”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 5, 1996; Frade, Catarina e Almeida, Mariana Pinheiro de, “Análise crítica da diretiva dos direitos dos consumidores e da sua transposição”, *Debater Europa*, n.º 11, 2014, pgs. 258 e 259.

<sup>3</sup> Frade, Catarina e Almeida, Mariana Pinheiro de, “Análise crítica da diretiva dos direitos dos consumidores e da sua transposição”, *Debater Europa*, n.º 11, 2014, pgs. 258 e ss.

de forma “unitária” os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial<sup>4</sup>.

No que diz respeito ao conceito de contrato celebrado à distância<sup>5</sup>, é aquele celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração. Exemplos paradigmáticos são as compras em *sites* de internet, as televendas ou as compras por catálogo.

Entende-se por contrato celebrado fora do estabelecimento comercial<sup>6</sup>, o que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, nomeadamente:

1) Celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços;

2) Celebrados no domicílio do consumidor;

3) Celebrados no local de trabalho do consumidor;

4) Celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário;

---

<sup>4</sup> Cfr. Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, pg. 130.

<sup>5</sup> Para um desenvolvimento mais aprofundado cfr. Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, pgs. 130 e ss.; Morais Carvalho, Jorge e Pinto-Ferreira, João Pedro, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2014.

<sup>6</sup> Para um desenvolvimento mais aprofundado cfr. Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, pgs. 133 e ss.; Morais Carvalho, Jorge e Pinto-Ferreira, João Pedro, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2014.

5) Celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial;

6) Celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário;

Alguns exemplos paradigmáticos desta modalidade contratual são a venda de “porta em porta”, reuniões da *Tupperware* ou *Bimby* ou contratos celebrados em excursões organizadas pelo profissional.

Antes da entrada em vigor do diploma em análise, os contratos fora do estabelecimento comercial eram denominados pelo DL n.º 143/2001 de 26 de abril alterado e republicado pelo DL n.º 82/2008 de 20 de maio, de contratos ao domicílio ou equiparados.

Parece-nos, de facto, que a designação era muito mais feliz pois, na realidade, também são incluídos contratos celebrados no estabelecimento comercial, em conformidade com o artigo 3.º al. g), i) do DL n.º 24/2014<sup>7</sup>.

## **2. O Direito de Arrependimento e a Diminuição da Proteção do Direitos dos Consumidores Face ao Regime Anterior**

O Direito de Arrependimento é a faculdade conferida por lei ao consumidor de, dentro de um determinado prazo, sem necessidade de indicar motivo e sem incorrer em quaisquer custos poder resolver um dos contratos referidos anteriormente ao qual se tenha vinculado<sup>8</sup>.

Sendo, por excelência, um dos direitos mais emblemáticos no domínio do Direito do Consumo, justifica-se no sentido de conceder ao consumidor um período de reflexão contra riscos de precipitação face a determinadas práticas

---

<sup>7</sup> No mesmo sentido cfr. Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, pg. 134.

<sup>8</sup> Cfr. Ferreira de Almeida, Carlos, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pg. 105.

agressivas de comercialização<sup>9</sup> evitando o consumo inútil<sup>10</sup>. Se, relativamente aos contratos celebrados à distância a justificação da proteção se deve à inexistência de proximidade entre profissional, bem e consumidor, nos contratos fora do estabelecimento comercial, o consumidor pode, estar sujeito a uma fragilidade que resulta da pressão a que pode estar submetido<sup>11</sup>.

Independentemente da justificação e da natureza do Direito de Arrependimento, é inegável que aumenta a confiança do consumidor de forma a obter a sua satisfação e confiança o que, conseqüentemente, acarreta o aumento das transações comerciais.

No que diz respeito aos prazos para o exercício do Direito de Arrependimento, o artigo 10.º n.º1 do DL n.º 24/2014 de 14 de fevereiro estabelece que o consumidor tem o direito de resolver o contrato no prazo de 14 dias a contar de um dos seguintes factos:

1) Do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de prestação de serviços;

2) Do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens, no caso dos contratos de compra e venda ou:

2.1) Do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último bem, no caso de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separadamente,

2.2) Do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último lote ou elemento, no caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos,

2.3) Do dia em que o consumidor ou um terceiro por ele indicado, que não

---

<sup>9</sup> Cfr. Ferreira de Almeida, Carlos, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pg. 107.

<sup>10</sup> Cfr. Serlooten, Patrick, "Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français", *Annales USS Toulouse*, 1979, pg. 133 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. Menezes Leitão, Luís, "A Proteção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas", *Liber Amicorum Mario Frota – A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, pgs. 369 a 386; Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, pg. 130.

seja o transportador, adquira a posse física do primeiro bem, no caso dos contratos de entrega periódica de bens durante um determinado período;

3) Do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, que não estejam à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

Este regime é mais desfavorável ao consumidor do que o previsto no DL n.º 143/2001 pois, atendendo ao revogado diploma (artigo 6.º n.º 2 al. b)), o consumidor tinha a possibilidade de se arrepender até ao início da execução do contrato de prestação de serviço. Com o regime em vigor o prazo para o exercício do Direito inicia-se a partir do momento da celebração do contrato<sup>12</sup>.

Uma das inovações introduzidas pelo diploma em análise prende-se com o alargamento do prazo para o exercício do Direito de Arrependimento de 14 dias para 12 meses sempre que o fornecedor de bens ou o prestador de serviços não informe o consumidor, antes da celebração do contrato, da existência e modo de exercício do Direito de Arrependimento.

O alargamento do prazo faz sentido pois, obriga o profissional a um maior cuidado no cumprimento da informação aumentando por sua vez, a probabilidade do consumidor a conhecer.

O anterior regime previa um alargamento de 14 dias para 3 meses aplicando-se apenas aos contratos celebrados à distância<sup>13</sup> pois, relativamente aos contratos fora do estabelecimento comercial, a lei determinava a sua nulidade em virtude da omissão das informações pré-contratuais.

Morais Carvalho<sup>14</sup>, numa interpretação que nos parece perfeitamente viável, mas da qual discordamos, sustenta que o alargamento do prazo para o exercício do Direito de Arrependimento de 14 dias para 12 meses, aplica-se atualmente às duas modalidades contratuais. No entanto, a consequência afigura-se a mesma que dispunha o diploma revogado pois, o artigo 9.º n.º 1

---

<sup>12</sup> Num sentido semelhante cfr. Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, pg. 161; Frade, Catarina e Almeida, Mariana Pinheiro de, "Análise crítica da diretiva dos direitos dos consumidores e da sua transposição", *Debater Europa*, n.º 11, 2014, pg. 271.

<sup>13</sup> Contra a não aplicação do Direito de Arrependimento aos contratos fora do estabelecimento comercial no anterior regime, cfr. Cunha, Carolina, "Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Proteção do Consumidor", *Direito Industrial*, vol. IV, 2005, pg. 301.

<sup>14</sup> Cfr. Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, pg. 162.

do DL n.º 24/2014, determina a nulidade do contrato fora do estabelecimento comercial sempre que alguma das informações previstas no artigo 4.º (nomeadamente a respeitante à existência do Direito de Arrependimento) não seja prestada de forma clara e compreensível. Portanto, o alargamento do prazo não se aplica aos contratos fora do estabelecimento comercial.

Desta forma, o alargamento só se aplicará aos contratos celebrados à distância, à semelhança do regime anterior o que, claramente se torna prejudicial ao consumidor pois, caso não tenha sido informado sobre a existência de um Direito de Arrependimento aquando da celebração de um contrato fora do estabelecimento comercial, terá de recorrer à via judicial de modo a obter a declaração de nulidade.

Parece-nos, igualmente, que um prazo de 12 meses para o exercício do Direito de Arrependimento é, manifestamente, excessivo. O consumidor, exercendo o Direito de Arrependimento deve devolver o bem em perfeitas condições de utilização ou seja, tal como o recebeu, de forma a que o profissional não seja prejudicado pela resolução do contrato. Durante 12 meses, tal tarefa, não será fácil e, acarretará, muito provavelmente, prejuízos para o profissional.

Parece-nos, desta forma, que o legislador deveria ter sido mais cuidadoso neste, e noutros aspetos pois, se ao abrigo da legislação anterior, o incumprimento das obrigações pré-contratuais, determinava o alargamento do prazo para o exercício do Direito de Arrependimento de 14 dias para 3 meses (prazo que nos parece razoável), ao abrigo do atual diploma, apenas a omissão da informação relativa à existência de um Direito de Arrependimento faz “disparar” esse prazo, deixando, a omissão de qualquer uma das outras informações pré-contratuais, segundo Morais Carvalho<sup>15</sup>, de ter consequências para além da sanção contraordenacional no que constitui uma clara diminuição dos Direitos dos consumidores. No entanto, no próximo capítulo, sugerimos uma interpretação de forma a que se minimize esta clara diminuição da proteção do Direitos dos consumidores.

### **3. Uma Sugestão Interpretativa ou Uma Solução Definitiva**

---

<sup>15</sup> Cfr. Morais Carvalho, Jorge, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, pgs. 162 e 163.

O artigo 4.º do DL n.º 24/2014 estabelece um catálogo “infundável” de informações pré-contratuais se estabelecermos um paralelo com as informações pré-contratuais exigidas pelo revogado DL n.º 143/2001. O que à primeira vista pode, efetivamente parecer constituir um maior nível de proteção dos Direitos dos consumidores, o facto já abordado anteriormente de que, apenas a omissão da informação relativa à existência de um Direito de Arrependimento faz “disparar” o prazo para o seu exercício, deixando, a omissão de qualquer uma das outras de ter consequências para além da sanção contraordenacional, leva-nos a concluir o contrário<sup>16</sup>.

No entanto, não nos parece que a *ratio legis* seja a de deixar sem consequências a omissão das informações pré-contratuais previstas no artigo 4.º do diploma em análise.

Desta forma, e segundo a nossa interpretação, as consequências serão distintas relativamente a cada uma das modalidades contratuais.

Quanto aos contratos celebrados à distância, o artigo 6.º do DL n.º 24/2014 determina que o profissional deve confirmar a celebração do contrato através da entrega ao consumidor em suporte duradouro de todas as informações pré-contratuais. Consideramos que, antes da entrega das referidas informações, o consumidor não fica vinculado ao contrato pois, tal vinculação não foi comunicada. Essa é, inclusive, a solução prevista no artigo 5.º n.º7 para os contratos celebrados por telefone que deve, pelas razões apontadas aplicar-se a todos os contratos à distância. Portanto, a omissão de qualquer uma das informações pré-contratuais determina a não vinculação do consumidor ao contrato o que, por sua vez, dispensa inclusive a necessidade de exercício do Direito de Arrependimento por parte do consumidor, quando a omissão da informação em causa seja, justamente, a da existência desse mesmo Direito neste tipo de contratos.

Por outro lado, quanto aos contratos fora do estabelecimento comercial, a omissão de qualquer das informações pré-contratuais, determina a nulidade do contrato, nos termos do artigo 9.º. Tal, acarreta, igualmente, a não aplicação do mecanismo do alargamento do prazo para o exercício do Direito de Arrependimento tal como argumentámos anteriormente.

---

<sup>16</sup> Cfr. Frade, Catarina e Almeida, Mariana Pinheiro de, “Análise crítica da diretiva dos direitos dos consumidores e da sua transposição”, *Debater Europa*, n.º 11, 2014, pg. 267.

Portanto, aplicam-se, apenas, os 14 dias iniciais, quando o contrato é válido por um lado (contrato fora do estabelecimento comercial) ou quando o consumidor se encontra vinculado a ele (contrato celebrado à distância) e, em momento algum o alargamento do prazo de arrependimento.

Desta forma, pode concluir-se que o legislador “afrouxou” o Direito de Arrependimento relativo a estas modalidades contratuais pois, em função do incumprimento das informações pré-contratuais por parte do profissional, determina-se, relativamente aos contratos celebrados à distância, a não vinculação do consumidor aos mesmos e, quanto aos contratos à fora do estabelecimento comercial, a sua nulidade. Pensou pois, erradamente, que apenas o alargamento para 12 meses (em comparação com os 3 meses previstos no anterior regime) seria suficiente para tutelar os direitos dos consumidores.

Deve, portanto, rever-se o diploma, reanimando a figura emblemática do Direito do Consumo que é o Direito de Arrependimento.

Desta forma, propomos que, a omissão de qualquer das informações pré-contratuais determine de imediato o alargamento do prazo para o exercício do Direito de Arrependimento no que concerne aos contratos à distância pois, é incontornável, que tal não se aplica aos contratos fora do estabelecimento comercial, uma vez que, a omissão de qualquer das informações pré-contratuais determina a sua nulidade.

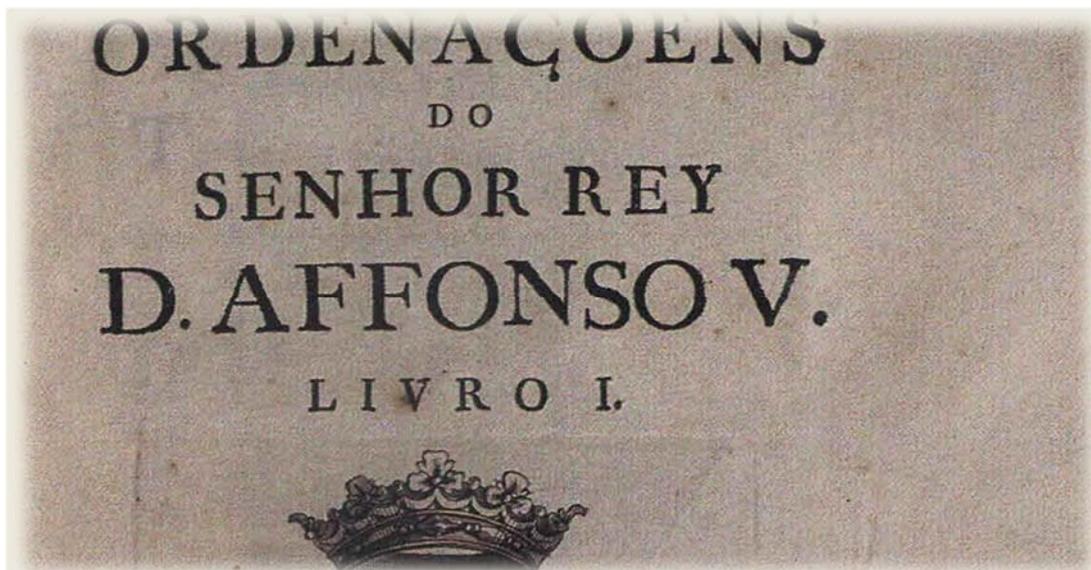
Fundamentalmente, a solução passa pela revogação do artigo 6.º e pela reformulação do artigo 10.º n.º2, caso contrário, o alargamento do prazo para o exercício do Direito de Arrependimento nunca terá aplicabilidade prática.■

**David Falcão**

Doutor em Direitos Humanos. Professor Auxiliar Convidado da Universidade de Lisboa (ISEG) e Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Castelo Branco (ESG).

**Marta Falcão**

Doutora em Direito Privado. Professora Auxiliar Convidada da Universidade da Beira Interior e Professora Adjunta Convidada do Instituto Politécnico de Castelo Branco (ESG).



## **O HUMANISMO JURÍDICO**

EM PORTUGAL

**Pedro Tiago Ferreira**

Formador

### SUMÁRIO

Este ensaio versa sobre a influência que a corrente humanista do Direito exerceu em Portugal. É analisada a polémica entre os chamados "humanistas" e "bartolistas" acerca, por um lado, da preponderância que o Direito romano deveria ter na resolução de questões de Direito no século XVI, e, por outro lado, a ser utilizado enquanto fonte do Direito, que Direito romano deveria ser considerado: o resultante do trabalho dos juristas da escola dos Glosadores e da escola dos Comentadores ou as fontes puras, i.e. as fontes não glosadas ou comentadas, compiladas por ordem de Justiniano.

**PALAVRAS-CHAVE:** humanismo, bartolismo, Glosadores, Comentadores, Direito romano.

# O HUMANISMO JURÍDICO

EM PORTUGAL

**Pedro Tiago Ferreira**

Formador

## 1. Introdução

O presente ensaio analisa o impacto produzido pela corrente humanista do Direito em Portugal, nomeadamente a polémica entre os chamados "humanistas" e "bartolistas" acerca, por um lado, da preponderância que o Direito romano deveria ter na resolução de questões de Direito no século XVI, e, por outro lado, a ser utilizado enquanto fonte do Direito, que Direito romano deveria ser considerado: o resultante do trabalho dos juristas da escola dos Glosadores e da escola dos Comentadores ou as fontes puras, i.e. as fontes não glosadas ou comentadas, compiladas por ordem de Justiniano. Esta questão é explorada em detalhe na secção 4.

No entanto, começamos por, na secção 2, falar da escola dos Glosadores e da escola dos Comentadores, com especial destaque para a Glosa de Acúrsio e para a opinião de Bártolo, de forma a esclarecer contra o que é que os humanistas arguíam exactamente. Na secção 3, analisamos a relação entre a *communis opinio* dos Doutores do Direito e a opinião de Bártolo. Na secção 5, formulamos a conclusão de que o humanismo jurídico não vingou em Portugal, visto que não conseguiu afastar, da prática jurídica, o peso que os juristas sempre deram à opinião de Bártolo, apesar de esta ser, hierarquicamente, a fonte do Direito subsidiário mais baixa da hierarquia de fontes do Direito.

## 2. Antecedentes do humanismo jurídico

O movimento humanista do Direito surge no século XVI, em França, como reacção a duas correntes filosóficas anteriores, a saber, a dos Glosadores e a dos Comentadores. Nas palavras de Rui e Martim de Albuquerque, "[t]raduziu-se o humanismo jurídico, à partida, numa contestação da metodologia medieval, nomeadamente da lição de Bártolo e da escola por ele encabeçada, em nome de critérios de filologia."<sup>1</sup> Estes critérios filológicos prendem-se com a interpretação e análise das fontes do Direito romano justiniano que, segundo os humanistas, estariam adulteradas pelos escritos de dois grandes juristas, a saber, Acúrsio e Bártolo de Sassoferrato, cujas Glosa e opinião, respectivamente, passaram, devido ao seu prestígio e qualidade, a ser o objecto da interpretação jurídica na resolução de questões de Direito, relegando para segundo plano os textos não glosados ou comentados do *Corpus Iuris Civilis* ou do *Digesto*. O humanismo jurídico corresponderia, assim, a um esforço de regresso às fontes originais, afastando, ou pelo menos relegando para segundo plano, as considerações dos Glosadores e dos Comentadores.

A necessidade de reformulação da hierarquia das fontes do Direito romano surgiu devido ao facto de, na Idade Média, o Direito romano justiniano ser, um pouco por toda a Europa, o Direito interno dos reinos, em virtude da sua aplicação através do Direito comum, sendo, igualmente, a *lex approbata* pela Igreja *in temporalibus*; isto levava a que o Direito romano fosse não só o Direito que estava em vigor para os súbditos, em geral, de determinado reino, mas também para os cristãos em matéria temporal.

Em Portugal, o Direito romano foi formalmente relegado para a posição de Direito subsidiário durante a vigência das várias Ordenações do Reino, nomeadamente entre as Ordenações Afonsinas (1446-1447) e a Lei da Boa Razão (18 de Agosto de 1769). Conforme disposto no 1.2, t.9 das Ordenações Afonsinas, o Direito imperial, a glosa de Acúrsio e a opinião de Bártolo são consideradas fontes subsidiárias do Direito, o que leva José Duarte Nogueira a arguir que "[a] lei romana teria o carácter de direito comum, dentro do âmbito

---

<sup>1</sup> Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, pp. 116-117

subsidiário, sendo preterida pelo canónico em matérias espirituais e nas temporais de pecado, apenas. Na falta de lei romana não seria de aplicar o cânone, mesmo que este contemplasse a questão, passando-se imediatamente à Glosa de Acúrsio e à Bartoli opinio."<sup>2</sup> Desta forma, o Direito romano seria Direito subsidiário quando estivesse em conformidade com o Canónico, bem como nos casos de matéria temporal que não envolvessem questões de pecado. A opinião de Bártolo ocupa, no entanto, um lugar de destaque, tendo em atenção que o 1.2, t.9 das Ordenações Afonsinas, § 2, dispõe que a mesma vale inclusive quando "os outros Doutores diguam o contrairo" ou "que alguns outros Doutores diguam o contrairo".

Segundo Rui e Martim de Albuquerque, as fontes para estas disposições das Ordenações Afonsinas são dois documentos. O primeiro é um alvará datado de 19 de Maio de 1425, "cujo teor se conhece pelo denominado Livro de Pregos (fols. 246-246 v<sup>o</sup>), o Infante D.Duarte, (...) dirigindo-se ao «Corregedor e juízes e justiças da çidade de lixboa. E quaaesquer que esto ouverem de veer» refere ter falado a el-rei seu senhor «sobre a pena que he scripta no proemio do bartallo per que percam os beens os juízes e procuradores se julgarem e precuraram fora daquello que ell ordena. E a el praz que aquella pena dos beens see tire aos juízes e procuradores. E no all todo que este o proemyo em sua força afora naquello de que ell ffez de craraçom per hua carta que sobrello enuyou a p. annes lobato a qual uos poderá mostrar...»".<sup>3</sup>

O segundo documento é a carta régia datada de 18 de Abril de 1426, onde o rei explica as medidas tomadas para a obtenção de uma unificação jurisprudencial. Tendo anteriormente determinado que as causas fossem julgadas por uma tradução das leis do Código de Justiniano que, por sua vez, eram entendidas segundo a interpretação conferida pelas glosas de Acúrsio e pelas conclusões de Bártolo, e com o objectivo de evitar dúvidas resultantes das traduções de forma a unificar a jurisprudência, o rei ordenou que se fizesse

---

<sup>2</sup> Apud Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 46

<sup>3</sup> Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 39

acompanhar por um esclarecimento ou declaração cada lei, glosa ou comentário bartoliano.

Para além destes documentos, no Regime Quatrocentista da Casa da Suplicação há uma distinção entre o que Bártolo diz e o que vem referido nas referidas declaração ou esclarecimento; a análise à compilação das mesmas revela que "[s]ão, uma a uma, sem excepção, tiradas do direito imperial e dos respectivos intérpretes. Com prevalência da opinião de Bártolo, aliás não apenas no comentário ao Código, e com posição secundária de Acúrsio em relação ao chefe dos Comentadores."<sup>4</sup> Assim, verifica-se que a relação subsidiária nos termos da qual, formalmente, o Direito romano se encontrava face ao Direito interno era, na prática, a inversa, devido à clara preferência dada ao Direito romano em detrimento do Direito pátrio, patente no facto de que o que era predominantemente aplicado pelo mais alto tribunal do país era o Direito romano, com especial relevo para as opiniões de Bártolo.

Mais tarde, nas Ordenações Manuelinas, são precisados os elementos formais e institucionais que asseguram a primazia do Direito do reino sobre as outras fontes do Direito, com especial relevância para os elementos oriundos da vontade do rei. Constatase, assim, a existência de um processo de afirmação do Direito interno do reino perante o Direito romano e o Direito canónico, tal como é demonstrado por Pedro Barbas Homem, ao notar que "[n]uma determinação dirigida aos juizes («quando algum caso for trazido em prática»), estabelece-se a aplicação, em primeiro lugar, da lei, costume ou estilo, porquanto «onde a lei, estilo ou costume do reino dispõem, cessem todas outras leis ou direito»."<sup>5</sup> (Barbas Homem, 2003: 307) A posição formalmente subsidiária do Direito romano era reforçada pelo disposto no 1.2, t.5 das Ordenações Manuelinas:

E se ocaso de que se trauta em practica nom for determinado por Ley do Reyno, ou Estilo ou costume suso dito, ou Leys Imperiaes ou Santos Cânones, entam Mandamos que se guardem as Grosas de Acursio encorporadas nas

---

<sup>4</sup> Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 42

<sup>5</sup> António Pedro Barbas Homem, *As Ordenações Manuelinas: Significado no processo de construção do estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 307

ditas Leys, quando por comum opiniam dos Doutores nom forem reprovadas, e quando por as ditas Grosas o caso nom for determinado, Mandamos que se guarde a opiniam de Bartolo, nom embargante que alguus Doutores, que depois delle escreveram, for contraira, porque a sua opiniam comumente he mais conforme aa razam.

Ao condicionar a utilização da opinião de Bártolo à não discordância da opinião comum dos Doutores posteriores a ele, as Ordenações Manuelinas mandam, na prática, que se ignore toda a literatura jurídica anterior a Bártolo, com excepção da Glosa de Acúrsio. Assim, na passagem das Ordenações Afonsinas para as Ordenações Manuelinas, verifica-se que a opinião comum dos Doutores passa a sobrepor-se formalmente à opinião de Bártolo, a que não estará alheio o facto de a opinião comum assumir, nesta época, um pouco por toda a Europa, o valor de fonte do Direito.

### 3. *Communis opinio*

O conceito de *communis opinio* assenta na ideia de que a opinião de certos jurisconsultos tem *autoritas*, isto é, tem força vinculativa, de um ponto de vista material,<sup>6</sup> em resultado do prestígio detido por esses mesmos jurisconsultos. A "opinião comum" ganha preponderância decisiva a partir do século XV, após o declínio do prestígio da Glosa de Acúrsio, que se deveu, por um lado, à constatação de que a mesma se mostrava inadequada para resolver situações contemporâneas concretas, e, por outro lado, ao trabalho da Escola dos Comentadores, que se centrou precisamente na tentativa de suprir as "lacunas" da Glosa. O apogeu dos Comentadores verificou-se no século XIV, destacando-se o trabalho tanto do já referido Bártolo como de Baldo de Ubaldis. Bártolo, em virtude da disparidade das opiniões dos vários Comentadores que, conseqüentemente, trouxeram incerteza na resolução de questões jurídicas, não considerava que a opinião comum devesse ser seguida em todas as circunstâncias, afirmando, portanto, "*o carácter simplesmente*

---

<sup>6</sup> Naturalmente, a vinculatividade formal surge somente quando a ordem jurídica reconhece a *communis opinio* como fonte formal do Direito.

*provável* da interpretação dos Doutores."<sup>7</sup> Haveria, por conseguinte, uma espécie de "presunção elidível" quanto à correcção da opinião comum. Conforme refere Gomes da Silva, "Bártolo, na correcta visão da actividade prudencial do julgador, não se limita a dizer que o juiz deve seguir a opinião por todos comumente aprovada; não, ele acrescenta que tal opinião deve também ser, comumente, observada. É, pois, dado um justo realce à *observantia*."<sup>8</sup> Bártolo conferia, assim, grande importância ao facto de as soluções serem respeitadas, ou seguidas, na prática, não bastando, para se aplicar a opinião comum a um caso concreto, que todos os Doutores a *aprovassem*; o juiz deveria considerar até que ponto é que a solução proposta seria observada.

Baldo, por seu turno, considerava que, nos casos não previstos na lei, os juízes não deveriam eleger a opinião menos razoável. Há um dever prudencial de adesão à opinião comum, a menos que esta seja irracional ou falsa. Baldo traz para o escopo da opinião comum as "*opiniões das glosas que não têm glosas contrárias*."<sup>9</sup> No século XV, o contributo do canonista Nicolau Tedeschi, igualmente conhecido por Abade Panormitano, permite cimentar o prestígio da opinião comum. Na sua obra, Panormitano distingue a posição do juiz perante a dúvida nova e a dúvida assente nas opiniões dos Doutores. Na primeira, verificar-se-ia a existência de uma autêntica *lacuna iuris*, dado que a situação jurídica, pela sua novidade, não seria susceptível de ser resolvida quer pela lei do reino, quer pelo Direito romano, que, nesta altura, era identificado com a opinião dos Doutores. Quanto ao segundo tipo de dúvida, a mesma seria resolvida através da aplicação da opinião comum, sendo que o juiz não deveria afastar-se desta, posição justificada pelo facto de que "*comunmente a maior parte investiga melhor a verdade*".<sup>10</sup> Assim, a opinião comum deveria ser sempre

---

<sup>7</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 311.

<sup>8</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 312.

<sup>9</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 314. Itálicos no original.

<sup>10</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 315. Itálicos no original.

observada, a menos que se constatasse que fosse falsa, constatação essa que surgiria, com toda a probabilidade, a partir da verificação da desadequação da subsunção da situação concreta à opinião comum. Para as situações mais controversas, nas quais se observasse uma disparidade de opiniões que precludesse a possibilidade de se falar numa "opinião comum", Panormitano afirma o seguinte: "entre várias opiniões, deve ser seguida aquela que se firma em melhor e mais subtil razão. Porquê? Porque se não deve olhar à qualidade da pessoa que defende uma opinião, mas sim à sua razão."<sup>11</sup>

Ao colocar o critério da razão acima do critério da autoridade do jurisconsulto, que decorre do seu prestígio, Panormitano lança as bases de um argumento que lhe permite "atacar aqueles que sustentavam ser de obedecer, em qualquer caso, à *autoridade da Glosa*"<sup>12</sup>, dado que a *ratio* da opinião sobrepe-se ao prestígio do jurisconsulto, no caso Acúrsio.

Com as Ordenações Manuelinas surgiram três critérios para identificar a *communis opinio*, a saber, o quantitativo, o qualitativo e o misto. Em relação ao primeiro, "[r]eferiu-se que numa primeira e mais simples formulação se considerava opinião comum aquela que obtivesse maior sufrágio ou maior número de pareceres dos doutores."<sup>13</sup> A propósito deste critério, Gomes da Silva diz que "[o] critério meramente quantitativo vai ser alvo da crítica do racionalismo quinhentista. Nesta tendência, um professor de Coimbra, Aires Pinhel, apontando a *miséria* a que chegara a ciência do Direito, lamentava que «*as opiniões mais se contassem, que pesassem*»: a *qualidade* não deveria ser vencida pela *quantidade*, o *número* não se deveria sobrepor à *razão*."<sup>14</sup> A objecção é, portanto, a de que a quantidade não garante qualidade, i.e. que a opinião sufragada pela maioria fosse correcta ou justa. Em resposta a este critério, tido por muitos, com destaque para Aires Pinhel, como sendo desadequado, surge o critério qualitativo: "De acordo com um critério situado em prisma

---

<sup>11</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 316.

<sup>12</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 316. Itálicos no original.

<sup>13</sup> Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 106.

<sup>14</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, pp. 316-317. Itálicos no original.

completamente oposto, no plano qualitativo, a opinião comum determinar-se-ia não pelo maior número mas pelo seu peso, pela dose de verdade que encerrasse cada um dos pareceres que aí integravam."<sup>15</sup> Na utilização deste critério para fixar a opinião comum estariam englobadas as opiniões de autores do século XVI que se inseriram nas fileiras do humanismo jurídico, tais como Manuel da Costa, o referido Aires Pinhel ou Heitor Rodrigues. Assim, segundo estes juristas, deveria sempre atender-se à qualidade da opinião, independentemente de quantos a professassem. Dito por outras palavras, ao defender-se um critério qualitativo "dizia-se dever ser considerada *communis opinio*, não a que tinha por si o maior número de intérpretes, mas sim a que reunia a concordância dos juristas mais renomados."<sup>16</sup>

Da tensão entre os dois critérios acima referidos surgiu o critério misto, segundo o qual "[n]o apuramento da *communis opinio* não deviam concorrer os juristas que, incidentalmente, sem discussão, tivessem exposto o seu modo de ver."<sup>17</sup> Este critério, formalmente situado entre os dois acima mencionados, acaba por derivar, sem embargo, em grande medida do critério qualitativo, visto que certos autores afirmavam que "a *communis opinio* se devia colher no parecer de jurisconsultos ilustres, mas que se tivessem ocupado *ex professo* do problema, em causa, discutindo os argumentos *pro* e *contra*, concluindo, fundamentamente."<sup>18</sup> Assim sendo, a opinião comum não deveria ser apenas uma questão de discussão, *in abstracto*, de determinado problema, com meras considerações teóricas e debates acerca da resolução de questões unicamente de Direito, excluindo completamente as questões factuais inerentes a esse mesmo caso. Os jurisconsultos ilustres deveriam debruçar-se sobre o caso concreto e, à luz das vicissitudes deste, pronunciar-se.

O critério misto é, por conseguinte, uma manifestação do humanismo jurídico, dado que constitui uma oposição directa à opinião de Bártolo. Dito

---

<sup>15</sup> Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, pp. 106-107

<sup>16</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 318.

<sup>17</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 318.

<sup>18</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 318.

por outras palavras, tanto o critério quantitativo como o qualitativo acabavam, em Portugal, por, invariavelmente, socorrer-se da opinião de Bártolo, devido ao enorme prestígio de que esta gozava, não sendo comum encontrar juristas, ilustres ou não, que se desviassem dessa mesma opinião. Todavia, ao apelar à consideração do caso concreto e ao afastamento dos juristas que, "sem discussão, tivessem exposto o seu modo de ver" – o que, por maioria de razão, afastaria sempre a opinião de Bártolo, visto que esta estava há muito formada e não poderia, obviamente, moldar-se à luz do caso concreto – tanto a opinião de Bártolo como a Glosa de Acúrsio seriam sempre descartadas por este critério, o que, aliás, estava em consonância com os objectivos do movimento humanista no Direito.

A adopção da *communis opinio*, por parte das Ordenações Manuelinas - sem qualquer disposição, no texto das Ordenações, que resolvesse a contenda quanto ao critério a seguir na determinação da opinião comum -, acaba por, paradoxalmente, não atingir o prestígio da opinião de Bártolo, na medida em que esta mesma adopção obedecia ao espírito da escola dos Comentadores, da qual Bártolo era o expoente máximo, espírito esse que sobrelevava a *auctoritas* dos prudentes. Nas palavras de Braga da Cruz, "a consagração legislativa da *opinio communis* pelas Ordenações Manuelinas, com prioridade absoluta sobre a Glosa Magna de Acúrsio e a opinião de Bártolo, ao mesmo tempo que representava o primeiro golpe sério no prestígio pessoal de que Bártolo entre nós gozara durante um século, representava também, em contrapartida, a glorificação de próprio Bártolo, através da consagração do pensamento da escola simbolizada pelos seus sequazes."<sup>19</sup>

Apesar de o critério misto ter acabado por, em Portugal, pelo menos geralmente, afirmar-se, na prática a Glosa de Acúrsio e a opinião de Bártolo tinham um peso tão grande que dificilmente se encontraria opinião comum contrária à dos juristas supra-citados, o que leva Gomes da Silva a afirmar que "[t]al facto, terá chegado a gerar a convicção – em clara afronta às *Ordenações*

---

<sup>19</sup> *Apud* Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, pp. 108-109.

– de que a «*opinião comum*» só constituía fonte de direito, no nosso país, na ausência de parecer de Acúrsio ou de Bártolo."<sup>20</sup>

#### 4. A polémica do século XVI

Opondo-se à escola dos Comentadores em geral, e à opinião de Bártolo, enquanto expoente máximo dessa mesma escola, em particular, o humanismo jurídico deu azo, em Portugal, a uma polémica entre humanistas e Bartolistas que pode ser resumida da seguinte maneira: discute-se se, para apurar a "opinião comum", deve ser utilizado o critério quantitativo, que privilegiava a opinião de Bártolo na medida em que esta era subscrita pela maioria dos juristas portugueses medievos, ou se, por outro lado, se deveria utilizar o critério misto, que excluía, tal como acima citado, "os juristas que, incidentalmente, sem discussão, tivessem exposto o seu modo de ver", na medida em que a discussão deveria ser *ex professo*, ou seja, deveria relacionar-se com o caso concreto. Assim, tal como referido *supra*, a opinião de Bártolo teria que ser liminarmente excluída, não tanto por razões que se prendessem com a sua falta de qualidade, dado que esta era reconhecida por todos, mas sim porque a opinião equivale à exposição de um jurista feita à revelia de uma discussão que considerasse as questões factuais à luz do caso concreto. Dito por outras palavras, o humanismo jurídico valoriza as melhores opiniões dos juristas da época que não se apoiassem na opinião de Bártolo, em virtude de esta não ser *ex professo*.

Desta forma, o humanismo jurídico é uma corrente que defende que se devem eliminar, através de intervenção filológica, todos os escólios, glosemas e interpolações utilizadas na interpretação do texto das fontes do Direito romano justinianeu.

Lorenzo Valla, autor das *Elegantiae Latinae Linguae*, argúi que os glosadores e os comentadores "barbarizaram" o latim das leis romanas concluindo, assim, que o Direito romano aplicado na Europa medieval, nomeadamente através da opinião de Bártolo e da Glosa de Acúrsio, não era o mesmo Direito romano

---

<sup>20</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, pp. 320-321.

que era aplicado em Roma. Conforme referem Rui e Martim de Albuquerque, "[é] neste prisma que Valla e Poliziano irão propugnar a substituição de um código por outro código julgado melhor, da chamada littera bononiensis ou vulgata pela littera pisana ou florentina; por este caminho se chegará também à conclusão de que o direito de Justiniano não era, ele mesmo, o verdadeiro direito romano, o tal que usavam os romanos de Roma – pecado merecedor de anátema e que levaria Hotman a fulminar Triboniano, o compilador do corpus justinianeum, como responsável pela obliteração do direito clássico."<sup>21</sup>

Por seu turno, Henrique Caiado, conforme observam os mesmos autores, "não citando Bártolo, reproduz a essência dos juízos de Lorenzo Valla sobre os comentadores: «Não vos admireis sapientíssimos senhores de os filósofos do nosso tempo ignorarem esta nobreza de estilo e linguagem pois vivem sempre mergulhados nas trevas da barbárie e não podem sem sua ciência gloriar-se de nenhum autor latino. Vão buscar tudo aos gregos mas recorrendo a tradutores ignorantes tanto da nossa língua como da grega. Tudo eles, os miseráveis, invertem, citam, trocam e lêem o falso pelo verdadeiro, o escuro pelo claro, o adulterado pelo legítimo. E, se alguns entre eles (e poucos são) se dedicam às belas letras e frequentam os livros gregos, são espantosamente escarnecidos, como àquele que quiser filosofar seja de todo necessária a barbárie.»"<sup>22</sup>

Por outro lado, certos autores constatarem que o Direito romano, purgado ou não de glosas e comentários, era inadequado às necessidades jurídicas do século XVI em virtude de ser lacunar e/ou de estar extremamente desactualizado. A este propósito, Jorge Ferreira de Vasconcellos, referindo-se aos juristas do seu tempo, diz o seguinte: "*«estes pera maior parte carecem de juizo natural e letras, sem elle sam piores que lepra; por onde ficam paralíticos porque querem medir pelas leis de Justiniano, que ha mil e tantos anos que foi, os costumes d'agora e nam entendem como o tempo faz tudo da sua cor»*."<sup>23</sup> Vasconcellos faz, aqui, uma crítica ao facto de as leis de Justiniano estarem completamente

---

<sup>21</sup> Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 119.

<sup>22</sup> Rui de Albuquerque / Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, Volume II, Lisboa, 1983, p. 122.

<sup>23</sup> *Apud* Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 218. Itálicos no original.

desajustadas aos (seus) tempos modernos, visto que nem o espírito destas, nem os casos concretos que as mesmas visavam resolver tinham enquadramento no Portugal do século XVI.

A consciência de que, por um lado, o "Direito romano medieval" ensinado na Universidade e praticado pelos juristas não é o Direito romano justiniano, e, por outro lado, que qualquer das alternativas do que se designava por "Direito romano" (a versão de Justiniano em oposição à versão dos Glosadores e Comentadores) se mostrava inadequada à realidade contemporânea, acabou por criar "uma dupla tensão – entre *direito romano* e *razão*, e entre *duas experiências do direito romano* – que vai abrir caminho a duas concepções de apreciação do direito imperial, uma, *racionalista* e outra, *historicista*."<sup>24</sup> Os humanistas do Direito encontravam-se, portanto, perante duas alternativas, a saber: 1) Propor a revogação do Direito romano, eliminando-o da lista de fontes do Direito. 2) Aproveitar tudo o que o Direito romano tinha de bom, i.e. a sua racionalidade, e aplicá-lo com as modificações necessárias à realidade do século XVI. A segunda opção foi a que acabou por vingar em Portugal, visto que a vigência do Direito romano no nosso país, no século XVI, durante o período de vigência das Ordenações Manuelinas justificava-se precisamente com base na presunção de racionalidade das normas justinianeas: "As leis romanas aplicam-se – no dizer do texto manuelino – «*pola boa razam em que sam fundadas*»."<sup>25</sup>

No entanto, os opositores da corrente racionalista arguíam que invocar a racionalidade do Direito romano para justificar a permanência da sua vigência no século XVI era falacioso devido ao longo hiato presente entre a criação das normas e a sua aplicação, hiato esse que, naturalmente, provocou dificuldades de interpretação, para além de que a "racionalidade abstracta" das normas romanas era insusceptível de suprir as lacunas existentes, bem como as injustiças decorrentes da aplicação de normas cuja *ratio*, ou teleologia, já não tinha correspondência com a realidade contemporânea. Os racionalistas, por seu turno, para obviar à objecção dos seus rivais, chamam a atenção para o

---

<sup>24</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 218. Itálicos no original.

<sup>25</sup> Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, Lisboa, 1991, p. 218. Itálicos no original.

facto de que as leis romanas, ao serem observadas apenas e só "pola boa razam em que sam fundadas", teriam que ser filtradas, i.e. cada norma seria analisada segundo padrões de racionalidade, sendo que apenas as normas fundadas na boa razão tornar-se-iam vigentes no território português. Nega-se, portanto, a recepção em bloco do Direito justinianeu.

## 5. Conclusão

A corrente humanista do Direito acabaria por não vingar em Portugal. Com efeito, no século XVII, já na vigência das Ordenações Filipinas, que conservaram integralmente o sistema de fontes do Direito subsidiário estabelecido nas Ordenações anteriores, a autoridade da opinião de Bártolo impera nos tribunais, bem como na Universidade, em prejuízo da opinião comum, não obstante esta ser uma fonte do Direito hierarquicamente superior à opinião de Bártolo. Os autores apontam três factores que justificam a não consagração da corrente humanista do Direito em Portugal, a saber: 1) Houve juristas portugueses que, tendo sido educados na prática dos humanistas, nunca regressaram a Portugal, razão pela qual não exerceram qualquer influência no nosso país. 2) De entre os juristas que regressaram, uns acabaram por perder as ilusões filológicas, historicistas e racionalistas adquiridas durante a sua formação, após tomarem contacto com a vida prática, ao passo que outros pura e simplesmente desinteressaram-se do Direito. 3) O facto de a opinião de Bártolo continuar legislativamente consagrada como fonte do Direito dificultou os ataques feitos pelos humanistas à utilidade da mesma. ■

**Pedro Tiago Ferreira**

Formador



# CONTROLO FINANCEIRO PÚBLICO E RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

**Rute Alexandra de Carvalho Frazão Serra**

Mestre em Direito – Ciências Jurídico-Políticas

## RESUMO

O controlo externo da gestão dos dinheiros públicos – político e financeiro, é uma missão dos Estados de Direito democráticos, exacerbada pelos contribuintes cidadãos que, no afã dos nossos dias, exigem rigor, responsabilidade e transparência no exercício daquela gestão, qualidades escrutinadas pela necessária confiança nas instituições acometidas daquele controlo.

A responsabilidade pelo controlo financeiro externo, em Portugal, encontra-se constitucionalmente consagrada ao Tribunal de Contas. Este órgão de soberania procede à supervisão da gestão económico-financeira da Administração abrangendo, na prossecução de um verdadeiro direito de sequela, todos aqueles que de algum modo, gerem valores públicos.

Compete-lhe, face às irregularidades detetadas, no âmbito dos seus poderes jurisdicionais financeiros, efetivar a responsabilidade financeira e julgar as contas, daqueles que estão obrigados à sua submissão ao Tribunal.

Perscrutamos os instrumentos ao alcance daquela Instituição, no âmbito do controlo prévio, concomitante e sucessivo e analisamos o âmbito jurídico-normativo do controlo jurisdicional financeiro.

Estas duas faces da mesma moeda, porém, não se confundem - complementam-se.

Cotejar esta asserção é precisamente o desiderato do presente estudo..

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal de Contas; gestão de dinheiros públicos; controlo financeiro externo; jurisdição financeira.

# CONTROLO FINANCEIRO PÚBLICO E RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

**Rute Alexandra de Carvalho Frazão Serra**

Mestre em Direito – Ciências Jurídico-Políticas

*“O controlo e a avaliação permitem a melhor prestação de contas, evitando-se que se permaneça nas trevas, ignorante e se viva apenas o dia que passa...”* GOETHE

## INTRODUÇÃO

O debate, desde o final dos anos 80 do século passado, em torno do conceito de boa governação, providenciou um ímpeto para novas aproximações à reforma da gestão do setor público, em Portugal. Com efeito, face à crescente democratização das sociedades, exige-se hoje boa administração e gestão pública, com ênfase em conceitos como *accountability*, transparência e comunicação das decisões gestionárias sobre dinheiros, fundos e valores públicos.

Neste contexto, o Tribunal de Contas (TdC) representa o garante último da eficácia, eficiência e qualidade da gestão do setor público e por conseguinte, da *res publica*, administrada em sistema de gestão privada ou pública.

Através do exercício do controlo externo da atividade financeira pública e norteado por princípios legais e profissionais estruturantes, consagrados constitucionalmente e definidos por organizações internacionais de que é membro, compete-lhe não só fiscalizar os procedimentos de controlo interno e o rigor financeiro da gestão pública, à luz de um quadro jurídico desenhado pela sua lei de organização e processo, mas também, de modo concomitante mas não invasivo, exercer a sua função jurisdicional, relativamente àqueles que

infrinjam preceitos de natureza financeira, mediante o aquilatar da sua responsabilidade.

Longe dos tempos dos *Praefectus aerarii* da Lei das XII Tábuas ou dos *Logistae* e *Euthuni* do Senado de Atenas - e da realidade ao tempo, importa perceber de que modo esta Instituição, com um enquadramento constitucional e orgânico únicos no panorama legislativo português, desde a sua criação por volta do séc. XIV, não só se foi adaptando às mudanças vertiginosas de uma sociedade crescentemente complexa, garantindo a boa gestão pública mediante a fiscalização externa exercida de modo prévio, concomitante e sucessivo mas também o modo como efetiva as responsabilidades financeiras que deteta, através da sua jurisdição ímpar, no espectro das instâncias judiciais, é o *leitmotiv* do presente trabalho.

A assunção recente de funções nesta Instituição, depois de um percurso profissional aparentemente díspar, mas de certo modo confluyente com as novas responsabilidades, justificam o interesse pelo tema. A par, procurar compreender a competência, as atribuições e a responsabilidade que este tipo de Instituição detém no atual contexto de grave crise económica, bem como de que modo se tem atualizado e posicionado, precisamente pelo mesmo motivo, no elenco das supremas instituições de controlo externo das finanças públicas, constitui um objetivo paradigmaticamente interessante e que procuraremos de modo poético atingir.

Considerando a estrutura pré-estabelecida pelas regras que o “processo de Bolonha” veio impor, dividimos o nosso trabalho em *duas partes*. A primeira, dedicada ao expurgo das responsabilidades e concretizações profissionais assumidas e alcançadas, nos últimos vinte e dois anos. A segunda, dividida em *três capítulos*.

O primeiro capítulo – **Breve caracterização do Tribunal de Contas Português** – parte em busca de uma contextualização jurídico-normativa da Instituição, da caracterização da sua competência e atribuições, da definição da sua jurisdição e por fim, do posicionamento do Tribunal, no panorama nacional e transnacional, face às modernas políticas públicas.

No segundo capítulo – **O controlo financeiro público** – centra-se a atenção na caracterização do sistema nacional de controlo financeiro, sem

perder de vista o contexto internacional. O enfoque, porém, é dado na matéria que concerne ao controlo financeiro externo, executado pela 1ª e 2ª Secção do Tribunal de Contas. Escalpeliza-se a metodologia de fiscalização utilizada, numa tentativa de compreensão das operações de controlo realizadas e realizáveis, pelo Tribunal, fazendo-nos chegar, por fim, às consequências do exercício do controlo, *tout court*, corporizadas através das observações e recomendações constantes dos relatórios de auditoria e o modo como se garante o seu cumprimento.

Por fim, no terceiro capítulo – **A responsabilidade financeira** – versaremos sobre o instituto da responsabilidade financeira, enquanto responsabilidade autónoma e não conflituante de outras responsabilidades em que incorrem aqueles a quem é acometida a gestão de bens e dinheiros públicos. Atentaremos sobre a natureza jurídica e os princípios materiais e processuais da responsabilidade financeira em Portugal, procurando definir uma teoria do ilícito financeiro que reflita as dimensões axiológicas e normativas deste instituto.

Definido o precípua objetivo, centrar-nos-emos em perscrutar as seguintes questões:

a) Face aos novos paradigmas de políticas públicas, que tipo de instituição suprema de controlo externo das finanças públicas representa o Tribunal de Contas português e que desafios futuros se lhe apresentam;

b) Qual a caracterização e estrutura jurídica dos instrumentos de fiscalização ao dispor do Tribunal, para a realização de um eficiente controlo externo da atividade financeira pública, considerando o vigente sistema nacional de controlo da Administração Pública;

c) Que contexto jurídico subjaz ao instituto da responsabilidade financeira e que óbices relevam atualmente para a sua profícua efetivação.

Por fim, apresentaremos em síntese as conclusões alcançadas e indicaremos a bibliografia consultada para a elaboração do nosso estudo.

# CAPÍTULO I

## BREVE CARACTERIZAÇÃO

### DO TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL

*“A democracia nunca está fechada ou adquirida. Precisa de se renovar substancialmente – na sociedade civil. O sangue novo tem que se ligar às instituições como realidades vivas. Mas o “sangue novo” pressupõe consciência histórica e capacidade de ligar as várias gerações”*

GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS

#### 1.1. Enquadramento jurídico

É na Constituição da República Portuguesa (CRP) que encontramos a qualificação do Tribunal de Contas, como um órgão de soberania<sup>1</sup>, inserido no elenco dos Tribunais<sup>2</sup>. Face a esta qualificação, ao Tribunal de Contas aplicam-se os princípios constitucionalmente consagrados, existentes para os restantes Tribunais: o princípio da independência e da sujeição exclusiva à lei (art.º 203º), o direito à coadjuvação de outras entidades (art.º 202º), os princípios da fundamentação, da obrigatoriedade e da prevalência das decisões (art.º 205º), o princípio da publicidade (art.º 206º).

A Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)<sup>3</sup> acolhe aqueles princípios e consagra as garantias de *independência* do Tribunal, o *autogoverno*, a *inamovibilidade e irresponsabilidade dos seus Juizes* e a *exclusiva sujeição destes à Lei*.

---

<sup>1</sup> Conforme disposto no art.º 110º da CRP.

<sup>2</sup> A par da Assembleia da República, do Governo e do Presidente da República – art.º 209º da CRP.

<sup>3</sup> Aprovada pela Lei nº 98/97 de 26.08, alterada pela Lei nº 87-B/98 de 31.12, pela Lei nº 1/2001 de 4.01, pela Lei nº 55-B/2004 de 30.12, pela Lei nº 48/2006 de 29.08, pela Lei nº 35/2007 de 13.08, pela Lei nº 3-B/2010 de 28.04, pela Lei nº 61/2011 de 07.12, pela Lei nº 2/2012 de 06.01 e pela Lei nº 20/2015 de 9 de março.

É ainda na Lei Fundamental que encontramos a definição, as competências e as atribuições, deste órgão de soberania – cfr. art.º 214º da CRP. Face à definição ali expressa<sup>4</sup>, podemos entender que o legislador constituinte elegeu o Tribunal de Contas à categoria de Tribunal especializado, de natureza financeira. É nesta disposição legal que reside a diferenciação substancial entre o Tribunal de Contas e o restante poder judicial constitucionalmente previsto. Com efeito e cingidos ao preceito constitucional referido, ao Tribunal de Contas compete o exercício de funções jurisdicionais, em complemento de funções de controlo e auditoria, consubstanciadas, nomeadamente, no parecer sobre a Conta Geral do Estado. Por outro lado, a competência constitucionalmente consagrada do Tribunal de Contas pode ser ampliada por via de lei.

## 1.2. As três reformas fundamentais

Nos últimos vinte e cinco anos, o Tribunal de Contas foi objeto de três reformas legislativas fundamentais, uma ao nível da *independência* do Tribunal<sup>5</sup>, operada pela Lei n.º 86/89 de 8 de Setembro, outra relativa ao alargamento da *jurisdição* do Tribunal, da consagração do *controlo concomitante* e do aperfeiçoamento da *fiscalização sucessiva*, com a entrada em vigor da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto<sup>6</sup> e por fim, aquela que visou importantes alterações,

---

<sup>4</sup> A definição constante do n.º 1 do art.º 214º da CRP: “O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento de contas que a lei mandar submeter-lhe”.

<sup>5</sup> Considerando a introdução de uma nova composição do Tribunal (de sete para dezoito Conselheiros, dois dos quais nas Secções Regionais dos Açores e Madeira), a forma de recrutamento dos Conselheiros (que deixou de ser por nomeação do Ministro das Finanças, para ser por concurso público), a criação de duas Secções (de fiscalização prévia e de fiscalização sucessiva), a redução do âmbito da fiscalização prévia, a previsão expressa da competência do Tribunal em sede de recursos financeiros comunitários, a consagração da Direção-Geral do Tribunal de Contas como serviços próprios do Tribunal (...) e a previsão de autogoverno do Tribunal de Contas. (Adaptado de TAVARES, José F. F., in “*Estudos de Administração e Finanças Públicas*”, Ed. Almedina, 2014, 2ª edição atualizada, p. 244-245).

<sup>6</sup> Esta ao nível do alargamento dos poderes do Tribunal até aos beneficiários, a qualquer título, de fundos públicos; reduziu substancialmente, em cerca de 90%, a fiscalização prévia; reforçou e aperfeiçoou o controlo sucessivo – verificação de contas e auditoria; consagrou o controlo concomitante; atribuiu ao Tribunal expressamente o controlo da gestão financeira (economia, eficiência e eficácia); separou claramente as funções de auditoria e jurisdicional; estabeleceu um quadro novo de relacionamento com os órgãos de controlo interno; e previu expressamente o relacionamento com a comunicação social. (Adaptado de TAVARES, José F. F., *op. cit.*, p. 245).

especialmente no domínio da *responsabilidade financeira* – a Lei n.º 48/2006 de 29 de Agosto.<sup>7</sup>

Com efeito, foi a Constituição da República Portuguesa de 1976 que ao atribuir ao Tribunal um estatuto claro, consagrou-o como um órgão de soberania, com a especificidade *única* de controlar, de modo externo e independente, a atividade financeira do Estado, nos domínios das receitas, das despesas e do património público, sendo ainda o único Tribunal com competência constitucional para efetivar responsabilidades financeiras.

Bem se entende o embasamento da primeira reforma. A adesão, em 1986, de Portugal às Comunidades Europeias fundamentou esta importante alteração legislativa, inscrevendo, na alínea f) do art.º 8º da Lei n.º 86/89 de 8 de Setembro, que compete ao Tribunal de Contas “*assegurar, no âmbito nacional, a fiscalização da aplicação dos recursos financeiros oriundos das Comunidades Europeias, de acordo com o direito aplicável e em cooperação com os órgãos comunitários competentes*”<sup>8</sup>.

E aqui compete referir que a evolução da instituição Tribunal de Contas não foi (nem poderia ser), alheia quer ao circunstancialismo legal comunitário, quer às normas profissionais estabelecidas por organizações internacionais, as quais, atendendo à natureza deste Tribunal, o mesmo integra.<sup>9</sup>

Com a entrada em vigor da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto – segundo momento fundamental, na evolução estrutural do Tribunal – vemos consagrado, em definitivo, o princípio geral de sujeição à jurisdição do

---

<sup>7</sup>Cfr. TAVARES, José F. F., *op. cit.*, pp. 482-483, as alterações mais significativas introduzidas, passaram “*por uma alteração do paradigma subjetivo para um paradigma objetivo, segundo o princípio da perseguição do dinheiro e valores públicos onde quer que eles se encontrem; um alargamento do âmbito de jurisdição do Tribunal, com maior atribuição de responsabilidades no âmbito da prevenção da corrupção; Responsabilização dos órgãos de controlo interno pelos indícios de existência de infração financeira; responsabilização individual, em que a penalização incide sobre o indivíduo e não sobre a entidade e emissão de recomendações e seu acatamento pela entidade auditada, já que a sanção, sendo importante, não constitui o fim do processo. Mais do que isso, é necessário a prevenção da infração, da ilegalidade e corrupção.*”.

<sup>8</sup> Igualmente neste sentido dispõe agora a alínea h) do n.º 1, do art.º 5º da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

<sup>9</sup> E que são o Tribunal de Contas Europeu (TCE), a INTOSAI (*International Organization of Supreme Audit Institutions*), a Organização dos Tribunais de Contas da CPLP (Comunidade de Países de Língua Portuguesa), a EUROSAI (*European Organisation of Supreme Audit Institutions*), a OLACEFS (*Organización Latino Americana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores*), o Banco Mundial, a EES (*European Evaluation Society*), o *International Board of Auditors for NATO*, a IFAC (*International Federation of Accountants*) e o GRECO (*Group of States against Corruption*) do Conselho da Europa.

Tribunal de Contas de qualquer gestor público<sup>10</sup> e/ou beneficiário (privado) de dinheiros públicos. Destarte, ao autonomizar as funções de controlo/auditoria por um lado e jurisdicionais (do julgamento de responsabilidades financeiras), por outro<sup>11</sup>, estabelece as premissas do *controlo* e da *avaliação* como instrumentos fundamentais de aferição da boa administração da *res publica*, sendo certo que estes poderes – de fiscalização e jurisdicionais – imbricam-se, no âmbito do nosso sistema de controlo. Àquela autonomização esteve também subjacente a ideia de que os Juizes Conselheiros, responsáveis pelos Departamentos de Auditoria não devem intervir na função jurisdicional, consistindo aqueles dois instrumentos, momentos independentes entre si e no âmbito da estrutura orgânica do Tribunal.<sup>12</sup>

Na terceira reforma ocorrida em 2006, traduzida no alargamento do regime de responsabilidade financeira, o espectro de entidades sob jurisdição do Tribunal de Contas foi alargado, com a entrada em vigor da Lei nº 48/2006 de 29 de Agosto. Com efeito, para além do Estado, Regiões Autónomas, Autarquias Locais, Institutos Públicos e Institutos da Segurança Social, até então as únicas entidades sujeitas cumulativamente aos poderes de controlo financeiro e de jurisdição do Tribunal de Contas, as entidades de natureza empresarial e associativa e todas aquelas que beneficiem de valores e dinheiros públicos, passam a estar sujeitas não só ao controlo financeiro mas também à jurisdição deste Tribunal<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Os conceitos de "gestor público" e de "gestor da coisa pública", apesar de relacionados, para efeitos da ação do Tribunal de Contas, distinguem-se, desde logo, quer pela natureza das funções e do modo de organização da sua atividade, quer pela natureza dos meios empregues ou utilizados: titularidade, utilização ou guarda de dinheiros ou outros valores públicos, sendo, por isso, este último, de maior abrangência. Relativamente ao primeiro conceito, aquele encontra definição no Decreto-Lei nº 71/2007 de 27 de Março. Neste sentido, vd. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, in "*A responsabilidade financeira do Gestor da Coisa Pública*", Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol. II – Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ed. Almedina, 2010, p. 245.

<sup>11</sup> Desde logo, com a criação da 3ª Secção, a qual tem como escopo julgar processos de efetivação de responsabilidades financeiras e de multa – art.º 15º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

<sup>12</sup> De algum modo à semelhança da estrutura acusatória do processo penal português, prevista na primeira parte do nº 5 do art.º 32º da CRP, em que o princípio do acusatório nos remete precisamente para a diferente identidade entre o juiz que interfire nas fases de inquérito e/ou instrução e, por fim, de julgamento. A este respeito, vd. Acórdãos Tribunal Constitucional nº 219/89 e nº 124/90.

<sup>13</sup> Vd. o art.º 2º, sob a epígrafe "*Âmbito de Competência*" e ainda a alínea e) do art.º 5º - "*Competência material essencial*", ambos da LOPTC.

O principal fundamento desta alteração legislativa residiu no facto de se ter constatado que importantes fluxos financeiros, movimentados por aquelas, se encontravam subtraídos à efetivação de responsabilidades financeiras, pelo Tribunal. Obtiveram-se, assim, ganhos consideráveis ao nível da eficiência do controlo sobre a utilização de fundos públicos e a possibilidade de responsabilização pela utilização dos mesmos, independentemente da natureza da entidade.<sup>14</sup>

Não obstante o alargamento do leque de entidades que independentemente da sua natureza estão sujeitas aos poderes de controlo financeiros e jurisdição do Tribunal de Contas, importa, aqui chegados, destringir entre entidades sujeitas ao controlo financeiro do Tribunal de Contas e entidades obrigadas a *prestar contas*. O art.º 51º da LOPTC elenca exhaustiva e taxativamente as entidades que *prestam contas*, dispondo o art.º 52º as regras e prazos de envio daquelas, à entidade de controlo.

Esta *prestação de contas* não deverá ser confundida com a sujeição de entidades de natureza privada - mas beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros e valores públicos - ao controlo financeiro do Tribunal de Contas, exercido por via da realização de auditorias de qualquer tipo e natureza, por sua iniciativa ou a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, a estes entes de natureza privada<sup>15</sup>. Das conclusões alcançadas, expressas em relatório de auditoria, verificando-se a existência de indícios de infração financeira, e por força das disposições conjugadas do n.º 2 do art.º 55º e n.º 4 do art.º 54º, deve o Ministério Público ser notificado do relatório final aprovado, para efeitos de eventual introdução do mesmo, em juízo. A determinação de responsabilidade financeira dos entes privados “*deverá ater-se aos factos típicos constitutivos de responsabilidade (previstos nos artigos 59º, 60º e 65º) e às obrigações legais que sobre o agente em causa recaem no que toca à utilização*

---

<sup>14</sup> Como dizia RAWLS, John, in “*Uma Teoria da Justiça*”, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 298 “A relação específica de bens públicos produzidos e os procedimentos adotados para limitar os danos públicos, dependem da sociedade em questão. Não se trata de uma questão de lógica institucional, mas de sociologia política, que abrange o modo pelo qual as instituições afetam o saldo de benefícios políticos”.

<sup>15</sup> Vd. art.º 55º da LOPTC.

*ou gestão dos dinheiros e valores públicos*” (cfr. afirma Guilherme D’Oliveira Martins, 2010).<sup>16</sup>

Para além do fundamento acima elencado, a Lei n° 48/2006 de 29 de Agosto, introduziu outra relevante modificação no que concerne à relação do Tribunal com os serviços de controlo interno<sup>17</sup>, sujeitos a um *especial dever de colaboração* com o Tribunal. Assim, sempre que estes serviços detetem, através de auditorias internas, processos disciplinares e outros, indícios do cometimento de infrações financeiras, identificados os eventuais responsáveis e após decisão ministerial ou do órgão competente para apreciar aqueles relatórios, os quais deverão cumprir integralmente os requisitos previstos na alínea b) do n° 2 do art.º 12º da LOPTC, poderão ser introduzidos em juízo, no Tribunal, atento o disposto na alínea c) do n° 1 do art.º 89º da LOPTC, pelos próprios órgãos de controlo interno (OCI). Atente-se nesta última afirmação. A mesma - esclarece-nos o n° 2 do art.º 89º da LOPTC - traduz-se no chamado *direito de ação*, ainda que com carácter subsidiário, relativamente à prévia decisão do Ministério Público, notificado nos termos do n° 1 do art.º 57º da LOPTC.

Também sobre esta matéria, foi a Lei n° 48/2006 que introduziu importante alteração. Até então, era prática os relatórios dos OCI serem remetidos aos juízes da 1ª ou da 2ª Secção do Tribunal, para efeitos de aprovação. Bastará atentar no n° 2 do art.º 57º da LOPTC, agora em vigor, para percebermos que se pretendeu erradicar esta necessidade, possibilitando aos OCI, diretamente, a hipótese de introdução em juízo, dos seus relatórios

---

<sup>16</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme D’Oliveira, “A responsabilidade financeira do Gestor da Coisa Pública”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol. II – Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ed. Almedina, 2010, p. 253.

<sup>17</sup> Por serviços de controlo interno, cfr. disposição do n° 1 do art.º 12º da LOPTC, falamos de “inspeções-gerais ou quaisquer outras entidades de controlo ou auditoria dos serviços e organismos da Administração Pública, bem como das entidades que integram o sector público empresarial”. Em 2013, os organismos que remeteram relatórios ao Tribunal de Contas, por indícios de infrações financeiras, foram a IGF (*Inspeção-Geral de Finanças*), IGAS (*Inspeção-Geral de Atividades em Saúde*), DGCI/ATA (*Direção-Geral de Impostos/Autoridade Tributária e Aduaneira*), IGSJ (*Inspeção-Geral dos Serviços de Justiça*), IGDN (*Inspeção-Geral da Defesa Nacional*), IGAC (*Inspeção-Geral das Atividades Culturais*) e IGAMAOT (*Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território*), cfr. Relatório de Atividades de 2013 do Tribunal de Contas.

(ainda que com prévia notificação dos mesmos, ao Ministério Público, junto do Tribunal de Contas).

É certo que o Ministério Público detém competência para arquivar, fundamentadamente, aqueles relatórios. No entanto – e tal possibilidade só existe desde 2006 – os OCI podem exercer o direito de ação, trinta dias decorridos da publicação do despacho do Ministério Público que declare não requerer procedimento jurisdicional.

Apesar desta acertada alteração legislativa, consumada em 2006, existem, a nosso ver, atualmente dois óbices a transpor, para uma eficaz efetivação do especial dever de colaboração, previsto no n.º 1 do art.º 12.º da LOPTC, pelos OCI e que são:

*Primo*, consciencialização efetiva do direito postulado na lei, relativo à possibilidade de introduzir em juízo os seus relatórios, independentemente da decisão do Ministério Público, junto do Tribunal de Contas, através do exercício do direito de ação;

*Secundo*, aquilatar-se sobre a taxa de arquivamento daqueles relatórios, pelo Ministério Público, apurando, desse modo, sobre se se impõe harmonizar procedimentos, viabilizando a sua introdução em juízo.<sup>18</sup>

Aqui chegados, importa introduzir uma brevíssima nota sobre o Sistema de Controlo Interno<sup>19</sup>, vigente desde 1998, na Administração Pública portuguesa, por força da publicação do Decreto-Lei n.º 166/98 de 25 de Junho. No âmbito deste sistema, e enquanto órgão supremo do controlo financeiro externo, da Administração Pública central, regional autónoma, local autárquica e sobre o sector público empresarial<sup>20</sup>, o Presidente do Tribunal de Contas, conforme disposto no n.º 4 do art.º 12.º da LOPTC, “*Poderá reunir com*

---

<sup>18</sup> Em 2013, dos 99 relatórios existentes no Ministério Público, remetidos por OCI, 34 foram arquivados, por discordância da qualificação jurídica evidenciada nos mesmos, como infração financeira, encontrando-se ainda por analisar à data de elaboração do documento, 33 relatórios de OCI. Disponível em: [http://www.tcontas.pt/pt/atos/reLanual/2013/ra2013\\_estatistica\\_indicadores.pdf](http://www.tcontas.pt/pt/atos/reLanual/2013/ra2013_estatistica_indicadores.pdf). [Consultado em 18.11.2014]. A preocupação foi aliás já revelada em 2011, por MARTINS/Guilherme D'Oliveira, TAVARES/José F. F., in “*O Tribunal de Contas na ordem constitucional portuguesa*”, Lisboa, 2011, p. 41.

<sup>19</sup> Tema ao qual voltaremos no Capítulo II.

<sup>20</sup> Ainda que de acordo com critérios de “seletividade do controlo” e de “oportunidade/atualidade do controlo”, cfr. descrito por TAVARES, José F. F., in “*O Controlo Interno na Administração Pública*”, Seminário organizado pela Inspeção-Geral de Finanças, Lisboa, 1996, realizado nos dias 27 e 28 de Novembro.

*os Inspectores-Gerais e auditores da Administração Pública para promover o intercâmbio de informações, quanto aos respetivos programas de atividades e a harmonização de critérios do controlo externo e interno”.*

Esta disposição, já existente aquando da reforma de 2006, e à qual, a nosso ver, deverá ser dada especial atenção - considerando que a construção do edifício [sistema de controlo interno da AP], apresenta ainda *buracos negros*, a colmatar - reveste, fundamentalmente e num quadro desejável de apreciação de eficácia, pelo órgão de controlo externo – Tribunal de Contas – da ação dos OCI, especial importância no que concerne ao investimento acrescido de futuro, ao nível da coordenação de metodologias e conjugação de esforços.<sup>21</sup>

### **1.3. A competência e atribuições no âmbito de uma jurisdição própria**

Para o exercício da sua jurisdição, o Tribunal de Contas dispõe de competência e atribuições.

Guilherme D’Oliveira Martins (2010) define o conceito de jurisdição no âmbito do Tribunal de Contas como “*o poder complexo de julgar as contas e demandar judicialmente os respetivos responsáveis. (...) A jurisdição distingue-se (...) dos poderes gerais de controlo do Tribunal, como seja a realização de auditorias ou a fiscalização concomitante*”.<sup>22</sup>

Com efeito, o Tribunal de Contas possui uma jurisdição própria, caracterizável no âmbito *territorial, subjetivo e material*.

---

<sup>21</sup> Neste sentido, atente-se nas várias conclusões e recomendações, nomeadamente da INTOSAI - VIII Congresso (Madrid, 1974) – recomenda-se que as ISC concretizem uma ação sistemática e contínua tendente à criação e/ou aperfeiçoamento dos sistemas e unidades de controlo interno; IX Congresso (Lima, Perú, 1977), conhecida como Declaração de Lima, na qual se prevê que compete às ISC apreciar a eficácia dos OCI. Na sequência destes Congressos, foi apresentado em 1992 o estudo “Diretivas para a elaboração de normas de controlo interno”, o qual conclui, em suma, que o controlo interno é um instrumento de gestão indispensável para garantir que os objetivos do gestor (no sentido de responsável pela adequação de uma eficaz estrutura de controlo interno) estão em vias de serem realizados. Também a EUROSAI se debruçou sobre o tema, no seu 3º Congresso (Praga, 1996), concluindo que o desenvolvimento das relações entre as ISC e os OCI é fundamental para o bem dos países.

<sup>22</sup> MARTINS, Guilherme D’Oliveira, in “*A responsabilidade financeira do Gestor da Coisa Pública*”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol. II – Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ed. Almedina, 2010, p. 244.

Assim, a *jurisdição territorial* abrange todo o território nacional e ainda os serviços públicos nacionais em território estrangeiro<sup>23</sup>.

A *jurisdição subjetiva* do Tribunal foi alvo de diversos alargamentos, ao longo do tempo. Com efeito, para além da Administração Pública central, regional autónoma e local, direta e indireta, em 1996<sup>24</sup> também o setor empresarial público, as fundações de direito privado e as empresas concessionárias da gestão de empresas públicas (para destacar as mais entidades mais relevantes), passaram a estar sujeitas à jurisdição subjetiva do Tribunal o que ficou consolidado com a Lei n.º 98/97, que igualmente dispôs no n.º 3 do art.º 2.º da LOPTC<sup>25</sup> que *estão sujeitas ao controlo financeiro do Tribunal de Contas as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos, ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos. Define-se assim, em definitivo, o princípio de perseguição dos dinheiros públicos*<sup>26</sup> onde quer que eles se encontrem.

A Lei n.º 48/2006 veio, finalmente, como se referiu, estender o poder de o Tribunal efetivar responsabilidades financeiras a todas as entidades, sem distinção.

Por último, no que concerne à *matéria*, a jurisdição do Tribunal de Contas incide sobre as despesas e receitas públicas<sup>27</sup>, atividades de gestão (pública ou privada, desde que envolva dinheiros ou valores públicos) e património.

---

<sup>23</sup> Exemplo: Serviços Consulares, Serviços da Rede Externa do Instituto Camões, entre outros.

<sup>24</sup> Com a entrada em vigor da Lei n.º 14/96 de 20 de Abril.

<sup>25</sup> Alterado em 2006, com a Lei n.º 48/2006 de 29 de Agosto. Até então, as entidades de qualquer natureza, que fossem destinatárias de dinheiros ou valores públicos, estavam apenas sujeitas ao controlo financeiro do Tribunal, mas excluídas do âmbito de jurisdição, o que impactava desde logo, ao nível da legitimidade (ou da falta dela), para apuramento de responsabilidades financeiras.

<sup>26</sup> Sob a forma de despesa, receita ou património.

<sup>27</sup> Apesar do ordenamento jurídico ter sempre sujeitado à jurisdição do Tribunal de Contas as receitas públicas, a Lei Fundamental, no art.º 214º e preceitos anteriores correspondentes, não associa, desde logo, à definição do Tribunal de Contas, o universo das receitas.

No quadro da sua jurisdição, ao Tribunal são atribuídas competências que se traduzem na sua atividade: são as várias “instâncias de decisão”, distintas quanto à sua *natureza*, *conteúdo* e ao *momento* do seu exercício.

Quanto à natureza e momento do exercício dos poderes, atentemos na seguinte distinção: a competência de fiscalização/controlo, exercidos pela 1ª e 2ª Secções, ao nível, respetivamente, da fiscalização prévia e concomitante e fiscalização sucessiva, e a jurisdicional, traduzida nos julgamentos de contas e de responsabilidade financeira, efetivados na 3ª Secção. No que concerne ao conteúdo daquelas competências, realça-se o controlo da legalidade formal e substancial<sup>28</sup> e o poder de avaliação<sup>29</sup>, do Tribunal.

### **1.3.1. Dos conflitos de competência**

Como se define o Tribunal de Contas quanto a eventuais conflitos de competência e de jurisdição, com os outros órgãos jurisdicionais existentes na ordem jurídica nacional?

Ora, sendo o Tribunal de Contas único e autónomo na sua categoria constitucional, inexistente a possibilidade de eventuais conflitos de competência<sup>30</sup> com outras jurisdições. O mesmo é dizer que a responsabilização de determinado agente pela prática de ilícitos financeiros, não exclui a possibilidade de arguição e eventual subsequente condenação, junto de qualquer outra categoria de tribunais, e pelos mesmos factos, do mesmo agente, por responsabilidade de outra natureza, que não financeira.

---

<sup>28</sup> Incluindo não só a verificação dos critérios legais *stricto sensu*, mas também a apreciação da boa gestão financeira, segundo valores de eficiência, eficácia e *qualitas* e da fiabilidade dos sistemas de controlo interno.

<sup>29</sup> Da adequação dos objetivos às necessidades identificadas, de acordo com critérios de pertinência e oportunidade, através de métodos específicos (como sejam: inquéritos estatísticos, estudos de natureza diversa, etc.), com equipas, de preferência, multidisciplinares.

<sup>30</sup> Atente-se na definição que provem do art.º 115º do Código de Processo Civil, de conflitos de competência (negativo e positivo) e de jurisdição.

### 1.3.2. Dos conflitos de jurisdição

Já no que concerne à potencial ocorrência de conflito com outras jurisdições, a LOPTC invoca a única circunstância – no plano teórico - passível de verificação: conflito de competência com a jurisdição administrativa, mais propriamente, com o Supremo Tribunal Administrativo, ao nível da fiscalização prévia - como se sabe, exercida pela 1ª Secção - considerando que os contratos que apenas produzem efeitos após serem visados pelo Tribunal de Contas, também poderão ser objeto de apreciação pelos tribunais administrativos, considerando a legislação do contencioso administrativo (ETAF<sup>31</sup> e LEPTA<sup>32</sup>).<sup>33</sup> Porém, não será, a existir, este, um verdadeiro conflito (positivo ou negativo) de jurisdição, isto porque ambos os Tribunais exercem as suas competências, distintas por lei.

### 1.4. As relações institucionais

Como vimos, o Tribunal de Contas insere-se constitucionalmente no elenco dos Tribunais<sup>34</sup>. Ainda que sujeito ao princípio estruturante do Estado de Direito democrático, previsto na CRP – art.º111º - o princípio da separação de poderes<sup>35</sup>, mantém, nomeadamente com outros órgãos de soberania – o

---

<sup>31</sup> ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

<sup>32</sup> LEPTA – Lei de Processo dos Tribunais Administrativos.

<sup>33</sup> Cfr. nº 3 do art.º 1º da LOPTC. TAVARES, José F. F., in *"Estudos de Administração e Finanças Públicas"*, Ed. Almedina, 2014, 2ª Ed. atualizada, p. 231, considera que a haver possibilidade de conflito, poderá o mesmo ocorrer também com os demais tribunais administrativos.

<sup>34</sup> Cfr. art.ºs 209º a 214º da CRP.

<sup>35</sup> No início do Séc. XX, a teoria do Princípio da Separação e Interdependência de poderes conheceu uma reformulação, perante o reconhecimento que nem sempre a atividade administrativa é aplicadora e executora da lei, mas também constitutiva e criativa de direito, tornando-se, portanto, inadequando reduzir aquele princípio à exigência da separação total entre aquelas funções. Assim, hoje verifica-se uma interdependência orgânico-funcional entre as várias funções do Estado, sem, contudo, que cada uma daquelas funções continue a exercer certo tipo de poder, materializado nas competências do seus órgãos. CADILHA, António, *"Os Poderes e Pronúncia Jurisdicionais na ação de condenação à prática de ato devido e os limites funcionais da justiça administrativa"* in *"Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, II Volume"* ed. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pág.167.

Parlamento e o Executivo, relações institucionais, balizadas por outro princípio fundamental, o da independência<sup>36</sup>.

Em nome dessas relações, plasmadas na Lei Fundamental e na LOPTC, o Tribunal de Contas assiste tecnicamente o Parlamento, mediante a prolação de parecer sobre a Conta Geral do Estado<sup>37</sup> o qual consiste num juízo sobre a regularidade e a legalidade da execução orçamental, bem como sobre a eficiência e eficácia da gestão efetuada e a fiabilidade do sistema de controlo interno. Por seu turno, o Parlamento pode solicitar ao Tribunal a execução de quaisquer auditorias à atividade desenvolvida por qualquer entidade pública ou privada, desde que sujeita aos seus poderes de controlo. Por fim, pode ainda o Parlamento solicitar ao Tribunal a emissão de pareceres de carácter consultivo, durante o processo de elaboração de projetos de lei sobre matérias financeiras<sup>38</sup>.

De acordo com a alínea g) do n.º 1 do art.º 5º da LOPTC, o Governo pode solicitar ao Tribunal, a qualquer momento, auditorias de qualquer tipo ou natureza, a determinados atos, procedimentos ou aspetos da gestão financeira desenvolvida por qualquer entidade sujeita ao seu poder de controlo. Ao Tribunal podem ainda ser solicitados, pelo Governo, pareceres sobre projetos de lei de natureza financeira. Por seu turno, o Tribunal pode, por iniciativa própria, propor ao Governo a adoção de medidas legislativas, que considere necessárias ao exercício das suas competências.<sup>39</sup>

O Tribunal de Contas estabelece ainda relações com o Ministério Público e os órgãos de controlo interno da Administração Pública. Sobre estas, debruçar-nos-emos em detalhe nos capítulos seguintes.

---

<sup>36</sup> Cfr. n.º1 do art.º 7º da LOPTC.

<sup>37</sup> Sendo certo que o Parlamento apenas pode tomar a Conta Geral do Estado, acompanhada deste Parecer.

<sup>38</sup> Cfr. alínea g) do n.º 1 do art.º 5º e n.º 1 do art.º 55º, n.º 2 do art.º 5º, todos da LOPTC.

<sup>39</sup> Cfr. "*O Tribunal de Contas na Atualidade*", disponível em

[http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit\\_act.pdf](http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf) (Consultado em 24.11.2014).

### 1.4.1. A intervenção dos Tribunais de Contas e instituições congéneres, nas modernas políticas públicas

Num Estado de Direito democrático, as instituições superiores de controlo<sup>40</sup> garantem uma efetiva *democracia financeira*. Perspetivar o futuro de uma vetusta Instituição como o Tribunal de Contas de Portugal, impõe atentar nas atuais orientações das Organizações internacionais como a INTOSAI, a EUROSAI, a OISC/CPLP<sup>41</sup>, a OLACEFS, a OCDE e o Banco Mundial e, devendo ainda considerar os conceitos das modernas políticas públicas, dos quais destacamos os de *governance*, *new public management* e *accountability*.

Nas últimas três décadas, o conceito de *governance* adquiriu grande importância. Com efeito, na década de 90, foi publicado em Inglaterra o *Cadbury Report* – com base no Código das Melhores Práticas de Governança corporativa; Em 1992 o COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) publicou o “*Internal control – integrated framework*”; Em 2002, nos EUA, foi publicada a Lei *Sarbanes-Oxley*, com o objetivo de melhorar os controlos para garantir a fidedignidade das informações constantes de relatórios financeiros. No mesmo ano, na Europa, foi fundado o *European Corporate Governance Institute*. Este conceito aplicável à gestão privada conheceu recentemente uma primeira experiência de aplicação à Administração Pública<sup>42</sup>, visando garantir que a liderança é executada de modo ético, transparente, íntegro, responsável e comprometido; que são criados mecanismos de controlo da corrupção; que são implementados códigos de valores éticos e conduta; que as comunicações são efetuadas de modo

---

<sup>40</sup> Não arriscamos uma definição de instituição superior de controlo, considerando os diferentes sistemas existentes, a que nos dedicaremos no capítulo seguinte, em detalhe. Porém, sempre se dirá que contribuirão fortemente para qualquer definição da expressão, determinadas características comuns a estas instituições, a saber: expressão constitucional, carácter externo da atividade desenvolvida - acima dos tradicionais poderes legislativo, executivo e judicial, objetividade e imparcialidade, competência técnica e independência.

<sup>41</sup> Organização das Instituições Superiores de Controlo/Comunidade de Países de Língua Portuguesa.

<sup>42</sup> Em 2005, a OCDE publicou o documento *OCDE Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, (acessível em [http://www.ecgi.org/codes/documents/oecd\\_soe\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/oecd_soe_en.pdf)) [Consultado em 19.11.14], aplicando um conceito até então da gestão privada, à gestão pública. No mesmo ano, em Inglaterra, foi publicado o primeiro *Corporate Governance in Central Government Departments: Code of Good Practice*, de aplicação ao sector público, com enfoque nos departamentos ministeriais, o qual foi revisto em 2011. Acessível em [http://www.ecgi.org/codes/documents/cg\\_government\\_uk\\_jul2011\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_government_uk_jul2011_en.pdf) [Consultado em 19.11.2014]

transparente e efetivo e, por fim, que os vários *stakeholders* são realmente envolvidos, no processo de *governance*<sup>43</sup>.

São princípios de *public governance*<sup>44</sup>, de acordo com o Banco Mundial (WORLD BANK, 2007)<sup>45</sup>: a legitimidade<sup>46</sup>, a equidade, a responsabilidade, a eficiência, a probidade<sup>47</sup>, a transparência e a *accountability*<sup>48</sup>.

Interliga-se necessariamente com esta corrente de políticas públicas, o conceito de *new public management*, ou de moderna gestão pública. O enfoque desta teoria de reforma da Administração Pública está na adaptação à gestão pública, dos princípios subjacentes à gestão privada, pressupondo a redução da máquina administrativa do Estado, o aumento da sua eficiência (mediante por exemplo a contração da despesa) e a responsabilização dos atores políticos.

As características fundamentais destes dois conceitos conduzem-nos, por fim, ao conceito essencial de *accountability*, o qual se pode, de modo linear, traduzir como a obrigação de prestar contas. Efetivamente, não é possível

---

<sup>43</sup> Cfr. BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Referencial Básico de governança*/Tribunal de Contas da União – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, 2013. p. 53.

<sup>44</sup> Corrente adaptada da similar, utilizada pelo sector privado, conhecida por *corporate governance*. Em Portugal, à semelhança do que acontece em vários Estados, existe o Instituto Português de Corporate Governance, o qual tem por objetivo a investigação e divulgação dos princípios de *corporate governance* (cfr. art.º 3º dos Estatutos daquele Instituto, disponíveis em [http://www.cgov.pt/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2&Itemid=7](http://www.cgov.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=2&Itemid=7)), (Consultado em 21.11.2014).

<sup>45</sup> Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/EXTGLOREGPARPROG/Resources/sourcebook.pdf> [Consultado em 18.11.14].

<sup>46</sup> Enquanto princípio jurídico fundamental do Estado de Direito.

<sup>47</sup> Cfr. IFAC 2001.

<sup>48</sup> O conceito de *accountability* foi pela primeira vez utilizado por Samuel Williams, em 1794, a propósito da descrição do Governo dos nativos americanos que viviam em Vermont (EUA). Para esclarecimento sobre a noção de *accountability* aplicada às Instituições Superiores de Controlo, vd. INTOSAI GOV 9100 (*Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector*), (disponível em [http://www.issai.org/media/13329/intosai\\_gov\\_9100\\_e.pdf](http://www.issai.org/media/13329/intosai_gov_9100_e.pdf)) [Consultado em 18.11.2014]: "é o processo pelo qual as organizações públicas e gestores da coisa pública, são responsáveis pelas suas decisões e ações, incluindo a gestão de fundos públicos, a equidade e todos os aspetos do desempenho. Isto será realizado pelo desenvolvimento, manutenção e disponibilização de informações financeiras e não-financeiras fiáveis e relevantes e por meio de uma comunicação eficaz das informações contidas nos relatórios, divulgados interna e externamente. As informações não financeiras deverão estar relacionadas com a economia, eficiência e eficácia das políticas e operações (informação de desempenho), e do controlo interno e sua eficácia." (Tradução livre).

querer [e conseguir] uma Administração Pública mais eficaz, eficiente e transparente, sem exigir aos seus gestores responsabilidades, mediante a criação (ou o desenvolvimento) de uma forma percuciente de as efetivar, afeta a um controlo financeiro rigoroso, realizado por entidades externas e independentes. Mas o conceito de *accountability* não está isento de dificuldades de interpretação. Com efeito, alguns autores optam por considerar *accountability* como um *dever ou responsabilidade* (Jones & Stewart, 2009), outros como um *processo* (Ackerman 2005), (Schedler *et al* 1999) e outros, ainda, como uma *relação* (Stapenhurst e O'Brien sem data), (Lawson e Rakner 2005), (Newell & Wheeler, 2006) e (O'Neill *et al* 2007).

#### **1.4.2.A *public accountability* no domínio das Instituições Superiores de Controlo**

Focamo-nos no entendimento sobre a *public accountability*, porquanto o papel das instituições superiores de controlo é, neste domínio, essencial.

Na forma atual de governação pública, a *public accountability*<sup>49</sup> é simultaneamente um *instrumento* e um *objetivo*. Um instrumento de eficiência e eficácia das organizações públicas, mas também um objetivo das mesmas, perante, por exemplo, instâncias superiores de controlo.

O conceito pode definir-se como referente a matérias do domínio público, como sejam o gasto de dinheiros públicos, o exercício de autoridade pública e a conduta das instituições públicas. Não está necessariamente limitado a este tipo de instituições, podendo estender-se a organizações privadas que beneficiam de privilégios públicos ou que sejam recetores de fundos públicos.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> A expressão "*Public*" utilizada num duplo sentido: por um lado, enquanto qualificação da prestação de contas como aberta e transparente, e por outro, como sendo executada por uma entidade pública.

<sup>50</sup> A definição é proposta por SCOTT, Colin, in '*Accountability in the Regulatory State*', *Journal of Law and Society*, 27,1: 38-60, *apud* BOVENS, Mark, in "*Public Accountability – A framework for the analysis and assessment of accountability arrangements in the public domain*", 2000, disponível em: [http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.qub.ac.uk%2Fpolproj%2Freneg%2Fcontested\\_meanings%2FBovens\\_Public%2520Accountability.connex2.doc&ei=fjV3VLfAMczTajyvgAP&usq=AFQjCNHCKAihAkxxl\\_sl2\\_eT\\_cGAWmQTgg&bvm=bv.80642063.d.ZGU.](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.qub.ac.uk%2Fpolproj%2Freneg%2Fcontested_meanings%2FBovens_Public%2520Accountability.connex2.doc&ei=fjV3VLfAMczTajyvgAP&usq=AFQjCNHCKAihAkxxl_sl2_eT_cGAWmQTgg&bvm=bv.80642063.d.ZGU.) [Consultado em 27.11.2014].

Doutrinariamente são definidas várias estruturas de *accountability*, baseadas na natureza da obrigação: *vertical*<sup>51</sup>, *horizontal* e *diagonal*<sup>52</sup> (nesta última entende-se ainda a subespécie – *social*<sup>53</sup>). As diversidades de distinções encontradas justificam-se face aos vários sistemas de governo existentes.

O Tribunal de Contas, enquanto órgão de controlo supremo das finanças públicas, exerce a chamada *accountability* horizontal<sup>54</sup>. O conceito surgiu com O'Donnell, num estudo publicado em 1998 no *Journal of Democracy*, e traduz-se na “existência de organizações estatais com competências legais e disposta de facto a exercê-las, que vão desde a aplicação de sanções legais ou até o *impeachment*<sup>55</sup> contra ações ou omissões de outras organizações públicas e seus agentes, que possam ser qualificadas como infrações. Aquelas competências devem ser exercidas de modo autónomo” (tradução livre).<sup>56</sup>

A INTOSAI<sup>57</sup> define do seguinte modo, este conceito: os servidores públicos são sujeitos a supervisão e controlo (também denominado “*checks and balances*”), por organizações também de natureza pública (Instituições Superiores de Controlo, Tribunais, *Ombudsman*<sup>58</sup>, Banco Central), as quais

---

<sup>51</sup> Corresponde à responsabilidade dos eleitos, perante os seus eleitores, os quais lhe podem exigir que executem as suas tarefas eficazmente. Vd. “*Improving Democratic Accountability Globally - a Handbook for Legislators on Congressional Oversight in Presidential Systems*”, World Bank Institute, novembro 2013, p. 3.

<sup>52</sup> Este conceito é aplicável a países com sistema de governo Presidencial ou Parlamentar (excluindo-se, portanto, os de sistema Semipresidencial, como Portugal). A doutrina diverge sobre uma definição deste conceito. Contudo, poder-se-á avançar que este tipo de *accountability* se traduz na relação triangular entre cidadãos – instituições superiores de controlo – políticos (eleitos), ao nível das exigências e responsabilidades.

<sup>53</sup> O conceito é relativamente recente. Alguns autores defendem uma dimensão redutora do conceito, definindo-o como a monitorização, pelos cidadãos, dos poderes de autoridade (Peruzzotti and Smulovitz 2006). Outros autores aumentam a capacidade de intervenção dos cidadãos, na definição do conceito, defendendo que estes devem ter papel ativo, por exemplo, na elaboração e defesa de políticas.

<sup>54</sup> Vd. o documento da INTOSAI “*Enhancing Good Governance for Public Assets - Guiding Principles for Implementation*”, Warsaw, 23 de maio, 2013, p. 11.

<sup>55</sup> O termo não tem tradução inequívoca. Podemos, contudo, afirmar, que consiste na possibilidade de fazer cessar o desempenho de funções públicas, pela prática de determinadas infrações.

<sup>56</sup> Vd. KENNEY, Charles D., in “*Horizontal Accountability: Concepts and Conflicts*”, apud “*Democratic Accountability in Latin America*”, MAINWARING, Scott, WELNA, Christopher, Oxford University Press, 2003, p. 57.

<sup>57</sup> Em “*Enhancing Good Governance for Public Assets - Guiding Principles for Implementation*”, Warsaw, 23, May, 2013, p. 11.

<sup>58</sup> Termo originário da Suécia, cuja tradução simples pode ser “Provedor de Justiça”.

detêm competência para questionar e punir um gestor de coisa pública por conduta imprópria<sup>59</sup> (tradução livre).

É alicerçado nesta nova realidade de gestão pública, que o Tribunal de Contas exerce a sua competência, dentro do quadro normativo profissional dimanado de organizações internacionais às quais pertence. Guilherme D'Oliveira Martins (2009)<sup>60</sup> afirma:

*“A este propósito, é de notar que o controlo financeiro do sector público realizado por entidades externas e independentes – Tribunais de Contas e Instituições Congéneres – tem sido amplamente considerado como um esteio fundamental de uma gestão pública eficiente, capaz de responder aos desafios atuais.”*

Assegurar uma resposta adequada e oportuna aos contribuintes, garantir a responsabilidade e transparência na gestão dos dinheiros públicos, acautelar o bom funcionamento do mercado concorrencial ao nível da contratação pública e contribuir para a realização dos princípios de equidade intergeracional e do desenvolvimento económico, introduzindo disciplina na utilização dos dinheiros públicos, sempre com salvaguarda e respeito pela independência da Instituição, são, de acordo com Guilherme D'Oliveira Martins (2010), os desafios futuros que se apresentam à Instituição.<sup>61</sup>

Sob a batuta da *Fondation Nationale des Sciences Politiques*, do *Institute D'Études Politiques – Sciences Po*, de França, encontra-se, desde 2013, em desenvolvimento um estudo científico, denominado APPLAUD (*Accountability and Public Policy Audit in the European Union*), coordenado pelo Prof. Paul Stephenson, que visa analisar a institucionalização da *accountability* e das políticas públicas, no espaço da União Europeia, versando ainda sobre a evolução do papel das ISC, desde os anos 50, na prossecução do controlo de

---

<sup>59</sup> Relacionada com a gestão de dinheiros e fundos públicos, evidentemente.

<sup>60</sup> In "Colóquio Internacional A Moderna Gestão Financeira Pública: uma resposta à crise económica?", Tribunal de Contas, Lisboa, 2009 (por ocasião das comemorações dos 160 anos do Tribunal de Contas).

<sup>61</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., *op. cit.*, p. 471.

recursos públicos. A divulgação de conclusões está prevista para agosto de 2015<sup>62</sup>.

## CAPÍTULO II

### O CONTROLO FINANCEIRO PÚBLICO

*“Todos os espíritos são invisíveis para os que não o possuem,  
e toda a avaliação é um produto do que é avaliado pela  
esfera cognitiva de quem avalia.”*

ARTHUR SHOPENHAUER

#### 2.1. O Sistema nacional de controlo financeiro público

Tavares (1996)<sup>63</sup> define *sistema nacional de controlo* como uma articulação unida e coerente de todos os elementos que o compõem, considerando diversas finalidades ou interesses, não obstante a natureza e as funções específicas de cada componente do sistema. Serão assim partes componentes daquele sistema, os vários órgãos de controlo em determinado domínio, nomeadamente o da atividade financeira pública. A constituição do sistema dependerá de uma exigência, no sentido de satisfazer uma necessidade, com benefícios ao nível do universo a controlar, da harmonização de metodologias e de procedimentos e maior racionalidade do controlo, com a consequente redução dos custos.

Como explica Rangeon (1993)<sup>64</sup>, o controlo *ênfatisa* as questões normativas e assenta na pesquisa de situações desconformes com a lei.

---

<sup>62</sup> Para mais informações relacionadas com este assunto, pode consultar-se o seguinte sítio: <http://www.cee.sciences-po.fr/en/research/to-understand-european-construction-and-its-impact/accountability-and-public-policy-audit-in-the-european-union.html>.

<sup>63</sup> Cfr. TAVARES, José F.F., in “*O Controlo Interno na Administração Pública*”, Lisboa, 1996, p. 45.

<sup>64</sup> *Apud* CABRAL, Nazaré da Costa/MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira, in “*Finanças Públicas e Direito Financeiro*”, Ed. AAFDL, 2014, p. 415.

Controlo Financeiro poder-se-á definir, em ordem de *três fatores* substanciais – quanto ao *objeto* (falamos de controlo orçamental, fiscal, etc.), quanto ao *critério* – o controlo jurídico, extrajurídico ou misto e ainda conforme os *órgãos*, daquele controlo – o controlo interno ou externo. Um *quarto* fator pode ser identificado, de natureza, porém, inorgânica – aquele que é exercido pelos cidadãos e determinadas instituições, através da ação direta<sup>65</sup>.

Toda a estrutura organizativa e funcional do sistema nacional de controlo financeiro assenta em duas realidades distintas – o *controlo interno* e o *controlo externo* (Moreno, 1997)<sup>66</sup>. Sumariamente, o autor distingue as duas formas de controlo, caracterizando a primeira como a resposta técnica às exigências da moderna gestão pública e o segundo como uma resposta do Estado Democrático aos cidadãos contribuintes.

Como assinalam Guilherme D'Oliveira Martins/Tavares (2011), o controlo financeiro da União Europeia, assume, porém, crescente importância, seja na perspetiva do controlo interno, de cariz administrativo, realizado pela Comissão Europeia, seja no âmbito do controlo externo, de matriz independente, desenvolvido pelo Tribunal de Contas Europeu ou mesmo no sentido político, aquele que é aplicado pelo Parlamento e Conselho Europeu. Os autores identificam a cooperação articulada entre as várias instituições incumbidas do controlo, como um “efeito de rede”, i.e., é hoje uma realidade a existência de vários níveis de controlo sobre as entidades dos Estados-Membros, as quais trabalham sinergicamente para um objetivo comum.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Cfr. “*Garantias da Independência das Instituições Superiores de Controlo Financeiro Externo (A experiência portuguesa)*”, in “*As relações das Instituições Superiores de Controlo membros da EUROSAI com os poderes legislativo, executivo e judicial – Contributos das ISC para o Lisboa EUROSAI Seminar*”, 1998, Lisboa EUROSAI Seminar, Lisboa, p. 256.

<sup>66</sup> Vd. MORENO, Carlos, in “*O Sistema Nacional de Controlo Financeiro - Subsídios para a sua apreensão crítica*”, Ed. UAL, Lisboa, 1997, pp. 81-82.

<sup>67</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme D'Oliveira/TAVARES, José F. F., in “*O Tribunal de Contas na ordem constitucional portuguesa*”, Lisboa, 2011, pp. 13-14.

### 2.1.1. A fiscalização das finanças públicas

Na democracia representativa, o controlo externo da atividade financeira pública é exercido em dois planos, conforme ensina Franco (1993)<sup>68</sup>: a *fiscalização política* e a *fiscalização técnico-jurisdicional*.

A primeira, competência do Parlamento<sup>69</sup>, pode incidir sobre aspetos comuns da atuação do Governo e da Administração, ou consistir num exercício especificamente financeiro, como sejam o acompanhamento da execução do Orçamento e a *tomada* de contas, efetuada através da discussão e aprovação política da Conta Geral do Estado, por Resolução da Assembleia da República, conforme previsto no art.º 162º, alínea d) da CRP.<sup>70</sup>

As competências financeiras do Parlamento – decisões financeiras (v.g. aprovação do Orçamento de Estado), competências legislativas em domínios financeiros e poderes financeiros de autorização específica (a título exemplificativo, o caso da autorização parlamento para efeitos de contração de empréstimos), não devem confundir-se com a função de controlo, cfr. explica Franco (1993).

A segunda cabe ao Tribunal de Contas e fundamenta-se em critérios jurídicos, económicos e financeiros: a fiscalização da legalidade financeira, onde cabe a apreciação de critérios de boa gestão dos recursos públicos.<sup>71</sup>

A função jurisdicional do Tribunal de Contas – a jurisdição financeira, por seu turno, apresenta as seguintes características, de acordo com Franco (1993): constitui um poder de autoridade pública, um poder subordinado ao legislativo, admitindo porém margens de discricionariedade conferidas pelo próprio legislador, é um poder essencialmente jurídico (não político) e exerce-

---

<sup>68</sup> Cfr. FRANCO, António de Sousa, in "*O controlo da Administração Pública em Portugal*", Ed. do Tribunal de Contas, Lisboa, 1993, p. 8.

<sup>69</sup> E das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, com as devidas adaptações.

<sup>70</sup> Cfr. FRANCO, António de Sousa, in "*O controlo da Administração Pública em Portugal*", Ed. do Tribunal de Contas, Lisboa, 1993, p. 34 e FRANCO, António de Sousa/TAVARES, José F. F., in *Orçamento – conceito, natureza e regime dos Orçamentos públicos Portugueses*, Lisboa, 2006, atualizado por MARTINS/Guilherme D'Oliveira/TAVARES, José F. F., com a colaboração de PESSANHA, Alexandra, p. 49.

<sup>71</sup> Cfr. FRANCO, António de Sousa/TAVARES, José F. F., in *Orçamento – conceito, natureza e regime dos Orçamentos públicos Portugueses*, Lisboa, 2006, atualizado por MARTINS/Guilherme D'Oliveira/TAVARES, José F. F., com a colaboração de PESSANHA, Alexandra, p. 44.

se mediante a interpretação e aplicação do Direito ou de critérios juridicamente definidos a factos, objeto de indagação e de prova.<sup>72</sup>

O controlo financeiro das finanças públicas, não se esgota no controlo externo exercido pelas entidades descritas. Franco (1993) apresenta um terceiro plano deste controlo: o *administrativo* (controlo interno), executado numa dupla perspetiva: o *autocontrolo* – quando efetuado dentro da própria Administração e o *heterocontrolo*: exterior à organização controlada, mas interno, por estar inserido numa organização mais vasta (v.g. órgãos de tutela, inspeções-gerais).<sup>73</sup>

### **2.1.2. As dimensões do controlo: controlo interno e controlo externo**

Ao procurarmos a correta distinção entre controlo interno e externo, face à utilização dúbia, pela produção legislativa existente, sobre os conceitos<sup>74</sup>, importa, a fim de facilitar uma interpretação rigorosa, atentar nos critérios de distinção, destes dois tipos de controlo, que nos propõe Tavares (1997): o *critério do posicionamento do órgão/serviço de controlo*, reputado de fundamental, e que consiste na diferença apresentada pelo órgão de controlo face à realidade/organização controlada.

De acordo com este critério, o controlo interno é desenvolvido por órgão/serviço inserido na estrutura da organização controlada e traduz-se no *autocontrolo*<sup>75</sup>. Já o controlo exercido por um serviço de controlo, (assim definido quando inserido na macro-organização Administração Pública), por exemplo, pela Inspeção-Geral de Finanças, é um controlo interno quando

---

<sup>72</sup> Cfr. "O Presente e o Futuro das Instituições de Controlo Financeiro com carácter jurisdicional – Notas sobre a jurisdição financeira num mundo em mudança", Conferência do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas de Portugal, Prof. Doutor António de Sousa Franco, por ocasião da inauguração da nova sede do "Consello de Contas de Galicia", Santiago de Compostela, 19 de Maio de 1993, in Revista do Tribunal de Contas, nºs 19 e 20, jul/dez 1993, Tomo I, pp. 95-96.

<sup>73</sup> Cfr. FRANCO, António de Sousa/TAVARES, José F. F., in *Orçamento – conceito, natureza e regime dos Orçamentos públicos Portugueses*, Lisboa, 2006, atualizado por MARTINS/Guilherme D'Oliveira/TAVARES, José F. F., com a colaboração de PESSANHA, Alexandra, p. 46.

<sup>74</sup> Cfr. MORENO, in "O Sistema Nacional de Controlo Financeiro - Subsídios para a sua apreensão crítica", Ed. UAL, Lisboa, 1997, p.123.

<sup>75</sup> Vd. art. nº 53º, nº 1, al. a) do Decreto-Lei nº 155/92 de 28 de Julho.

perspetivado relativamente à macro-organização, mas interno, relativamente ao serviço controlado. De acordo com esta exemplificação, o controlo exercido pelo Tribunal de Contas é sempre controlo externo.

Face à contingência dos conceitos, importa identificar outros critérios de distinção, como sejam, na descrição de Tavares (1997): o da *natureza e dos fins a prosseguir*, segundo o qual é condição de eficácia do sistema de gestão, a existência de um bom sistema de controlo [interno], que deve ser exercido por órgãos e serviços de fiscalização independentes tecnicamente, mas inseridos na estrutura interna da entidade, organismo ou instituição. Estes podem, não obstante, ser fiscalizados por entidade situada externamente, mas a qual, atendendo à estrutura da Administração Pública, em que se inserem, exercem controlo interno.

Por fim, identifica o autor um terceiro critério de distinção - não decisivo - relativamente à *legalidade, à boa gestão financeira e à natureza jurisdicional do controlo*. Não decisivo desde logo porque entende o autor que o controlo exercido pelo Tribunal de Contas, sendo um controlo de legalidade *stricto sensu* e de boa gestão financeira (legalidade substancial ou material), não pode ser confundido<sup>76</sup> como um *controlo político*, o qual é exercido exclusivamente por órgãos políticos, segundo critérios e com objetivos de natureza política. Por outro lado, identificar o controlo exercido pelo Tribunal de Contas com [e apenas] controlo jurisdicional, é também falacioso, uma vez que, para além das funções jurisdicionais acometidas ao Tribunal, o mesmo exerce outras de natureza não jurisdicional (como por exemplo a função opinativa de emissão de Parecer sobre a Conta Geral do Estado).

Concluimos, portanto, que apesar do Tribunal de Contas não efetuar controlo político *stricto sensu*, as consequências ou efeitos do controlo encetado, podem constituir um constrangimento às decisões políticas previamente executadas, condicionando-as, no futuro.

Por seu turno, Moreno (1997) entende que o contexto natural que, num Estado de Direito democrático conduz ao controlo externo, é precisamente a existência de um controlo fora de todo e qualquer nível de gestão, com total

---

<sup>76</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., in "*Estudos de Administração e Finanças Públicas*", Ed. Almedina, 2014, p. 398.

separação e independência desta e dispondo de poderes sobre ela, com o escopo de defender os contribuintes do desenvolvimento não conforme da gestão financeira pública e permitir-lhes um conhecimento isento, objetivo, credível e acrescentamos nós, fiável.

Já no que concerne ao contexto que leva ao controlo interno, esclarece o autor que a gestão moderna, seja pública ou privada de dinheiros públicos, não prescindirá necessariamente de tecnicismo e profissionalismo, pelo que a existência de sistema internos de controlo fiáveis, de avaliação e supervisão da gestão são garante de eficácia dos processos gestionários. Assim, o controlo interno surge naturalmente como uma fase, um elemento, um instrumento técnico da gestão e nela incorporado.

## 2.2. O sistema de controlo interno

A boa gestão é o escopo final do controlo interno da atividade administrativa financeira do Estado. Controlo interno não é uma expressão de definição simples, porém, poder-se-á definir como a atividade de controlo financeiro que se organiza e funciona no interior da gestão financeira<sup>77</sup> da organização a que pertence a entidade controlada. Este controlo é dependente estruturalmente, dos órgãos dirigentes da organização que inclui a entidade controlada<sup>78</sup>.

A existência de uma “cultura de controlo” da administração financeira do Estado é algo recente, na moderna gestão pública portuguesa. Com efeito, a expressão surge no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 166/98 de 25 de Junho, que institui o sistema nacional de controlo interno da Administração financeira do Estado (SCI)<sup>79</sup> definida como um dos objetivos da criação daquele sistema e

---

<sup>77</sup> Conforme afirma SOUSA, Alfredo José de, in “*O Sistema Nacional de Controlo Financeiro em Portugal*”, III Encontro dos Tribunais de Contas dos Países de Língua Portuguesa, realizado em Maputo de 21 a 24 de Outubro de 1997, Ed. Centro de Estudos e Formação dos Tribunais de Contas das Comunidades de Língua Portuguesa, p. 192, o controlo interno é indissociável do sistema de gestão.

<sup>78</sup> Cfr. SILVEIRO, Fernando Xarepe, in “*O Tribunal de Contas, as sociedades comerciais e os dinheiros públicos – contributo para o estudo da atividade de controlo financeiro*”, Coimbra Editora, 2003, p. 114. Esta característica da dependência é precisamente a “pedra de toque” no que tange à distinção entre controlo interno e controlo externo, exercido, necessariamente, por uma entidade independente, como o Tribunal de Contas.

<sup>79</sup> A que nos referimos, brevemente, no Capítulo I deste trabalho e que agora desenvolveremos.

para o qual devem concorrer, de modo correlacionado, as estruturas da administração, permitindo que, nos vários níveis da administração financeira do Estado se assuma de modo generalizado, a consciência da decisiva relevância do controlo como ferramenta de melhoria da gestão.

Dispõe o n.º 1 do art.º 2.º daquele diploma, acerca dos domínios sobre os quais se compreende o SCI: domínio orçamental, económico, financeiro e patrimonial, exercidos de modo articulado e coerente no âmbito da Administração Pública.

O escopo fundamental da criação do SCI é encontrado no n.º 2 do art.º 2.º, quando define controlo interno: fala-nos em *etapas agregadas* a executar, para atingir a legalidade, regularidade e boa gestão – a verificação, o acompanhamento, a avaliação e a informação<sup>80</sup>, dirigidas a *ações de entidades* de direito público ou privado – suas atividades, programas, projetos e operações, com *relevância de gestão e tutela*, dos interesses financeiros públicos, nacionais e comunitários e todos os que se encontrem definidos na lei.

Esta definição de controlo interno resulta da apresentada pelo COSO em 1992, revista em dezembro de 2011 e maio de 2013<sup>81</sup>: Controlo Interno é um processo, executado pelo Conselho de Administração, Direção e outros membros da organização, com o objetivo de proporcionar um grau de confiança razoável, na concretização dos seguintes objetivos – eficácia e eficiência dos recursos, fiabilidade da informação financeira e cumprimentos das leis e normas estabelecidas.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Estas *etapas agregadas*, como as definimos, não coincidem literalmente com as constantes da definição de controlo interno, apresentada pelo COSO (1992), que identifica cinco componentes interrelacionados entre si e que são: o ambiente de controlo, a avaliação e a gestão do risco, as atividades de controlo, a informação e comunicação e a monitorização. É nesta definição de controlo interno que a Comissão Europeia, no final da década de 90, se inspira para definir o PIFC (*Public Internal Financial Control*), que impôs como um *acquis* para todos os Estados Membros e que veio posteriormente a ser adotada pelo Banco Mundial e FMI, entre outros.

<sup>81</sup> As revisões de 2011 e 2013 não incidiram sobre a definição base de “controlo interno”, nem sobre os identificados cinco componentes do mesmo. Pretendeu-se contudo concretizar conceitos, introduzindo princípios e atributos para clarificar o modelo de sistema de controlo interno. Vd. “*Internal Control – Integrated Framework*”, 2011, disponível em [http://www.coso.org/documents/coso\\_framework\\_body\\_v6.pdf](http://www.coso.org/documents/coso_framework_body_v6.pdf) e o documento revisto em 2013: [http://www.coso.org/documents/COSO%20McNallyTransition%20Article-Final%20COSO%20Version%20Proof\\_5-31-13.pdf](http://www.coso.org/documents/COSO%20McNallyTransition%20Article-Final%20COSO%20Version%20Proof_5-31-13.pdf) [Consultado em 13.12.2014].

<sup>82</sup> Tradução livre.

A Comissão Europeia, com base naquela definição, apresenta um modelo estruturado dedicado aos Governos, que lhes permita perceber o “estado da arte” do controlo interno exercidos nos seus países.

Aquele modelo, denominado PIFC (*Public Internal Financial Control*), assenta em três pilares fundamentais – a *accountability* da gestão, a existência de auditoria interna independente e de uma unidade de harmonização de procedimentos que desenvolva normas internas relacionadas com os dois primeiros pilares. É ainda descrito que para a eficácia deste processo, a auditoria externa (o controlo externo), desenvolvido por uma instituição superior de controlo, é essencial. Assim, entre as organizações públicas incumbidas da execução do controlo interno e as que exercem o controlo externo, deve existir cooperação e diálogo construtivo, que permitam atingir um sistema integrado de controlo financeiro público<sup>83</sup>.

Retornando ao sistema de controlo interno nacional, verificamos a consagração de *três níveis de controlo*. Com base no sistema parcialmente instituído, de controlo interno, pelo Decreto-Lei nº 99/94 de 19 de Abril<sup>84</sup>, o qual no seu artigo 37º, dispunha que o sistema nacional de controlo interno dos fluxos financeiros comunitários (e só estes) seria constituído por órgãos que exercem de forma articulada os controlos de alto nível, de segundo nível e de primeiro nível. Nesta senda, Moreno (1997) aponta para a necessidade da criação de uma lei-quadro (que veio mais tarde a existir, com a publicação do Decreto-Lei nº 166/98 de 25 de Junho), enquadrada organizacionalmente também em três níveis: o *primeiro nível*, também designado de controlo micro-gestionário, realizado por serviços, unidades técnicas, órgãos colegiais, comissões de fiscalização, conselhos fiscais, técnicos especializados e até fiscais únicos, integrados na organização controlada, seja ela do setor público administrativo ou do setor empresarial do Estado, diretamente dependentes da gestão de topo, mas independentes técnico-profissionalmente, relativamente àquela gestão; o *segundo nível*, ou controlo interno sectorial, realizado por organizações que se posicionam fora das micro-organizações gestionárias que

---

<sup>83</sup> Vd. “Welcome to the world of PIFC – Public Internal Financial Control”, European Commission, 2006, p. 6.

<sup>84</sup> Este diploma tinha como objetivo essencial o de definir “as grandes linhas da estrutura orgânica de gestão, acompanhamento, avaliação e controlo” da execução do Quadro Comunitário de Apoio (QCA).

compõem o sector e que reportem diretamente aos responsáveis da gestão sectorial, os resultados da sua atividade. Este nível deverá estar dirigido para a avaliação da organização, funcionamento, articulação e fiabilidade dos sistemas de controlo interno de 1º nível, devendo ainda testar a fiabilidade do controlo de 1º nível; o alto nível, ou controlo global da atividade financeira pública, realizado por organismos da administração financeira do Estado, como sejam a Inspeção-Geral de Finanças (IGF) e a Direção-Geral do Orçamento (DGO), reportando diretamente ao Ministro das Finanças.

É isto que vemos de certo modo espelhado no art.º4º do Decreto-Lei nº 166/98 de 25 de Junho, que define a estrutura do sistema de controlo interno, em *três níveis*, como atrás referimos. E que são: o *operacional*, que consiste na verificação, acompanhamento e informação das decisões dos órgãos de gestão das unidades de execução de ações e que é constituído pelos órgãos ou serviços de inspeção, auditoria e fiscalização inseridos na respetiva unidade; o *sectorial*, o qual utilizando as mesmas *etapas agregadas*, incidirá sobre a avaliação do controlo operacional, sendo exercido pelos órgãos sectoriais e regionais de controlo interno; o *estratégico*, centrado na avaliação do controlo operacional e sectorial, bem como sobre a realização das metas traçadas nos instrumentos provisionais, designadamente o Programa de Governo, as Grandes Opções do Plano e o Orçamento do Estado. Este último nível de controlo será horizontal relativamente a toda a administração financeira do Estado no sentido definido pelo art.º 2º do Decreto-Lei nº 158/96 de 3 de Setembro, sendo exercido pela IGF, DGO e Inspeção Financeira da Segurança Social (IGFSS), de acordo com as atribuições legais daqueles organismos.

Todos estes órgãos de controlo devem exercer as suas ações de forma *articulada*, tendo em vista assegurar o funcionamento coerente e racional do sistema nacional de controlo interno, baseado na suficiência, na complementaridade e na relevância das respetivas intervenções, cfr. art.º 5º do Decreto-Lei nº 166/98 de 25 de Junho.

Com vista a garantir que as ações dos órgãos de controlo são exercidas com base nos princípios atrás referidos, foi criado o Conselho Coordenador do SCI (CCSCI), composto por todos os inspetores-gerais, o diretor-geral do Orçamento, pelo presidente do Conselho Diretivo do Instituto de Gestão

Financeira da Segurança Social e pelos demais titulares de órgãos sectoriais e regionais de controlo interno. Este Conselho funciona junto do Ministro das Finanças e é presidido pelo Inspetor-Geral de Finanças.

Junto ao Conselho Coordenador de SCI (CCSCI), tem assento como observador, nos trabalhos sobre os planos e relatórios anuais, o Tribunal de Contas<sup>85</sup>.

A disciplina operativa do SCI e do funcionamento do CCSCI encontram-se plasmadas no Decreto Regulamentar n.º 27/99 de 12 de Novembro, o qual estabelece o princípio geral da cooperação entre serviços e órgãos que compõem o sistema (art.º 2º), especifica as competências do CCSCI e o seu modo de funcionamento.

É este, em suma, o desenho de sistema de controlo interno da administração financeira do Estado, que presentemente existe. Não isento, contudo, de críticas, que apontam para a existência de lacunas e falhas ao nível da sua eficácia. Neste sentido, Tavares (2004)<sup>86</sup> e também Belo (2000)<sup>87</sup> referem que os órgãos de controlo interno, nos seus diferentes níveis, prosseguem finalidades e interesses díspares, porém, não incompatíveis com a criação de um sistema. Por outro lado, defendem os autores que os Tribunais de Contas e órgãos congéneres, em virtude da sua própria razão de ser, da sua natureza e do seu posicionamento, terão que desempenhar no sistema a instituir o papel de coordenação geral, considerando a sua definição como órgãos supremos do controlo das finanças públicas. Por fim, uma articulação eficiente entre os órgãos nacionais de controlo e os órgãos comunitários de controlo é exigível. Ainda nesta senda, Costa (2010)<sup>88</sup> apelida o sistema de controlo existente de ineficiente e pouco eficaz, face à distinção atual entre controlo interno e externo. E vai ainda mais longe, quando assenta a concretização desta premissa na desnecessidade de execução do controlo

---

<sup>85</sup> Cfr. art.º 8º daquele diploma.

<sup>86</sup> Vd. TAVARES, José F.F. "Relações entre órgãos de controlo interno e externo", in "Estudos de Administração e Finanças Públicas", 2014, Ed. Almedina, p. 394.

<sup>87</sup> Vd. BELO, Maria Aurélio, in "A articulação em Portugal do sistema de controlo financeiro, político, técnico e jurisdicional", 2002, Galileu – Revista de Economia e Direito, pp. 103-122.

<sup>88</sup> COSTA, Paulo Nogueira, "O Tribunal de Contas e a Boa Governança - Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal", 2014, Coimbra Editora, p. 77.

prévio exercido atualmente pela 1ª Secção do Tribunal de Contas, face ao controlo exercido pelos órgãos de controlo interno, defendendo que estes últimos são os órgãos adequados ao exercício daquele controlo.

Por fim, importa perceber o que organizações internacionais<sup>89</sup> vêm referindo a este respeito. Do VIII Congresso da INTOSAI, realizado em 1974 em Madrid, recomendou-se que os órgãos de controlo interno, levem a cabo uma ação sistemática e contínua tendente à criação e/ou aperfeiçoamento dos sistemas e unidades de controlo interno. O art.º 3º da Declaração de Lima, proferida pela mesma organização, por ocasião do seu IX Congresso, em Lima, Perú, em 1977, prevê que às ISC, enquanto órgãos de controlo externo, compita apreciar a eficácia dos órgãos de controlo interno, delimitando as respetivas funções, a eventual delegação de funções e a cooperação entre os Tribunais de Contas e os órgãos de controlo interno, sem prejuízo dos Tribunais de Contas realizarem um controlo total.

Em 1992, um estudo da Comissão de elaboração de normas de controlo interno da INTOSAI, estabeleceu *diretivas* para a elaboração daquelas normas de controlo interno, relativas aos conceitos e objetivos daquele controlo; às normas de controlo interno indispensáveis em qualquer país como quadro geral tendo em vista concretizar uma estrutura mínima de controlo interno e à avaliação sistemática da eficácia dessa estrutura. Este estudo conclui que o controlo interno é um instrumento de gestão indispensável para garantir que os objetivos do gestor estão em vias de ser realizados, responsabilizando-o pela implementação, adequação, avaliação e atualização de uma estrutura de controlo interno necessariamente eficaz<sup>90</sup>.

Também a EUROSAI, especialmente no seu 3º Congresso, realizado em Praga, em 1996, considerou ser necessário desenvolver as relações entre instituições superiores de controlo e órgãos de controlo interno, criando e aperfeiçoando métodos de colaboração possíveis, sempre com respeito pela autonomia do controlo interno. A OLACEFS alcançou soluções idênticas, nos seus IV e VIII Congressos.

---

<sup>89</sup> Nomeadamente a INTOSAI, a EUROSAI e a OLACEFS.

<sup>90</sup> Esta diretriz encontra já acolhimento no art.º 53º, n.º 2, al. c) da LOPTC, que prevê a responsabilidade financeira em relação a esta matéria.

Partindo do Glossário definido pelo Tribunal de Contas Europeu, o Tribunal de Contas português – órgão nacional responsável pelo controlo financeiro externo - adotou a seguinte *definição de controlo interno*, de acordo com o seu Manual de Auditoria e Procedimentos<sup>91</sup>: “*é o conjunto de processos e meios que permitem respeitar o orçamentos e os regulamentos em vigor, salvaguardar os ativos, assegurar a validade e autenticidade dos registos contabilísticos e facilitar as decisões de gestão, especialmente através da colocação à disposição, no momento oportuno, da informação financeira.*”

### 2.3. O sistema de controlo externo

#### 2.3.1. Os modelos existentes de Instituições Superiores de Controlo

As Instituições Superiores de Controlo (ISC) diferenciam-se entre si, de acordo com quatro critérios fundamentais, a saber – *estrutura, organização, poderes e relacionamento com outros órgãos do Estado* – constituindo assim *três sistemas* distintos: O sistema de Tribunal de Contas; O Sistema de Auditor-Geral e o sistema misto de Tribunal de Contas/Auditor-Geral. Em comum, existem contudo *cinco elementos*: todas são órgãos públicos que constituem o mais elevado nível de controlo. A natureza desse controlo é externa, sendo todas dotadas de graus variados de independência. Por fim, o Parlamento é o destinatário privilegiado da sua atividade (com exclusão da atividade jurisdicional, quando exista).<sup>92</sup>

Tavares (2014) esclarece-nos que os Tribunais de contas têm natureza colegial e exercem a função de fiscalização/auditoria e a função jurisdicional de julgamento, *maxime*, da responsabilidade financeira. Nalguns casos, tendem a privilegiar o controlo da legalidade e da regularidade financeiras. O controlo é

---

<sup>91</sup> Vd. Anexo I do Vol. I do Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas, ponto 50.

<sup>92</sup> Cfr. definição constante de TAVARES, José F. F., *op. cit.* p. 210, e in “*O Tribunal de Contas – Do Visto, em especial – conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*”, 1998, Ed. Almedina. Apesar de aderir a esta definição, COSTA, Paulo Nogueira da, in “*O Tribunal de Contas e a Boa Governança - Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*”, 2014, Coimbra Editora, p. 41, defende que o destinatário primeiro da atividade das ISC são os cidadãos que, enquanto detentores do poder constituinte, confiam a um órgão público especializado, a missão de fiscalizar, em seu nome, a atividade financeira pública do Estado. E assim é, no entender do autor, mesmo quando o sistema adotado não é o judicial ou napoleónico, mas o Parlamentar/de Auditor-Geral.

exercido *a posteriori* (controlo sucessivo) e, nalguns casos, também *a priori* (fiscalização prévia).

A definição de Instituição Superior de Controlo não está isenta de dificuldades. Contudo, atentos os elementos carreados pela definição anterior que o autor nos apresenta podemos afirmar a existência de *três modelos de controlo financeiro externo* e independente das finanças públicas, adotados no Estados Democráticos.

O mundo anglo-saxónico<sup>93</sup> adota na generalidade o modelo de *auditor geral*. Este modelo tem como características fundamentais a existência de um órgão singular [Auditor-Geral], desprovido de poderes jurisdicionais, exercitando o mero controlo financeiro, através de relatórios ou pareceres, dirigidos aos responsáveis ou tornado públicos, que apontam as deficiências verificadas em determinada ação de inspeção ou auditoria e as recomendações formuladas para a melhoria da regularidade ou da correção operacional no futuro.<sup>94</sup>

Outros Estados, adotaram o modelo de *natureza mista*, que se caracterizam por se tratarem de Tribunais de Contas porém, sem poderes jurisdicionais, exercendo apenas a função de auditoria suprema e sem poderes de fiscalização prévia, mas tão só concomitante e sucessiva.<sup>95</sup>

Em Portugal, o modelo adotado desde a autonomização do controlo externo, operada pelo Decreto de 10 de novembro de 1849, inspirou-se no modelo francês, também denominado napoleónico<sup>96</sup>, por ter sido o imperador Napoleão que, com a sua reforma de 1807, criou a *Cour de Comptes*.

---

<sup>93</sup> Também denominado modelo de Westminster ou modelo Parlamentar. É utilizado, entre outros, no Reino Unido, Irlanda, EUA, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia, Canadá, Dinamarca, Noruega, Suécia, Finlândia e Israel.

<sup>94</sup> Cfr. "O Presente e o Futuro das Instituições de Controlo Financeiro com caráter jurisdicional – Notas sobre a jurisdição financeira num mundo em mudança", Conferência do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas de Portugal, Prof. Doutor António de Sousa Franco, por ocasião da inauguração da nova sede do "Consello de Contas de Galicia", Santiago de Compostela, 19 de Maio de 1993, in Revista do Tribunal de Contas, nºs 19 e 20, jul/dez 1993, Tomo I, p. 50.

<sup>95</sup> Conhecido também como *Collegiate* ou *Board Model*. É o caso do Tribunal de Contas Europeu e ainda dos Tribunais de Contas da Alemanha e da Holanda. Vd. TAVARES, Jose F. F., in *op. cit.*, p. 211.

<sup>96</sup> Também denominado Modelo Judicial. Existente em Espanha, França, Itália, Bélgica, Luxemburgo, Grécia, Cabo Verde e o Tribunal de Contas da União, do Brasil.

Este último modelo caracteriza-se por uma natureza colegial na sua composição, dispondo de poderes *jurisdicionais* (julgar contas e efetivar responsabilidades financeiras) e *não jurisdicionais* (mero controlo financeiro, em sentido técnico – auditoria) e integram, nalguns casos, o poder judicial.

Independentemente dos vários modelos adotados parece existir hoje um denominado em Tavares (2014) *movimento de convergência*, relativamente ao facto de se entender que o controlo da legalidade e da regularidade financeiras, numa perspetiva formal, é incompleto, devendo ser complementado com o controlo da boa gestão financeira. Por outro lado, o controlo em exclusividade da economicidade, da eficiência e eficácia, resulta empobrecido sem o controlo da legalidade e da regularidade, do qual não deve dissociar-se.

É este o fundamento que enforma a posição de Guilherme D'Oliveira Martins/Tavares (2011), ao afirmarem que considerando as características ímpares da instituição Tribunal de Contas, no que tange aos poderes jurisdicionais constitucionalmente previstos, atribuídos a todos os juízes conselheiros que compõem as três câmaras nacionais do mesmo (após 2006), a par das competências de boa gestão, extensíveis às auditorias de qualquer tipo realizáveis, aquelas moldam o Tribunal a um *modelo misto com uma predominância de lógica jurisdicional*, face à clara complementaridade das funções de auditoria e de julgamento de responsabilidades.<sup>97</sup>

É neste novo contexto que surge o conceito de *auditoria integrada*, que compreende a realização deste dois tipos de controlo<sup>98</sup>, definida por Franco (1993)<sup>99</sup> como a *auditoria de conjunto* que inclui simultaneamente a auditoria financeira e a auditoria operacional, já prevista no art.º 55º da LOPTC.

---

<sup>97</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme D'Oliveira/TAVARES, José F. F., in "*O Tribunal de Contas na ordem constitucional portuguesa*", Lisboa, 2011, pp. 31-32.

<sup>98</sup> Utilizada, por exemplo, na Austrália, em que para além das auditorias destinadas a assegurar a regularidade e legalidade, como sejam a auditoria operacional, de conformidade, de sistemas, financeira, é também comumente utilizada a auditoria integrada que resulta da combinação de dois ou mais tipos de auditoria. Vd. a este propósito, STERCK, Miekatrien, SCHEERS, Bram, BOUCKAERT, Geert, in "*The modernization of the public control pyramid: International trends*", Bestuurlijke Organisatie Vlaanderen, Report 2005, p. 33.

<sup>99</sup> Vd. FRANCO, António de Sousa, in "*O Controlo da Administração Pública em Portugal*", Separata da Revista do Tribunal de Contas, Lisboa, 1993, p. 18.

### 2.3.2. A efetivação do controlo

Mas que órgãos, em Portugal, exercem o controlo financeiro externo?

Considerando as disposições legais pertinentes, previstas na CRP<sup>100</sup>, bem como na Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado<sup>101</sup>, podemos concluir que a Assembleia da República detém competências e poderes de controlo financeiro externo, direcionados para a ação do Governo e da Administração Pública. Estas competências e poderes assumem a natureza de *controlo político* (por justaposição ao controlo financeiro externo, exercido pelo Tribunal de Contas).

Por outro lado, (Moreno, 1998) se atentamos na definição do Tribunal de Contas Europeu, conforme prevista no Tratado de Maastricht<sup>102</sup>, verificamos que as suas competências e poderes podem ser *autónoma e diretamente*, exercidos em território português, relativamente a toda a receita e despesa, suportada pelo Orçamento da União Europeia, abrangendo não só as entidades públicas gestoras dos dinheiros comunitários, mas ainda todos os beneficiários finais, públicos ou privados, de tais fluxos financeiros. Apesar de se prever nos instrumentos legais comunitários que a fiscalização do Estado-Membros é feita com a colaboração das Instituições de fiscalização nacionais, tal não significa uma diminuição ou limitação dos poderes de controlo do TCE, já que é este que decide que ações enceta em cada Estado-Membro, através das suas técnicas e métodos de controlo e com a utilização do seu corpo privativo de auditores<sup>103</sup>.

A relação entre as ISC dos Estados-Membros da União Europeia e o TCE foi evoluindo ao longo do curso da história. Com efeito, não é possível, nos nossos dias, conceber a fiscalização financeira dos Estados-Membros, fora dos parâmetros que vão sendo estabelecidos pela União Europeia (Tavares, 2007). Ganha assim especial relevância a cooperação entre as duas entidades – Tribunal de Contas e Tribunal de Contas Europeu – a qual evoluiu em três

---

<sup>100</sup> Art.ºs 107º e 162º, da Lei Fundamental.

<sup>101</sup> Lei nº 41/2014 de 10 de julho, que altera e republica a Lei nº 91/2001 de 20 de agosto.

<sup>102</sup> Cfr. art.º nº 188º-C, do referido Tratado.

<sup>103</sup> Cfr. MORENO, Carlos, in "O Sistema Nacional de Controlo Financeiro – subsídios para a sua apreensão crítica", Ed. UAL, 1998, p. 182.

fases: a primeira, até 1989, caracterizada pelo estabelecimento das bases da cooperação; a segunda, de 1989-2004: através da adoção do Ato Único Europeu em 1986 e posteriormente do Tratado da União Europeia (Maastricht), em 1992, importantes passos foram dados na construção de objetivos comuns, com especial incidência nas questões relacionadas com o controlo do IVA, nas operações intracomunitárias, contratação pública e controlo dos auxílios concedidos pelos Estados e por fim, a terceira fase, a partir de 2004, da qual se destaca o desenvolvimento do modelo de “auditoria única” (*single audit*), sobre o Orçamento da União Europeia, “em que cada nível de controlo se baseie no nível precedente, a fim de reduzir o peso sobre a entidade controlada e reforçar a qualidade da atividade de auditoria, sem, porém, minar a independência dos organismos em causa”, conforme solicitado pela Comissão, em 1992, ao TCE, pedido que esteve na origem do Parecer n.º 2/2004, de 18.4.2004, daquele Tribunal.<sup>104</sup>

O Tribunal de Contas é o órgão de soberania que representa a entidade fundamental do sistema nacional de controlo financeiro.

De acordo com Vallès-Vives (2003)<sup>105</sup> fundamental para assegurar a credibilidade técnica e institucional das ISC, é a *independência funcional* daquelas. Esta independência deve ser perspectivada como um princípio estrutural de funcionamento, e não como uma finalidade em si mesma.

Em 2007, a INTOSAI aprovou no seu XIX Congresso, no México, a Declaração do México sobre a independência das ISC<sup>106</sup> (ISSAI<sup>107</sup> 10 e 11), a qual enumera *oito pilares* e respetivas linhas de atuação, sobre os pressupostos que se devem verificar para que seja assegurada a independência das ISC: a) normas legais que garantam uma apropriada e efetiva posição legal das ISC perante o Estado; b) disponibilidade perante as necessidades de recursos humanos, materiais e financeiros, gerindo com autonomia os seus orçamentos,

---

<sup>104</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., in “*O futuro da auditoria pública e da obrigação de prestação de contas na UE*”, op. cit., pp. 459-464.

<sup>105</sup> In “*El control externo del gasto público: Configuración e garantía constitucional*”, Madrid, 2003, pp. 46-47.

<sup>106</sup> A Declaração do México sobre a independência das ISC encontra-se disponível no seguinte endereço: <http://www.intosai.org/issai-executive-summaries/view/article/issai-10-the-mexico-declaration-on-sai-independence-eger.html>. (Consultado em 26.12.2014)

<sup>107</sup> ISSAI - *International Standards of Supreme Audit Institutions*.

sem interferência ou controlo do Governo e suas autoridades; c) As condições de nomeação dos Presidentes das ISC devem estar previstas em legislação específica que garanta mandatos fixos e de longo termo e renovável por um processo independente do Executivo; d) A escolha das auditorias a encetar deve ser realizada com independência, bem como os métodos e técnicas ali utilizadas; e) Deve existir acesso pleno à informação pelos auditores, para o exercício das suas responsabilidades; f) As ISC deverão publicitar o resultado das suas auditorias pelo menos uma vez por ano; g) As ISC devem ser livres de publicitar o conteúdo dos seus relatórios de auditoria, assim que os mesmos forem formalmente aprovados e entregues ao destinatário e h) As ISC devem ser livres de utilizar procedimentos independentes nas suas auditorias de seguimento de recomendações de modo a garantir que as observações e recomendações formuladas são encetadas pelas entidades auditadas.

Estes oito princípios foram secundados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da sua Resolução n.º 66/209 de 22 de dezembro de 2011.

O controlo externo exercido pelo Tribunal de Contas é exercido no domínio da totalidade da atividade financeira pública. A lei pretendeu *nada deixar de fora* do controlo externo do Tribunal de Contas, sempre que em causa estejam dinheiros públicos (Moreno, 1998). É através das funções fiscalizadora, consultiva e jurisdicional, previstas no art.º 5º e 6º da LOPTC (competência material), que o Tribunal alcança esse escopo.

Sujeitas a este controlo estão todas as entidades que gerem ou utilizam dinheiros públicos. Do art.º 2º da LOPTC, consta o elenco dessas entidades: O Estado e seus serviços; as Regiões Autónomas e seus serviços; as autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, incluindo as áreas (juntas) metropolitanas; os institutos públicos; as instituições da segurança social; as associações públicas, associações de entidades públicas, ou associações de entidades públicas e privadas, desde que maioritariamente financiadas por entidades públicas ou sujeitas ao seu controlo de gestão; as empresas públicas, as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas; as empresas concessionárias ou gestoras de serviços públicos; as empresas concessionárias da gestão de empresas públicas; as empresas concessionárias ou gestoras de serviços públicos; as empresas concessionárias de obras

públicas; as fundações de direito privado que recebem anualmente com carácter de regularidade fundos provenientes do Orçamento do Estado ou das autarquias locais, no que diz respeito à utilização desses fundos; as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos.

Assim, desde que estejamos perante uma entidade enquadrável no art.º 2º da LOPTC, a natureza jurídica daquela será *irrelevante*, para efeitos de poder de controlo externo do Tribunal de Contas sobre a mesma<sup>108</sup>.

### 2.3.3. Os momentos do controlo

Este poder de controlo financeiro é exercido em *três momentos*, de modo simultâneo.

No âmbito da tutela preventiva de âmbito financeiro<sup>109</sup>, o Tribunal, através da 1ª Secção, enceta a fiscalização preventiva/prévia ou *a priori*, exercida em momento posterior à prática do ato/celebração do contrato sobre que legalmente incide, contudo, antecede o início da produção dos efeitos respetivos, *maxime*, dos efeitos financeiros. Ato último produzido, no âmbito da fiscalização prévia, é a concessão (ou recusa) de visto<sup>110</sup>. Apesar das divergências doutrinárias sobre a natureza deste ato<sup>111</sup>, seguimos de perto a

---

<sup>108</sup> A título de exemplo, veja-se o caso das associações humanitárias de bombeiros. Apesar da sua natureza jurídica - associações de direito privado (pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, cfr. previsto no art.º 3º da Lei nº 32/2007 de 13 de agosto), estas entidades estão sujeitas ao controlo e jurisdição (esta última sujeição ocorre apenas a partir de 2006, com a publicação da Lei nº 48/2006 de 29 de agosto) do Tribunal de Contas, por força do disposto no nº 3 do art.º 2º da LOPTC. O controlo destas entidades, exercido pelo Tribunal, restringe-se, contudo, à avaliação sobre a correta utilização das verbas públicas percecionadas.

<sup>109</sup> Cfr. TAVARES, José F.F., in "O Tribunal de Contas – Do Visto em Especial", Ed. Almedina, 1998, p. 64.

<sup>110</sup> Cfr. nº 4 do art.º 46º da LOPTC.

<sup>111</sup> O debate doutrinário versando esta matéria tem sido desde há longos anos animado. Com efeito, autores como CAETANO, Marcelo, in "Manual de Direito Administrativo", 10ª edição, 5ª reimp., Tomo I, Coimbra, 1991, pp. 288-289, TEIXEIRA, Braz, in "Finanças Públicas e Direito Financeiro", Lisboa, 1989, pp. 187 e ss., AMARAL, Freitas do, in "Curso de Direito Administrativo", Vol. II, Coimbra, 2003, pp. 368 e ss. e por fim, apenas para citar alguns, DUARTE, Tiago, in "Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdicional efetiva? Yes, we can!", Cadernos de Justiça Administrativa, nº 71, setembro/outubro 2008, pp. 31-37, defendem que o ato de concessão (ou não) de visto prévio, se insere exclusivamente no exercício da função administrativa do

definição de Tavares (1997): “O visto do Tribunal de Contas é um ato jurídico unilateral no exercício de poderes de autoridade (ou da função) de controlo prévio da validade de atos e contratos de administração, tendo como finalidade essencial a prevenção na realização de despesas públicas em desconformidade com a ordem jurídica.” Parece-nos que não só esta definição, como todo o raciocínio produzido pelo autor, que tergiversa, aduzindo afirmações sustentadas, acerca dos fundamentos defendidos pelas duas grandes correntes existentes, no que à definição da natureza deste ato diz respeito<sup>112</sup>, são de molde a concluirmos pela natureza materialmente jurisdicional do ato de visar, executado, no âmbito do poder de controlo financeiro, pelo Tribunal de Contas.

No que ao direito comparado concerne, este tipo de controlo não é adotado em todas as ISC; com efeito, na União Europeia, apenas as ISC da Bélgica, Grécia, Itália e Luxemburgo dispõem do poder de fiscalização prévia.

O segundo momento do exercício do controlo externo pelo Tribunal de Contas consta do artigo 49º, nº 1, al. a) e b) da LOPTC. É a denominada *fiscalização concomitante*, i.e, aquela que é exercida durante a execução de certos atos ou contratos ou durante uma gerência (Costa, 2010). Esta fiscalização é exercida através da realização de auditorias pela 1ª Secção, sempre que estejam em causa a) procedimentos e atos administrativos que impliquem despesa de pessoal; b) aos contratos que não estejam sujeitos a fiscalização prévia, nos termos da lei e c) à execução de contratos visados. A 2ª Secção do Tribunal realiza, outrossim, fiscalização concomitante, através de auditorias à atividade financeira das entidades sujeitas ao poder de controlo do Tribunal, antes do encerramento da respetiva gerência.

---

Tribunal de Contas. Os fundamentos em síntese, das teses defendidas por estes e outros autores, podem ser consultados em TAVARES, José F. F., “*O Tribunal de Contas – do visto em especial*”, Almedina, 1998, pp. 126 e ss. e em COSTA, Paulo Nogueira da, in “*O Tribunal de Contas e a Boa Governança*”, Coimbra Editora, 2014, pp. 366-368. Por outro lado, outros autores sustentam que o visto, tem natureza materialmente jurisdicional, como sejam: MARTINS, Guilherme D'Oliveira, in “*Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa*”, Vol. II, Ed. AAFDL, Lisboa, 1984/85, pp. 350-357, OLIVEIRA, Águedo de, in “*A fiscalização financeira preventiva no direito português*”, Lisboa, 1959, pp. 71 e ss., FRANCO, António de Sousa, in “*Finanças Públicas e Direito Financeiro*”, Vol. I, p. 461, CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, in “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 818 e COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.*, pp. 369 e ss. Por fim, o Tribunal Constitucional abordou esta temática, nomeadamente nos Acórdãos nºs 214/90 de 20 de junho de 1990 e 14/91 de 23 de janeiro de 1991.

<sup>112</sup> TAVARES, José F. F., *op. cit.*, pp. 122-183.

O terceiro momento de efetivação do controlo ocorre aquando da realização da fiscalização sucessiva ou *a posteriori*. Utilizando os instrumentos fundamentais – a verificação (interna e externa) de contas, a auditoria e a avaliação – é encetada a fiscalização de legalidade e de mérito, que pode dar origem a diversas consequências – jurídicas ou meramente políticas e sociais.

O controlo sucessivo incide sobre a execução do Orçamento do Estado, considerando a Conta Geral do Estado, abrangendo a receita, a despesa, a tesouraria, o recurso ao crédito público e o património (Moreno, 1998). Por outro lado, o controlo *a posteriori* do Tribunal de Contas pode consubstanciar-se na verificação interna e externa de contas, que Moreno, (1998) denomina *auditorias de contas*, desenvolvidas com o fito de aquilatar da boa gestão financeira, através da apreciação sobre a fidedignidade e a integralidade das contas e das demonstrações financeiras e da situação financeira e patrimonial da entidade a que respeitam, através, nomeadamente, da análise ao sistema de controlo interno da mesma.

Aqui chegados, importa atentar naqueles que são,

#### **2.3.4. Os instrumentos e métodos de controlo**

Para a *execução do controlo financeiro* externo exercido pelo Tribunal de Contas, são por aquele utilizados diversos métodos e técnicas, nomeadamente para o controlo sucessivo, de que atrás falámos.

Com assento no mandato constitucional de que dispõe, bem como atento o acervo legislativo de enquadramento da atividade financeira pública e ainda atendendo aos princípios estruturantes do Direito da União Europeia, o Tribunal utiliza, assim, a *verificação de contas* (interna e externa), a *auditoria* e a *avaliação de programas públicos*, como instrumentos-chave para o exercício do seu controlo. O escopo fundamental destes instrumentos materializa-se na dimanação de *recomendações* às entidades-alvo, bem como na *deteção de indícios da prática de infrações financeiras* ou outras, estas últimas remetidas à jurisdição competente.

##### **2.3.4.1. A verificação (interna e externa) de contas**

A *verificação interna de contas* traduz-se numa operação formal e documental de controlo sucessivo<sup>113</sup> - consiste na verificação e conferência da exatidão contabilística das contas de uma entidade, apreciando assim, exclusivamente, da legalidade e regularidade daquelas, culminando numa certificação daquelas contas.<sup>114</sup>

Este método de controlo surge na sequência da *obrigação de prestação de contas*, que as entidades elencadas no art.º 2º da LOPTC possuem. Por contraponto, ao Tribunal de Contas compete, nos termos da alínea d) do nº 1 do art.º 5º da LOPTC, “verificar as contas dos organismos, serviços ou entidades sujeitos à sua prestação”.

Por outro lado, partilhamos da opinião de COSTA (2010), quando refere que a LOPTC utiliza a expressão “verificação externa de contas” quando, de facto, a ela se poderia ter referido mediante a palavra “auditoria”, visto a primeira se traduzir, efetivamente, numa auditoria, com o objeto enunciado no nº 2 do art.º 54º da LOPTC.

#### **2.3.4.2. A auditoria pública externa**

E é efetivamente a auditoria, que com a publicação da Lei nº 98/97 de 26 de agosto, foi consagrada como a técnica fundamental de controlo da atividade financeira pública, utilizada pelo Tribunal. Contudo, desde os anos 80, que o Tribunal, através da aprovação de normas avulsas de auditoria, procurou desenvolver e aplicar as normas orientadoras dos serviços de apoio (SA), em obediência aos mais elevados padrões de qualidade técnica e de eficiência<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Estas operações formais de controlo, noutros países- nomeadamente naqueles que abandonaram já uma Administração Pública de modelo tradicional, face ao advento da metodologia preconizada pelas modernas correntes de políticas públicas - são exercidas pelos órgãos de controlo interno. Com efeito, COSTA, Paulo Nogueira da, *op.cit.* p. 424, considera mesmo desadequada a verificação interna de contas, numa instituição superior de controlo que se assuma como órgão de soberania, a qual deverá estar antes vocacionada para a boa governança. Ainda no entender do autor, o Tribunal de Contas deveria apenas proceder à verificação da fiabilidade do controlo interno de contas. MORENO, Carlos, in “*Gestão e Controlo de Dinheiros Públicos*”, Lisboa, UAL, 1998, p. 317, defende a institucionalização da figura do auditor público do Tribunal de Contas a qual não se coaduna, sob o ponto de vista técnico, com a verificação interna de contas, considerando uma filosofia global do moderno controlo financeiro público.

<sup>114</sup> Cfr. nº 2 do art.º 53º da LOPTC.

<sup>115</sup> Cfr. Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas, Vol. I, p. i.

Num cenário, como o atual, de grave crise económica e financeira, a capacidade da auditoria pública, como ferramenta para garantir a transparência da gestão pública, vai ser posta à prova (Cabeza del Salvador, 2009)<sup>116</sup>. As mutações económicas e sociais que se foram operando refletiram-se, indubitavelmente, na definição do conceito. De uma definição centrada na reconstituição de factos passados, passou-se a realçar a função *preventiva* e *orientadora*, deste ramo do saber.

O valor da auditoria das contas públicas foi reconhecido desde tempos distantes, por babilónicos, gregos, romanos e egípcios. Com efeito, podemos encontrar referência à manifesta necessidade das sociedades, da figura do auditor, em Aristóteles, no seu “*Tratado da Política*” quando afirma que será preciso um magistrado, acima de todos os que gerem dinheiros públicos, que “sem nada administrar para si próprio, obrigue os outros a prestar contas acerca da sua administração e as corrija. Uns chamam-lhe auditor, outros, inspetor de contas, outros, grande procurador.”<sup>117</sup>

Em McMickle (1978)<sup>118</sup> encontramos também referência aos escritos de Aristóteles, que afirmava que o Senado de Atenas era constituído por 500 pessoas que escolhiam um “Conselho” composto por 10 “Logistae” e 10 “Euthuni”, designados para a verificação das contas dos servidores públicos, com uma especial preocupação na deteção da fraude.

Mas centremo-nos, *brevitatis causa*, nas atuais definições de *auditoria pública*, de *auditor* e na caracterização destas, para efeitos de exercício de controlo externo exercido pelo Tribunal de Contas.

Apesar de inicialmente dirigida à verificação de contas e atos contabilísticos, o objeto da auditoria externa pública evoluiu, face à

---

<sup>116</sup> CABEZA DEL SALVADOR, Ignacio, in “*Reflexiones sobre la crisis económica y el papel de la auditoría pública*”, Auditoría Pública, nº 47, pp. 27-45, *apud* HERNANDEZ, António M. López, in “*Control e Auditoria del sector público en un escenario de crisis económica*”, in Auditores – Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, nº 15, Mayo de 2011.

<sup>117</sup> Vd. ARISTÓTELES, “*Tratado da Política*”, Publicações Europa-América, 2000, p. 102.

<sup>118</sup> Vd. MCMICKLE, P., 1978, “*The nature and objectives of auditing: A unified rationale of public, governmental, and internal auditing*”, United States of America: UMI Dissertation Services, *apud* TARA, Ioan Gheorge, SIMONA, Gherai Dana, in “*Historical Analysis On The Appearance Of The Supreme Audit Institutions In The European Union*”, p. 708, disponível em <http://steconomiceuoradea.ro/anale/volume/2014/n1/077.pdf>. (Consultado em 2.2.2015)

denominada em Pollit, *et al* (1999), “máquina de *accountability* democrática”, referindo-se às Instituições Superiores de Controlo<sup>119</sup>.

A palavra auditoria provém da palavra latina “audire”, que significa, ouvir. Um homem sábio – o auditor – ouve com atenção a descrição de uma situação, aplica o seu conhecimento e o seu julgamento profissional e chega a uma conclusão<sup>120</sup>.

São várias as definições existentes de auditoria pública, seja na perspetiva interna ou externa. Face ao objetivo do nosso trabalho, centrar-nos-emos na definição de *auditoria pública externa*, ou seja, aquela que é executada pelo Tribunal de Contas.

Assim, a INTOSAI define auditoria como “o exame das operações, atividades e sistemas de determinada entidade, com vista a verificar se são executados ou funcionam em conformidade com determinados objetivos, orçamentos, regras e normas”.<sup>121</sup>

O Tribunal de Contas Europeu (TCE) adotou a seguinte definição de auditoria<sup>122</sup>: “Uma auditoria das demonstrações financeiras tem como objetivo habilitar o auditor a expressar uma opinião segundo a qual as demonstrações financeiras foram elaboradas, em todos os aspetos materialmente relevantes, de acordo com uma estrutura conceptual de relato financeiro identificada. O objetivo de uma auditoria de conformidade é permitir ao auditor concluir se as atividades, as operações financeiras e as informações estão, em todos os aspetos materialmente relevantes, em conformidade com os quadros jurídicos e regulamentares aplicáveis.”<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> Vd. POLLIT, C. / SUMMA, H., in “*Performance Audit and Public Management Reform*”, p. 1, in POLLIT, C., *et al* (1999), in “*Performance or Compliance? Performance Audit and Public Management in Five Countries*” Oxford: Oxford University Press, 1999, disponível em <http://fdslive.oup.com/www.oup.com/academic/pdf/13/9780198296003.pdf> (Consultado em 2.2.2015)

<sup>120</sup> Cfr. KOCKS, C. (2003), “*Auditing, audit, auditor, wat moeten we ermee? Twintig over Internal/Operational Auditing*”, Auditing.nl., p. 2.

<sup>121</sup> Cfr. definição constante do Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas, Vol. I, p. 23.

<sup>122</sup> Relativa à auditoria financeira e de conformidade.

<sup>123</sup> Vd. Manual de Auditoria Financeira e de Conformidade do Tribunal de Contas Europeu, p. 288, disponível em [http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/FCAM\\_2012/FCAM\\_2012\\_PT.pdf](http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/FCAM_2012/FCAM_2012_PT.pdf) (Consultado em 2.2.2015).

Por seu turno, o Tribunal de Contas apresenta, no seu Manual de Auditoria e Procedimentos, Vol. I, uma definição de auditoria próxima da da INTOSAI: “Auditoria é um exame ou verificação de uma dada matéria, tendente a analisar a conformidade da mesma com determinadas regras, normas ou objetivos, conduzido por uma pessoa idónea, tecnicamente preparada, realizado com observância de certos princípios, métodos e técnicas geralmente aceites, com vista a possibilitar ao auditor formar uma opinião e emitir um parecer sobre a matéria analisada.”<sup>124</sup>

É, desde logo, na LOPTC<sup>125</sup>, que está prevista a auditoria – de qualquer tipo ou natureza a determinados atos, procedimentos ou aspetos da gestão financeira – como método fundamental da ação controladora do Tribunal.

Conforme previsto no Manual de Auditoria e Procedimentos, Vol. I, do Tribunal de Contas, as auditorias encetadas pelo Tribunal incidem sobre a fiscalização da legalidade e regularidade das receitas e despesas públicas e a apreciação da gestão financeira, sob os domínios de economia, eficiência e eficácia, incluindo a organização, o funcionamento e a fiabilidade dos sistemas de controlo interno das entidades auditadas.

Face ao disposto no art.º 55º da LOPTC, considerando a orientação do Tribunal para uma atividade de controlo integrado, são acolhidos, porém, *todos os tipos de auditoria*<sup>126</sup>.

O Tribunal de Contas segue, contudo, de perto a classificação apresentada pela INTOSAI, no quadro das ISSAI<sup>127</sup> realizando: auditorias financeiras (*financial audits*) – ISSAI 1000 a 2999<sup>128</sup>, auditorias de conformidade (*compliance audits*) – ISSAI 4000-4200<sup>129</sup> e auditorias de

---

<sup>124</sup> Cfr. Anexo I do Vol. I do Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas, Lisboa, Abril 1992, ponto 11.

<sup>125</sup> Conforme art.º 55º da LOPTC.

<sup>126</sup> Confirmado na alínea c) do nº 2 do art.º 3º do Regulamento da 2ª Secção do Tribunal de Contas (RSS), aprovado pela Resolução nº 3/98 – 2ª S., de 4 de junho, alterado pela Resolução nº 2/2002 de 17 de janeiro e pela Resolução nº 3/2002 de 5 de junho.

<sup>127</sup> Vd. <http://www.issai.org/about-the-issai-framework/> (Consultado em 17.01.2015).

<sup>128</sup> Vd. [http://www.issai.org/media/13509/financiaL\\_audit\\_guidelines\\_e.pdf](http://www.issai.org/media/13509/financiaL_audit_guidelines_e.pdf) (Consultado em 17.01.2015).

<sup>129</sup> Vd. ([http://www.issai.org/media/13513/compliance\\_audit\\_guidelines\\_e.pdf](http://www.issai.org/media/13513/compliance_audit_guidelines_e.pdf)) (Consultado em 17.01.2015).

desempenho (*performance audits* ou *value-for-money audits*) – ISSAI 3000 a 3999<sup>130</sup>.

No que concerne a auditorias financeiras, o escopo principal é a análise da regularidade, legalidade e verificação de contas. Tal como definido pela INTOSAI<sup>131</sup> – consistem em análises independentes, tendentes à emissão de opiniões objetivas acerca da fidedignidade das contas, dos resultados financeiros e da utilização dos recursos das entidades auditadas, atendendo às normas contabilísticas e de relato financeiro a que se encontram sujeitas.

As auditorias de conformidade (*compliance audits*) destinam-se a assegurar do grau de cumprimento das normas (internas e jurídicas), políticas internas (estabelecidas por ex. em códigos de ética e conduta) e cobrem uma vasta área de matérias. São desenvolvidas de acordo com dois critérios fundamentais: a) Regularidade (*regularity*) – garantindo que as atividades, transações e informação, refletidas nas asserções financeiras da entidade auditada, estão conforme com as disposições legais respetivas e b) Correção (*property*) – análise da conformidade de atos de gestão praticada pelos servidores públicos, com os princípios de gestão financeira pública<sup>132</sup>.

Nas auditorias de desempenho (*performance audits* ou *value-for-money audits*), procede-se a um exame independente à eficiência, eficácia e economia ao modo como as entidades auditadas utilizam os recursos<sup>133</sup>.

Partindo desta tríplice classificação e face ao disposto no já mencionado art.º 55º da LOPTC, o Tribunal pode ainda realizar auditorias integradas<sup>134</sup> ou auditorias de desempenho (*comprehensive audit*), as quais providenciarão uma perspetiva integrada da entidade auditada, não estando assim limitado, como outras instituições superiores de controlo, cujos mandatos as constroem, seja por limites à sua independência, pessoal deficientemente

---

<sup>130</sup> Vd. [http://www.issai.org/media/13517/performance\\_audit\\_guidelines\\_e.pdf](http://www.issai.org/media/13517/performance_audit_guidelines_e.pdf) (Consultado em 17.01.2015).

<sup>131</sup> Vd. "Glossary of terms to the INTOSAI Financial Audit Guidelines", p. 56, disponível em [http://www.issai.org/media/13509/financial\\_audit\\_guidelines\\_e.pdf](http://www.issai.org/media/13509/financial_audit_guidelines_e.pdf) (Consultado em 17.01.2015).

<sup>132</sup> *Idem*, p. 55 (Consultado em 17.01.2015).

<sup>133</sup> *Idem*, p. 58 (Consultado em 17.01.2015).

<sup>134</sup> Ou "integrals", como sugere COSTA, Paulo Nogueira da, *op. cit.* p. 68.

qualificado, falta de acompanhamento de recomendações formuladas anteriormente ou limites ao escopo da auditoria.<sup>135</sup>

Concretizado o procedimento próprio de auditoria, mediante a utilização de métodos, técnicas, realização de testes e amostras e depois de concluídas as várias fases do processo (estudo preliminar, elaboração e aprovação do plano global de auditoria, execução da auditoria [exame e avaliação concreta dos controlos instituídos, elaboração do programa de trabalho, constituição de dossiers correntes da auditoria e trabalho de campo], avaliação [elaboração do relato de auditoria e sua notificação à entidade auditada, para exercício do contraditório] e elaboração do relatório), podem ser detetadas *anomalias*.

O espectro das *anomalias* detetadas pode ir de *simples erros*, *irregularidades*, à prática de *infrações financeiras* ou mesmo de *infrações de natureza criminal* (atos ilegais). Assim, revela-se fundamental que a planificação do trabalho de verificação do auditor seja de molde a assegurar de modo razoável a deteção de anomalias que, dependendo do seu enquadramento legal, poderão ter de ser comunicadas, através do Ministério Público, às instâncias judiciais adequadas.

Durante a execução do trabalho de auditoria, caso sejam detetados indícios de *erros*, *irregularidades* ou mesmo *infrações*, o auditor pode alterar o seu programa de auditoria. Deve então realizar todas as *diligências de prova* ao seu alcance, observando as regras de registo próprias de depoimentos, acautelando que sob o ponto de vista material e formal, a prova produzida no âmbito da auditoria é suficiente para ser utilizada em termos judiciais.

Assim, os documentos de trabalho do auditor constituirão *meios de prova* imprescindíveis a eventuais ações judiciais que devam ter lugar<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> A este propósito, vd. STAPENHURST, Rick, in "Features and Functions of Supreme Audit Institutions", The World Bank, nº 59, outubro 2001, disponível em:

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/ORGANIZATION/EXTPREMNET/0,,contentMDK:22454972~pagePK:64159605~piPK:64157667~theSitePK:489961,00.html> (Consultado em 17.01.2015).

<sup>136</sup> Cfr. ISSAI 1230, 1500 e 1501, que evocam a importância dos meios de prova coligidos, no decurso do processo de auditoria, em especial para as instituições superiores de controlo com poderes jurisdicionais, como é o caso do Tribunal de Contas. Disponível em <http://www.issai.org/4-auditing-guidelines/general-auditing-guidelines/> (Consultado em 17.01.2015).

Voltaremos a este assunto, face à sua importância para a efetivação de responsabilidade financeira, no terceiro e último capítulo do presente estudo.

Os *erros* podem ser de omissão, de duplicação, de compensação, de imputação ou de princípio. Uma vez detetados, deverão ser alvo de recomendações à entidade, no sentido da sua correção. As *irregularidades* constituem uma violação, intencional ou não, de uma lei ou de uma norma ou princípio contabilístico ou administrativo aplicável, sendo que muitos erros poderão, se não atempadamente corrigidos transformar-se em irregularidades – *manutenção sistemática do erro*. Quer os erros, quer as irregularidades podem ter, ou não, repercussões financeiras.<sup>137</sup>

As irregularidades podem qualificar-se como *fraudes* quando, face aos elementos objetivos e subjetivos pertinentes, estejam reunidos os requisitos jurídicos aplicáveis. Está-se geralmente perante uma *fraude* quando existe manipulação da lei, falsificação, alteração ou omissão voluntária de registos e/ou documentos de apoio, com a intenção de obter uma representação incorreta da informação financeira ou uma apropriação ilícita de ativos ou desvio de fundos para fins diferentes daqueles para que foram atribuídos<sup>138</sup>.

Prevenir a corrupção não é um objetivo direto de uma instituição superior de controlo, porém, é no decurso de auditorias que são as mais das vezes detetadas fraudes e indícios de atos daquele crime<sup>139</sup>. Por outro lado, como afirma Dye (2007), as ISC não podem ficar indiferentes às especiais dificuldades do legislador no campo do combate à corrupção, em especial em regimes de países menos desenvolvidos<sup>140</sup>.

As novas ISSAI 300 e 400 da INTOSAI, sobre princípios fundamentais de auditoria de desempenho e conformidade, publicadas em 2013, especificam sobre a informação que deve ser incluída no relatório de auditoria. Estes devem

---

<sup>137</sup> Cfr. "Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas", Vol. I, p. 72.

<sup>138</sup> Vd. "Manual de Auditoria e Procedimentos do Tribunal de Contas", Vol. I, p. 73.

<sup>139</sup> Vd. BORGE, Magnus, "The role of Supreme Audit Institutions (SAIs) in Combating Corruption", Paper preparado para o workshop "Public Sector Financial Transparency and Accountability: The Emerging Global Architecture and Case Studies." 9ª Conferência Internacional Anti-Corrupção, Durban, outubro 1999.

<sup>140</sup> In "Corruption and Fraud Detection by Supreme Audit Institutions", apud "Performance Accountability and Combating Corruption", SHAH, Anwar, Public Sector Governance and Accountability Series, World Bank Publications, 2007, p. 305.

ser *precisos* quanto aos objetivos da auditoria, as *provas* carreadas durante a fiscalização e o *resultado* das mesmas, o *alcance* e os *critérios* utilizados, a *metodologia* e as *fontes* de informação, incluindo qualquer limitação à mesma e os *resultados* da fiscalização.<sup>141</sup>

Por volta do ano 2000, na senda da importância amplamente reconhecida do conceito de *accountability* para o futuro das democracias, iniciou-se a reorganização do pensamento em torno do papel das auditorias e das Instituições Superiores de Controlo, no futuro, considerando as mutações sociais, económicas e financeiras, a que se assiste com velocidade inexorável.<sup>142</sup>

Neste contexto, é evidente que todas as instâncias de governação devem contribuir para uma efetiva transparência ao nível político, legal e financeiro ou, como afirma Dobrowolski (2013) “As ISC deverão contribuir para este desiderato, através do seu trabalho de auditoria.”<sup>143</sup>

Por vezes, são apontadas em diversos estudos<sup>144</sup>, limitações aos mandatos das ISC, no que concerne à realização de auditorias de todos os tipos. Tal não ocorre, contudo, no Tribunal de Contas.<sup>145</sup>

Com efeito, inexistente qualquer obstáculo legal à realização de auditorias de escopo diverso do tradicionalmente identificado nas auditorias financeiras, de

---

<sup>141</sup> Conforme GONZÁLEZ, Elena Herrero, in “*Las limitaciones en auditoría pública*”, Revista Auditoría Pública, nº 63, 2014, pp. 21-28 (Tradução livre).

<sup>142</sup> Atente-se, meramente a título exemplificativo, no “*Código de Boas Práticas em matéria de Transparência das Finanças Públicas*”, publicado em 1998 (e revisto em 2007), pelo FMI (disponível em <http://www.imf.org/external/np/fad/trans/code.htm>) [Consultado em 23.01.2015], ou na Declaração de Sun City, proferida no 17º Encontro de Auditores-Gerais da *Commonwealth*, realizado entre 10 e 13 de outubro, na África do Sul, onde foram estabelecidas as bases de envolvimento das ISC, em questões como: O valor do produto das auditorias e o papel e responsabilidade das ISC a esse respeito; A importância das ISC fomentarem a prática de auditorias ambientais e a importância das auditorias a sistema de informação tecnológica (a este último propósito, vd. “*International Journal of Government Audit*”, janeiro de 2000, Vol. 27, nº 1, pp. 7-10).

<sup>143</sup> Conforme defende DOBROWOLSKI, Z., in “*The role of the Supreme Audit Office In Combating Corruption*”, Ljubljana, Eslovénia, 2011, apud “*Guideline for the Audit of Corruption Prevention in Government Agencies*”, Bona, 26 de fevereiro de 2013, documento INTOSAI, p. 7.

<sup>144</sup> A título exemplificativo: STAPENHURST, Rick, *op. cit.*

<sup>145</sup> Atente-se no disposto na alínea c) do nº 2 do art.º 3º da Resolução nº 3/98 – 2ª S. de 4 de junho – Regulamento da 2ª Secção.

desempenho ou conformidade, nem tão-pouco o mandato do Tribunal de Contas é limitativo, a este conspecto.

Dye (2007) identifica, para além dos tipos tradicionais de auditorias encetadas pelas ISC, que atrás vimos, um novo tipo de auditoria: a *auditoria forense*<sup>146</sup>. Neste tipo de auditoria, o auditor deve desenhar o seu programa de auditoria, com vista à obtenção de provas que evidenciem a prática de fraude e/ou corrupção. As competências do auditor para realizar este tipo de auditorias excedem as utilizadas para perpetrar auditorias de desempenho ou conformidade.

Nos países de influência anglo-saxónica, este tipo de auditoria é já amiúde utilizado, pelas ISC daqueles países<sup>147</sup>. No Brasil, em 2005, foi destacado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), um elemento ao *Office of the Auditor General of Canada*, no sentido de recolher dados que permitam instalar junto do TCU uma unidade idêntica à *Forensic Audit Unit*, da ISC do Canadá<sup>148</sup>. No mesmo ano, medida similar foi encetada pela ISC da Costa Rica - *Contraloría General de la República*, numa *joint-venture*, entre aquela ISC e a do Canadá, com o mesmo objetivo<sup>149</sup>.

O debate em torno da oportunidade das ISC desenvolverem auditorias forenses, para além dos tradicionais tipos de auditoria, não é pacífico. Porém,

---

<sup>146</sup> In "*Corruption and Fraud Detection by Supreme Audit Institutions*", apud "*Performance Accountability and Combating Corruption*", SHAH, Anwar, Public Sector Governance and Accountability Series, World Bank Publications, 2007, p. 313.

<sup>147</sup> Nos EUA, o *Government Accountability Office (GAO)* [Instituição Superior de Controlo, daquele país], possui uma unidade específica para a realização deste tipo de auditorias: a *Forensic Audits and Special Investigation Unit*, a qual tem como principais objetivos conduzir investigações complexas e análises aos programas e processos federais; entrevistar testemunhas, sujeitos e informadores, para obter informação e dados; Distinguir entre informação relevante ou irrelevante e preparar análises e recomendações; Recolher provas, mediante trabalho de agente infiltrado e realização de vigilâncias; Colaborar com outros auditores, analistas, advogados e investigadores; Desenvolver e manter relações com outras instâncias federais investigativas e preparar relatórios técnicos, testemunhos e relatórios de investigações. (Tradução livre), retirado do site: <http://www.gao.gov/careers/criminal.html> [Consultado em 23.01.2015].

<sup>148</sup> Na sequência daquele destacamento, foi elaborado um relatório de síntese por MODENA, Carlos César "*Implementing the Anti-Fraud/Anti-Corruption Strategy in the Brazilian Court of Auditors*", disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053600.PDF> [Consultado em 23.01.2015].

<sup>149</sup> Vd. o *paper* final, produzido por FALLAS, José Alpizar, "*Implementing the Forensic Audit Capability of the Contraloría General de la República de Costa Rica*", disponível em [https://www.ccaf-fcvi.com/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=19:improving-the-forensic-audit-capability-of-the-contralor%C3%ADa-general-de-la-rep%C3%ABlica-de-costa-rica&Itemid=334&lang=en](https://www.ccaf-fcvi.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=19:improving-the-forensic-audit-capability-of-the-contralor%C3%ADa-general-de-la-rep%C3%ABlica-de-costa-rica&Itemid=334&lang=en) [Consultado em 23.01.2015].

em 1997, o consultor do Banco Mundial, James P. Wesberry, Jr., afirmou no 4º Congresso Trienal da CAROSAI (*Caribbean Organization of Supreme Audit Institutions*), em Georgetown, Guiana<sup>150</sup>, que num mundo a ser devastado por uma moral colapsada, não restará outra alternativa às ISC que liderar a linha da frente da batalha anticorrupção, desenvolvendo rapidamente um grupo de auditores forenses, capazes de executar *auditorias de investigação independentes*, sempre que haja alegações daquele ilícito.

Em Portugal, atente-se na posição de Lopes (2003), que defende como bastantes a competência e poderes jurisdicionais do Tribunal de Contas, para desenvolver um eficaz combate ao fenómeno da corrupção.<sup>151</sup>

As organizações internacionais não demonstram constrangimento na abordagem do tema.

Veja-se o caso da INTOSAI que refere, sem sombra de *fumus* sobre a questão, ao debruçar-se sobre a cooperação entre as ISC e a auditoria interna do sector público, que para além das auditorias de desempenho e conformidade, as ISC devem proceder a *exames especiais* e *auditorias forenses*<sup>152</sup>.

E esta preocupação, por banda daquelas organizações, não é propriamente recente.

Do 16º INCOSAI, que ocorreu em Monteviedeu, Uruguai, em 1998 foram debatidos o papel da ISC na prevenção e deteção da fraude e corrupção, e quais os métodos e técnicas apropriadas para alcançar esse objetivo<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Vd. WESBERRY, James P., Jr., in "21<sup>st</sup> Century Challenge to Supreme Audit Institutions", 4th Triennial Congress of the Caribbean Organization of Supreme Audit Institutions (CAROSAI), Georgetown, Guyana, 18 de março 1997, pp. 6-7.

<sup>151</sup> Cfr. LOPES, Helena Abreu, "O papel do Tribunal de Contas português na prevenção da corrupção", Revista do Tribunal de Contas, n.º 40, 2003, pp. 113- 128.

<sup>152</sup> Vd. "Coordination and Cooperation between SAI's and Internal Auditors in the Public Sector", ed. INTOSAI, p. 4, disponível em [http://www.issai.org/media/13353/intosai\\_gov\\_9150\\_e\\_.pdf](http://www.issai.org/media/13353/intosai_gov_9150_e_.pdf) [Consultado em 24.01.2015]

<sup>153</sup> Os tópicos essenciais resultantes da Declaração de *Sun City*, concernentes a esta matéria, constataam que por norma, o mandato das ISC para conduzir auditorias deste tipo não é limitativo, contudo, as metodologias utilizadas terão que ser aprimoradas, com vista a encorajar a gestão a estabelecer controlos internos que visem a prevenção e deteção da fraude (de modo proactivo e reativo). Por outro lado, devem ser estabelecidos mecanismos legais que permitam a preservação informática de dados sensíveis. As técnicas de auditoria forense utilizadas, ajudarão a incrementar a expectativa dos cidadãos no que concerne o trabalho dos auditores na prevenção e deteção da fraude. Por fim, o auditor deve, na elaboração do seu programa de auditoria, prever os métodos mais diligentes que lhe garantam a deteção de fraude, sempre que ela exista.

Do 21º *Simposium* Nações Unidas/INTOSAI, realizado em Viena, em 2011, subordinado ao tema: “*Práticas efetivas de cooperação entre Instituições Superiores de Controlo e os cidadãos para incrementar accountability pública*”, resultou, entre outras conclusões, que os cidadãos têm o dever de alertar as ISC sobre situações de fraude e corrupção, devendo aquelas criar mecanismos de gestão daquela informação. São ainda apontados os exemplos das ISC do México e EUA, pelos mecanismos criados para receber aquelas denúncias.<sup>154</sup>

Já em 2013, as Nações Unidas, em projeto conjunto<sup>155</sup> com a INTOSAI, publicaram o primeiro documento conclusivo do projeto, sobre o papel das ISC, no combate à corrupção, através da compilação de informação sobre o tema.<sup>156</sup>

Também a OCDE refletiu já esta preocupação confirmando a necessidade das Instituições Superiores de Controlo, atentas às expectativas dos cidadãos, no que concerne ao rigor da gestão pública, deverem dedicar-se a *novos tipos de auditoria*, que permitam identificar a corrupção e a fraude.<sup>157</sup>

O Tribunal de Contas Europeu, disponibiliza no seu *website*, orientações sobre a recolha de dados de auditoria, a condução da entrevista de auditoria e *guidelines* para os auditores, relativamente à temática da fraude.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Mecanismos estes que incluem, entre outros, linhas telefónicas específicas para receção de denúncias e programas informáticos específicos para a deteção de fraudes financeiras. Vd. “*Citizen Engagement Practices by Supreme Audit Institutions – Compendium of Innovative Practices of Citizen Engagement by Supreme Audit Institutions for Public Accountability*”, Economic & Social Affairs, United Nations, 2014, 15 janeiro, p. 9.

<sup>155</sup> Denominado “*INTOSAI Platform for Cooperation with the United Nations*”.

<sup>156</sup> Referimo-nos ao documento disponível em [http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/A\\_UN-INTOSAI\\_Joint\\_Project\\_For\\_Digital%20Book.pdf](http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/A_UN-INTOSAI_Joint_Project_For_Digital%20Book.pdf) (Consultado em 6.2.2015).

<sup>157</sup> Vd. a este propósito, o documento disponível em [http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/3\\_committees/4\\_goal4/FAC\\_TFSP\\_OECD\\_Partners\\_Good\\_Governance\\_Mapping\\_Role\\_SAI.pdf](http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/3_committees/4_goal4/FAC_TFSP_OECD_Partners_Good_Governance_Mapping_Role_SAI.pdf) (Consultado em 6.2.2015).

<sup>158</sup> Informação disponível em <http://www.eca.europa.eu/pt/Pages/AuditMethodology.aspx> (Consultado em 2.2.2015).

A *auditoria forense* é, conforme definição de Singleton (2006), um processo de deteção, prevenção e correção de atividades fraudulentas. Os auditores forenses devem ser capazes de prevenir uma razoável hipótese de fraude.<sup>159</sup>

Também Ayala (2008) define auditoria forense como o tipo de auditoria que pode surgir, sempre que se detetem *fraudes* no decurso de uma auditoria de outro tipo, sendo que a investigação de uma fraude financeira está dependente da identificação do tipo de fraude, o ambiente em que a fraude foi cometida (sector público ou privado) e a legislação aplicável. Por outro lado, uma auditoria forense pode iniciar-se diretamente sem necessidade de uma auditoria prévia de outro tipo, por exemplo, no caso de existirem *denúncias* específicas.

Assim, os enfoques deste tipo de auditoria serão: *preventivo*<sup>160</sup> – auditoria orientada a proporcionar garantia às organizações a respeito da sua capacidade de dissuadir, prevenir, detetar e reagir perante fraudes financeiras, que podem incluir trabalhos prévios de consultadoria para implementar programas e controlos antifraude, esquema de alertas de irregularidades e sistema de administração de denúncias. O enfoque é preventivo porquanto implica encetar ações e tomar decisões no presente para evitar fraudes no futuro. Por seu turno, uma auditoria forense *reativa* é orientada a identificar a existência de fraudes financeiras, mediante a investigação aprofundada com vista a esclarecer sobre o montante da fraude, os seus efeitos diretos e indiretos, possível tipificação legal, presumíveis autores e cúmplices. O *destino* das conclusões deste tipo de auditoria forense é as instâncias judiciais, nomeadamente criminais. O enfoque é reativo, porquanto implica encetar ações e tomar decisões no presente sobre factos ocorridos no passado. Pode existir também a necessidade de realizar uma *auditoria forense integral*, isto é, que seja simultaneamente preventiva e reativa.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> Vd. SINGLETON, Tommie, SINGLETON, Aaron, BOLOGNA, Jack, LINDQUIST, Robert, in "*Fraud Auditing and Forensic Accounting*", John Wiley & Sons, Inc. (ed), 3ª edição, 2006, p. 55.

<sup>160</sup> Ou proativo.

<sup>161</sup> Vd. AYALA, Jorge Badillo, in "*Auditoria Forense – Más que una especialidade profesional una misión: prevenir e detectar el fraude financiero*", Mayo de 2008, Versao 2.0, p. 5, disponível em [https://na.theiaa.org/translations/PublicDocuments/Auditoria\\_Forense\\_Una\\_Misi%C3%B3n\\_JBadillo\\_Mayo08%2814023%29.pdf](https://na.theiaa.org/translations/PublicDocuments/Auditoria_Forense_Una_Misi%C3%B3n_JBadillo_Mayo08%2814023%29.pdf) [Consultado em 24.01.2015]

O benefício da execução de auditorias forenses, no contexto da Instituição Superior de Controlo nacional, prende-se com a utilização adaptada das técnicas específicas de recolha de prova, para efeitos de evidência sustentada e ainda com a definição e preparação do auditor para futuros depoimentos a prestar em sede de julgamento<sup>162</sup>. Por outro lado, ao habilitar o departamento próprio para a receção e tratamento de denúncias, com as *ferramentas* adequadas à análise, numa perspetiva forense, das mesmas, através da *formação específica* ao corpo de fiscalização do Tribunal, permitir-se-ia o desenvolvimento deste tipo de auditorias, a executar por departamento autónomo e específico ou por *auditores especializados* e integrados nas equipas de auditoria, sempre que os indícios de fraude ocorressem no decurso de outro tipo de auditorias entretanto encetadas.

---

<sup>162</sup> As regras processuais, existentes no processo penal, relativas a meios de prova (art.ºs 124º a 170º do Código de Processo Penal [CPP]) e meios de obtenção de prova (art.ºs 171º a 190º do CPP), desempenhariam papel fundamental. Os auditores e técnicos verificadores, pertencem ao corpo especial de fiscalização do Tribunal de Contas. Não são, porém, considerados órgãos de polícia criminal (nem existe necessidade de tal qualificação, pois o escopo da sua atividade é díspar da investigação criminal *tout court*). Contudo, quer por via das já existentes prerrogativas legais, quer considerando as normas internacionais aplicáveis à auditoria pública, nomeadamente a desenvolvida por instituições superiores de controlo, seria de todo conveniente que o corpo de fiscalização do Tribunal de Contas (ou uma parte dele), possuísse formação específica nestas técnicas originariamente naturais da investigação criminal, mas úteis para o desenvolvimento de auditorias forenses. O auditor desempenharia indubitavelmente o papel de perito - hoje formalmente assumido, mas não materialmente reconhecido - sempre que se justificasse. Por outro lado, aquando da recolha de meios de prova, nomeadamente testemunhal e documental, considerando-se as regras previstas na legislação penal a este respeito, assegurar-se-ia, de modo mais eficiente, a eficácia do processo de auditoria para efeitos de propositura de ação de responsabilidade financeira, pelo Ministério Público. A este propósito, defende CLUNY, António: "(...) perante a evidência, em processo de auditoria, da ocorrência de uma infração financeira grave cujo decurso pode afetar a boa gestão ou o uso de dinheiros públicos, seria importante que, em procedimento judicial imediato e separado da própria auditoria, fosse possível avaliar perfunctoriamente os indícios da infração, os riscos subjacentes e a utilidade de, tempestivamente, acautelar o interesse público com medidas eficientes e oportunas", in "Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas – Contributos para uma reflexão necessária", Coimbra Editora, 1ª Ed. Dezembro 2011, p. 242. Por outro lado, também LOPES, Helena Ferreira, ao afirmar "(...) O que constitui prova são os instrumentos probatórios constantes da auditoria ou seja, são os documentos em que o relatório se funda para concluir por uma determinada factualidade – documentos autênticos, autenticados, particulares, incluindo nestes os exames, vistorias, avaliações e declarações prestadas pelos responsáveis ou por outrem." e mais adiante "(...) A auditoria consubstancia-se numa atividade de perceção e valoração de determinada realidade fáctica, efetuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos e científicos – os auditores. Equivale isto a dizer que estamos perante uma atividade pericial e que a auditoria é uma perícia.", reconhece a equivalência dos auditores a peritos, tal como previstos e definidos no CPP e a importância dos meios de prova, utilizados no processo de auditoria, in "O valor probatório do relatório de auditoria em juízo", in II *Encuentro de los Tribunales de Cuentas de España y Portugal*. León, 23 y 24 de septiembre de 2004 – Madrid, 2005, pp. 297-318. Por outro lado, não seria de todo insipiente que as definições gerais, relativas à prova, previstas nos art.ºs 513º a 522º-C do Código de Processo Civil (CPC), estivessem subjacentes à metodologia de recolha de prova a efetuar no âmbito deste tipo de auditorias.

A *mais-valia* resultante desta formulação inovadora<sup>163</sup> seria a realização de auditoria vocacionada para a *avaliação perfunctória do risco* e da *deteção da fraude financeira*, na senda do definido pelas organizações internacionais como uma preocupação que as ISC devem ter<sup>164</sup>, habilitando, desde logo, de modo *eficiente* o Ministério Público, para propositura de ação de responsabilidade financeira ou remessa do processo de auditoria às instâncias próprias, caso fossem detetados ilícitos de natureza criminal. Esta solução permitiria, a nosso ver, um *ganho de eficácia* nas ações propostas pelo Ministério Público.

#### 2.3.4.3. A avaliação (de programas públicos)

Outros dos poderes do Tribunal de Contas, a par do controlo da legalidade, da regularidade e da boa gestão financeira, é o da *avaliação*. Num plano axiológico-normativo, como defende Tavares (2014), podemos afirmar que avaliação concretizada pelo Tribunal de Contas, enquanto parte de um controlo completo da legalidade, abrange a verificação da conformidade com a juridicidade.<sup>165</sup>

Partindo do contexto constitucional que define os parâmetros da atuação da Administração Pública, enquadrando-a com os princípios fundamentais não só ali previstos, mas também no art.º3º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), da prossecução do interesse público, do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça da imparcialidade, da boa-fé e da boa administração, a Lei n.º 98/97 de 26 de agosto, atribui ao Tribunal de Contas poderes de controlo e de *avaliação* (para além de promover a existência de um sistema de controlo aos níveis nacional e comunitário).<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> A qual, a concretizar-se, necessariamente implicaria alterações pontuais à orgânica da Direção-Geral do Tribunal de Contas.

<sup>164</sup> Atente-se na ISSAI 1240, da INTOSAI, especialmente dedicada às responsabilidades do auditor, em relação à fraude, em auditorias financeiras. Disponível em [http://www.issai.org/media/13096/issai\\_1240\\_e\\_.pdf](http://www.issai.org/media/13096/issai_1240_e_.pdf) [Consultado em 24.01.2015]

<sup>165</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., in "*Estudos de Administração e Finanças Pública*", Almedina, 2014, 2ª edição atualizada, p. 175.

<sup>166</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., *op. cit.*, p. 175.

O termo avaliação cobre uma multiplicidade de atividades e um significativo número de métodos. As mais das vezes é utilizada para ajudar na definição de novas políticas (*polícies*), outros alinhamentos dos programas (públicos), em avaliação, de modo a torna-los mais efetivos<sup>167</sup>. Alguns autores identificam enorme similitude entre os métodos utilizados em auditorias de desempenho (*performance ou value-for-money*) e na avaliação de programas.

De acordo com a definição da INTOSAI, a *avaliação* consiste numa “investigação sistemática de uma organização ou instituição, programa ou projeto, ou processo ou política, que tem em vista beneficiar a sociedade”.<sup>168</sup>

O espectro de *efetividade* da avaliação é, porém, maior do que o da auditoria de desempenho. De acordo com Tavares (2014), que apesar de tudo encontra similitudes entre as noções de avaliação e de auditoria de desempenho, a avaliação “vai muito mais longe quanto ao seu conteúdo e métodos utilizados: relativamente ao conteúdo, a avaliação visa analisar a adequação dos objetivos às necessidades identificadas, ou seja, a sua pertinência e oportunidade; por outro lado, todos os efeitos (...) de um programa (...) constituem objeto da avaliação; também a própria adequação, coerência e proporcionalidade dos meios em relação aos objetivos fixados é um aspeto igualmente relevante; e, por último, na avaliação ponderam-se os níveis dos resultados obtidos e a determinação das suas causas.”<sup>169</sup>

Apesar de existirem ISC que entendem que a auditoria de desempenho compreende a avaliação de programas e de políticas públicas<sup>170</sup>, vários autores consideram que os seus objetivos são, efetivamente, diferentes. Mayne (2006) identifica similaridades e diferenças entre estes dois instrumentos de controlo:

---

<sup>167</sup> Cfr. LONSDALE, Jeremy, BEMELMANS-VIDEC, Marie-Louise, PERRIN, Burt, in “*Making accountability work: Dilemmas for evaluations and for audit*”, Comparative Policy Evaluations, Vol. 14, 2007, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, p. 11.

<sup>168</sup> Cfr. Working Group on Program Evaluation, “*Program Evaluation for SAI's – A Primer*”, Paris, 2010, p. 29.

<sup>169</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., *op. cit.*, p. 173.

<sup>170</sup> Cfr. OFFICE OF THE AUDITOR GENERAL OF CANADA, *Performance Audit Manual*, Ottawa, 2004, p. 13.

ambos possuem como objetivo avaliar a atuação dos programas do sector público, utilizando métodos sistemáticos, realizados por profissionais.<sup>171</sup>

Por outro lado, Leeuw (1996) e Divorski (1996)<sup>172</sup> defendem que as *técnicas experimentais ou quase-experimentais*, utilizadas na avaliação, não são admitidas em auditorias de desempenho, embora Leeuw (1996) sustente que possa existir uma fusão entre os dois instrumentos, no futuro. Pollit & Summa (1996)<sup>173</sup> por seu turno, explicam que a diferenciação básica entre os dois instrumentos não se consubstancia na utilização de diferentes técnicas ou métodos, mas antes nas definições institucionais de ambas.

### 2.3.5. Os efeitos do controlo

Seja no âmbito do controlo prévio<sup>174</sup>, seja em sede de verificação externa de contas<sup>175</sup>, no âmbito de auditorias<sup>176</sup> ou ainda de efetivação de responsabilidades financeiras<sup>177</sup>, um dos poderes do Tribunal de Contas é o de efetuar *recomendações* (a par das observações e conclusões).

As *recomendações* do Tribunal de Contas definem-se, de acordo com Tavares (2014), como um “ato de um órgão público (Tribunal de Contas), no exercício dos seus poderes legais de controlo da legalidade, da regularidade e

---

<sup>171</sup> Cfr. MAYNE, John, in “*Audit and Evaluation in Public Management: Challenges, reforms and Different Roles*”, The Canadian Journal of Program Evaluation Vol. 21 N.º. 1, 2006, pp 11–45, Canadian Evaluation Society, p. 26.

<sup>172</sup> Cfr. LEEUW, F. in “*Auditing and evaluation: Bridging a gap, worlds to meet? New Directions for Evaluation*”, p 51–60 e DIVORSKI, S. in “*Differences in the approaches of auditors and evaluators to the examination of government policies and programs.*”, in “*Evaluation and auditing: Prospects for convergence (New Directions for Evaluation)*”, n.º. 71, C. Wisler (Ed.), San Francisco: Jossey-Bass pp. 7–14, *apud* MAYNE, John, in “*Audit and Evaluation in Public Management: Challenges, reforms and Different Roles*”, The Canadian Journal of Program Evaluation Vol. 21 N.º. 1, 2006, pp 11–45, Canadian Evaluation Society, p. 27.

<sup>173</sup> Cfr. POLLIT, C. & SUMMA, H., in “*Performance audit and evaluation: Similar tools, different relationships?*”, C. Wisler (Ed.), in “*Evaluation and auditing: Prospects for convergence (New Directions for Evaluation)*”, n.º 71 pp. 29–50. San Francisco: Jossey-Bass *apud* MAYNE, John, in “*Audit and Evaluation in Public Management: Challenges, reforms and Different Roles*”, The Canadian Journal of Program Evaluation Vol. 21 N.º. 1, 2006, pp 11–45, Canadian Evaluation Society, p. 27.

<sup>174</sup> Cfr. Alínea c) do n.º 3 e do n.º 4 do art.º 44º da LOPTC.

<sup>175</sup> Cfr. Alínea i) do n.º 3 do art.º 54º da LOPTC.

<sup>176</sup> Cfr. Art.º 55º da LOPTC.

<sup>177</sup> Cfr. Art.º 62º da LOPTC.

da gestão financeira, em que, verificadas determinadas situações, indica/aconselha/apela/exorta os órgãos controlados a seguir determinado caminho em ordem a suprir ou corrigir as mesmas ou evitar a sua ocorrência no futuro”.<sup>178</sup>

Mas considerando esta definição, qual a *natureza jurídica* das recomendações? Qual o alcance da sua dimanação (o seu objeto)? Que *consequências* se verificam para as entidades destinatárias, do seu não acatamento?

Na linha de autores como Tavares (2014), Costa (2010) ou Ventura (2013), podemos afirmar que estas se distanciam das noções de *decisão* – no sentido em que estas não constituem ordens, determinações ou comandos. Por outro lado, não se quedam na noção de *parecer*, pois sendo um ato opinativo, encerram em si um apelo sobre o(s) caminho(s) a seguir<sup>179</sup>. Por fim, também não estamos perante um *ato materialmente jurisdicional*, porque desde logo ausente o carácter vinculativo e coercivo *tout court*, do ato. Assim, diremos que as recomendações, enquanto atos dimanados pelo Tribunal de Contas, possuem *natureza não normativa*.<sup>180</sup>

Porém, se atentarmos na consequência do seu não acatamento, verificamos a possibilidade, face ao disposto no n.º 1 do art.º 65º da LOPTC<sup>181</sup>, daquela ser suscetível de gerar, na esfera jurídica do *destinatário da recomendação*, responsabilidade financeira sancionatória. Podendo divergir da

---

<sup>178</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., *op. cit.*, p. 318.

<sup>179</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., “Reflexões sobre o conceito, a natureza e o regime das Recomendações do Tribunal de Contas”, in “Estudos de Administração e Finanças Pública”, Almedina, 2014, 2ª edição atualizada, p. 323.

<sup>180</sup> Cfr. definição de VENTURA, Catarina Sampaio, in “O poder da recomendação”, p. 5, comunicação proferida no III Encontro Nacional de Provedores do Estudante, Coimbra, 11 de outubro de 2013, as recomendações não normativas, são recomendações individuais e concretas ou específicos modos de agir da administração pública. Também PINTO, Lacerda da Costa e VEIGA/Alexandre Brandão da, in “Natureza, Limites e Efeitos das Recomendações e Pareceres Genéricos da CMVM”, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 12, dezembro 2001, p. 275, defendem que “a qualificação de um ato como normativo, sujeito-o a um apertado crivo de controlo, nomeadamente quanto ao seu objeto e à relação com as demais fontes dos sistemas dos atos normativos. (...) Por isso, a diferença específica que faz com que as figuras das recomendações e dos pareceres genéricos não sejam atos normativos é a ausência da natureza imperativa ou obrigatória para os seus destinatários.”

<sup>181</sup> Que pune o não acatamento reiterado e injustificado das injunções e das recomendações do Tribunal de Contas, como responsabilidade financeira sancionatória.

opção de inserção sistemática do preceito, ou mesmo da natureza do mesmo<sup>182</sup>, o certo é que aquele que deva, em função de uma recomendação dimanada do Tribunal de Contas, adotar ou omitir um comportamento<sup>183</sup>, pode afastar-se dessa indicação, fundamentando, contudo, a sua opção.

Com efeito, o acatamento ou a falta dele, das recomendações do Tribunal de Contas, releva, para a entidade auditada, em sede de *avaliação da culpa*, nomeadamente no que respeita à efetivação da responsabilidade financeira. Por outro lado, em sede de controlo prévio, sempre que seja emitido visto com recomendações, não sendo estas acolhidas, caso venham a ser submetidos casos posteriores similares, o visto terá que ser recusado, com as devidas e legais consequências.

Por fim, o Tribunal deverá proceder a *auditorias de acompanhamento de recomendações*, na senda das diretrizes da INTOSAI, sobre esta matéria<sup>184</sup>, dirigindo os seus relatórios aos órgãos diretamente visados, com eventuais recomendações complementares, aos órgãos superiores hierárquicos e de tutela ou superintendência, caso existam; à Assembleia da República, ao Ministério Público, para efeitos de apuramento das responsabilidades a que houver lugar (art.º 29º, 57º e 89º da LOPTC), para publicação no Diário da República ou nos Jornais Oficiais das Regiões Autónomas (art.º 9º da LOPTC) e para difusão “através de qualquer meio de comunicação social, após comunicação às entidades interessadas” (art.º 9º, nº 4 da LOPTC).<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> Cfr. COSTA, Paulo Nogueira da, in “*O Tribunal de Contas e a Boa Governança - Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*”, 2014, Coimbra Editora, p. 491.

<sup>183</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., *op. cit.*, p. 326.

<sup>184</sup> Atente-se, a título exemplificativo, nas conclusões do XI Congresso da INTOSAI, realizado nas Filipinas, em 1983, segundo as quais, as ISC, pela sua natureza e razão de ser, devem dispor do poder de formular recomendações tendo em vista a melhoria da gestão administrativa e financeira e, consequentemente, devem as mesmas, em princípio, ser acatadas, sendo desejável que, em cada Estado, existam mecanismos adequados ao acompanhamento da sua aplicação e ao apuramento das responsabilidades inerentes, ou nos Princípios 6 e 7 da *Carta sobre a Independência das ISC*, dimanada da *Subcomissão para a independência das ISC (Sub-committee on SAI independence)*, que resultou do XVI Congresso, daquela instituição, realizado em Montevideu, em 1998.

<sup>185</sup> Cfr. TAVARES, José F. F., *op. cit.*, pp. 327-328.

### III CAPÍTULO

## A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

*“Todos somos responsáveis de tudo, perante todos”*

FIODOR DOSTOIEVSKI

### 3.1. A função jurisdicional do Tribunal de Contas – a jurisdição financeira

Discorreremos, atrás, sobre uma das funções do Tribunal de Contas – a função jurisdicional. Esta é exercida sobre os sujeitos e entidades que têm a seu cargo a guarda e gestão de dinheiros públicos, os quais, de harmonia com princípios gerais, devem *prestar contas* dessa atividade ao titular dos bens ou recursos (públicos) administrados, sujeitando-se, desse modo, à jurisdição do Tribunal de Contas.<sup>186</sup>

Dispondo do seu mandato constitucional, nomeadamente após a revisão da Lei Fundamental de 1989<sup>187</sup> - art.º 214º, nº 1, al. c), o Tribunal de Contas viu, a partir de 2006, alargada a sua jurisdição. Sobre a reforma introduzida com esta alteração legislativa, já nos referimos, contudo, no ponto 1.2. do presente trabalho. Sempre se dirá, contudo, que foi a partir de 2006, que se inverteu o paradigma relativo à natureza da jurisdição do Tribunal de Contas – abandonou-se uma perspetiva subjetiva – dependente da natureza da entidade – optando-se por outra, objetiva – abarcando as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos -

---

<sup>186</sup> Cfr. FRANCO, João do Carmo, in *“Contribuição para o Estudo da Responsabilidade Financeira”*, Revista do Tribunal de Contas, nº 23, janeiro/setembro de 1995, p. 123.

<sup>187</sup> Explica-nos CLUNY, António, in *“Responsabilidade financeira reintegratória e responsabilidade civil delitual de titulares de cargos políticos, funcionários e agentes do Estado”*, Revista do Tribunal de Contas, nº 32, julho/dezembro de 1999, p. 114, que a Constituição de 1976, previa que a competência do Tribunal de Contas, no âmbito da efetivação de responsabilidade financeira dos contáveis, estava adstrita apenas e só ao julgamento de contas. Tal decorria já, aliás, de legislação específica sobre *o julgamento da conta*, na aceção do art.º 32º do Decreto 22 257 de 25/2/1933.

consagrando em definitivo o *direito de sequela* dos dinheiros e valores públicos.<sup>188</sup>

Compreende-se pois que num Estado de Direito democrático, seja um órgão *independente e imparcial*, configurado constitucionalmente como o órgão supremo fiscalizador das finanças públicas, a julgar e efetivar a responsabilidade por infrações financeiras. É neste *competência judicativa* que se espriam os poderes materialmente jurisdicionais, distintos e complementares dos poderes de controlo financeiro.<sup>189</sup>

Guilherme D'Oliveira Martins (2010) alerta-nos para o novo conceito de Administração Financeira Pública. Defende o autor que se assiste hoje a uma *fuga* para o direito privado, da Administração pública tradicional. Fuga esta inevitável, face às novas exigências relacionadas com a disciplina orçamental, redução de despesas e adequação dos impostos ao princípio das capacidades contributivas, mas também não justificante de um abrandamento do controlo público independente encetado pelo Tribunal de Contas. Assim se justifica que a Administração financeira pública tenha que abranger não só as entidades integradas na esfera do direito público, mas também aquelas pertencentes à esfera do direito privado, desde que esta se desenvolva a partir da *objetiva utilização* dos meios públicos.<sup>190</sup>

E este tem sido o trilha lógico, adotado na generalidade pelos Estados democráticos. Com efeito, já no Tratado de Roma se reconhece a importância do *facto contável*, nos dispositivos ali constantes, relacionados com a planificação contável, critérios de valoração e auditoria. O *facto contável*, tal

---

<sup>188</sup> Assim discorre MARTINS, Guilherme D'Oliveira, in "A responsabilidade financeira – evoluções recentes", Cadernos de Justiça Administrativa, nº 88, julho/agosto 2011, p. 56.

<sup>189</sup> Cfr. FRANCO, João do Carmo, in "A responsabilização financeira efetivada por jurisdição especial", Revista Fiscalidade, nº 32, pp. 78-79.

<sup>190</sup> A este propósito, refere ROCHA, Joaquim Freitas da/GOMES, Noel, in "Da responsabilidade financeira", Revista *Scientia Iuridica*, Tomo LXI, nº 329, maio/agosto 2012, p. 312, que, para efeitos orçamentais, o conceito de Administração Pública se alargou, passando a incluir diferentes realidades institucionais como sejam as *entidades públicas reclassificadas*, expressão utilizada na Lei de Enquadramento Orçamental (Lei nº 91/2001 de 20.8, na redação dada pela Lei nº 22/2011 de 20.05), tradicionalmente excluídas do setor público administrativo, embora com movimentação financeira pública, relevante. Também estas entidades passam agora pelo crivo jurisdicional do Tribunal de Contas, sendo certo que a sua anterior exclusão, gerou inclusive dúvidas acerca da constitucionalidade da desigualdade de tratamento verificada, conforme defende CARMO, João Franco do, in "A responsabilização financeira efetivada por jurisdição especial", Revista Fiscalidade, nº 32, outubro/dezembro de 2007, p. 82.

como referia José Maria Fernández Pirla, Presidente do *Tribunal de Cuentas* espanhol, em 1984, constitui, no mundo em que vivemos, uma manifestação de carácter social, tão importante como outras que, em etapas passadas, foram já enquadradas legalmente. A necessidade, portanto, da criação do *direito contável*, não é discutível, e por conseguinte, a jurisdição contável, que nasceu em Espanha no âmbito do sector público (tal como em Portugal), pode ser considerada como uma manifestação decisiva da sociedade espanhola no processo de criação deste novo ramo do direito.<sup>191</sup>

A competência jurisdicional original do Tribunal de Contas bastava-se no julgamento da conta, apresentada pelos contáveis, sempre que evidenciadas infrações financeiras. Hoje, não é exclusivamente na sequência do julgamento da conta, que nasce na esfera jurídica do responsável financeiro, o dever de *repor, indemnizar* ou de *pagar uma multa* (Cluny, 2011)<sup>192</sup>

Com a alteração legislativa de 2006, introduzida na LOPTC, o art.º 58º da LOPTC abandonou o catálogo de processos, passíveis de instauração sempre que detetada qualquer infração financeira e, restringindo aquele, passou a prever apenas que a efetivação de responsabilidades financeiras ocorresse mediante *julgamento de contas* e *julgamento de responsabilidades financeiras*.<sup>193</sup>

Isto apesar de hoje, o julgamento de contas ser uma *atividade residual* do Tribunal, como afirma Magalhães (2006), e adiante tentaremos demonstrar.

194

---

<sup>191</sup> Tradução livre, do prólogo proferido pelo Presidente do Tribunal de Cuentas, em 1984, José Maria Fernández Pirla, in SANCHÉZ, Pascual Sala, in "*La jurisdicción contable – Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España*", Revista Española de Control Externo, Madrid, 1984, p. 88.

<sup>192</sup> Cfr, CLUNY, António, in "*Responsabilidade financeira e Tribunal de Contas – Contributos para uma reflexão necessária*", Coimbra Editora, dezembro 2011, p. 193.

<sup>193</sup> Esta alteração legislativa ocorre, face à constatação de inutilidade de algumas das espécies de processos anteriormente previstos no nº 1 do art.º 58º e que eram – processo de julgamento das contas, de julgamento de responsabilidades financeiras e de fixação de débito aos responsáveis ou de declaração de impossibilidade de julgamento e ainda em processos de multa. Vd., a este conspecto, CLUNY, António, in "*Responsabilidade financeira e Tribunal de Contas – Contributos para uma reflexão necessária*", Coimbra Editora, dezembro 2011, p. 195.

<sup>194</sup> Cfr, MAGALHÃES, Lídio, in "*Algumas reflexões sobre o regime da responsabilidade financeira na Lei nº 98/97 de 26/8º*", Revista Scientia Iuridica, T. 50, nº 307, julho/Setembro de 2006, p. 438.

O processo jurisdicional está estruturado como um *processo simplificado*, sem olvidar, contudo, todas as garantias de defesa dos demandados, num *contraditório pleno* (pessoal e institucional) e com audiência pública de julgamento. Os processos são decididos, em 1ª instância, por um só juiz (Morais Antunes, 2010)<sup>195</sup>

Subsidiariamente, de modo a prevenir quaisquer omissões, aplicar-se-á o Código de Processo Civil, sem prejuízo da aplicação do Código de Processo Penal sempre que esteja em causa matéria sancionatória.<sup>196</sup>

### 3.2. As dimensões inerentes à atividade financeira pública

A par de uma ideia de *fiscalização*, exige-se o seu reverso lógico: a ideia de *responsabilização*, com o objetivo do apuramento de eventuais erros, irregularidades ou infrações no funcionamento interno da atividade financeira, com as consequências legais daí decorrentes para o agente que praticou os atos correspondentes.<sup>197</sup>

Carmo (1995) entende que *responsabilidade* será a situação jurídica em que se encontra o sujeito que, tendo praticado um comportamento ilícito, vê formar-se na sua esfera jurídica a obrigação de suportar certas sanções ou consequências desfavoráveis.<sup>198</sup>

Guilherme D'Oliveira Martins (1996), por seu turno, define *responsabilidade financeira* como o dever e sujeição de um titular de cargo

---

<sup>195</sup> Cfr. previsto no n.º 3 do art.º 79º da LOPTC. Vd. MORAIS ANTUNES, Carlos Alberto, "*O julgamento do Tribunal de Contas no âmbito da responsabilização financeira*", Palestra proferida na VI Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP, S. Tomé e Príncipe, 11 a 14 de outubro de 2010, Ed. Centro de Estudos e Formação, Lisboa, 2011, p. 36.

<sup>196</sup> Vd. art.º 80º da LOPTC. A aplicação subsidiária, consoante o tipo de responsabilidade *sub judice*, das regras disciplinadoras do processo civil e do processo penal, apresenta algumas críticas, de que nos ocuparemos adiante, as quais aparentemente mereceram consagração na Lei n.º 20/2015 de 9 de março.

<sup>197</sup> Cfr. CARMO, João Franco do, in "*Contribuição para o estudo da responsabilidade financeira*", Revista do Tribunal de Contas, n.º 23, janeiro/Setembro de 1995, p. 52.

<sup>198</sup> Cfr. CARMO, João Franco do, in "*Contribuição para o estudo da responsabilidade financeira*", Revista do Tribunal de Contas, n.º 23, janeiro/Setembro de 1995, pp. 47-48, na senda da definição de responsabilização de FRANCO, António de Sousa, in "*Finanças Públicas e Direito Financeiro*", 2ª ed., Coimbra, 1988, p.402, que afirmava falar-se de responsabilização quando o objetivo do controlo é o apuramento de eventuais erros ou irregularidades, quer para ilibar as entidades controladoras, quer para promover a respetiva efetivação das formas de responsabilidade que ocorram.

político ou de um funcionário ou agente do Estado e das demais entidades públicas (ou privadas, acrescentamos nós), a quem sejam confiados dinheiros públicos, à prestação de contas (controlo financeiro) e a sanções ou à obrigação de proceder a uma reparação e consequência do ato de execução financeira praticado em violação de leis (controlo jurisdicional).<sup>199</sup>

E prossegue o autor, afirmando que a responsabilidade pela prática de atos financeiros é uma das *consequências* da produção de atos financeiros ilegais ou irregulares. Relativamente ao valor jurídico do ato, pode cominar-se a sua inexistência, invalidade, ineficácia ou mera irregularidade, porém, no que concerne ao agente que o praticou há que prever as sanções ou outras consequências que decorram da violação da lei.

Nestes termos, *latu sensu*, podemos considerar as seguintes *dimensões* de responsabilidade por atos de natureza financeira:

a) *A dimensão política* – a responsabilidade política baseia-se em *juízos de mérito*, resultantes de *critérios políticos* de apreciação, embora com *consequências juridicamente relevantes*. Esta responsabilidade pode resultar de atuações na área financeira, sendo que o ato mais credor da responsabilidade política do Governo é a apreciação da Conta Geral do Estado pela Assembleia da República e a apresentação das contas regionais perante as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas.<sup>200</sup> Por outro lado, conforme ensina Martínez (1967), o fenómeno financeiro integra um elemento político, posto que “é criado por uma vontade política, nos termos que se julga ajustáveis a essa vontade; através dele pretende-se obter um resultado prático que também oferece conteúdo político”. Assim, responsabilizados politicamente são, ou podem ser, determinados sujeitos colocados no topo da Administração Pública, em virtude, fundamentalmente, da globalidade e discricionariedade da sua atuação e por referência a padrões que relevam do foro político e das

---

<sup>199</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, in “*Dicionário Jurídico da Administração Pública*”, Maio/96, p. 275. Entrelinhámos que também as entidades privadas, como vimos atrás, estão sujeitas ao controlo financeiro e jurisdicional do Tribunal de Contas. Esta sujeição foi posterior a 1996, como também já abordado, facto pelo qual não consta da definição dada.

<sup>200</sup> Cfr. resulta dos art.ºs 162º e 232º, nº 1, da CRP. Esta definição exposta resulta do dizer de MAGALHÃES, Lídio, in “*Notas sobre a responsabilidade financeira*”, Revista do Tribunal de Contas, nº 5/6, janeiro/junho de 1990, p. 16.

regras que lhe estão associadas.<sup>201</sup> Carmo (1995) distingue ainda, dentro da responsabilidade política, a *responsabilidade orçamental* e a *responsabilidade derivada da prática de atos financeiros*, reportando-se a primeira à definição aqui postulada, de Magalhães (1990) aferida de acordo com a competência do Tribunal de Contas de controlo jurisdicional da execução orçamental e a segunda, à responsabilidade de titulares de cargos políticos (tratando-os como responsáveis sob o foro político, civil e criminal), dos funcionários do Estado e das demais entidades públicas (responsabilizáveis civil, criminal e disciplinarmente), na aceção que lhes é dada na Lei de Enquadramento Orçamental.<sup>202</sup>

b) *A dimensão criminal* – O princípio geral da responsabilização criminal de titulares de cargos políticos e dos funcionários e agentes do Estado, encontra-se consagrado constitucionalmente.<sup>203</sup> A lei, contudo, tipifica vários crimes suscetíveis de serem cometidos por funcionários e titulares de órgãos do Estado, considerando os bens jurídicos em causa – a tutela do património e dos dinheiros públicos.<sup>204</sup> Em lei especial<sup>205</sup>, estão tipificados os chamados “crimes de responsabilidade”<sup>206</sup>. A própria LOPTC, no n.º 1 do art.º 52º, na

---

<sup>201</sup> Cfr. MARTÍNEZ, Soares, in “*Introdução ao Estudo das Finanças*”, Lisboa, DGCI-CEF, 1967, p. 35, *apud* CARMO, João Franco do, in “*Contribuição para o estudo da responsabilidade financeira*”, Revista do Tribunal de Contas, n.º 23, janeiro/Setembro de 1995, p. 53.

<sup>202</sup> Cfr. CARMO, João Franco do, *op. cit.*, p. 55.

<sup>203</sup> Cfr. art.ºs 117º, n.º 1 e 271º, n.º 1 da CRP.

<sup>204</sup> A este propósito, atente-se, como exemplo, nas tipificações constantes do Código Penal (CP), nomeadamente a dos art.ºs 372º a 374º-B (crimes cometidos no exercício de funções públicas - corrupção); 375º a 377º (crime de peculato), 382º (abuso de poder) ou 383º (crime de violação de segredo) específicas para funcionários públicos, na aceção do art.º 386º do CP, ou outros, em que o agravamento da moldura penal dos crimes comuns, opera por via da qualidade do agente do crime, por ex.: art.º 367º (favorecimento pessoal), agravado no art.º 368º.

<sup>205</sup> Lei n.º 34/87 de 16 de julho, sucessivamente alterada, sendo a alteração mais recente a constante da Lei n.º 4/2013 de 14 de janeiro. Atente-se, a título exemplificativo, nas disposições constantes dos art.º 14º (Violação de norma de execução orçamental), ou 20º e 21º, que punem, respetivamente, o peculato e o peculato de uso.

<sup>206</sup> Os quais tiveram assento constitucional nas Constituições anteriores à em vigor, a qual, apenas estipula hoje que os titulares de cargos políticos são responsáveis criminalmente, remetendo a concretização dessa responsabilidade para a lei ordinária (Lei n.º 34/87 de 16 de julho). Estes crimes podem ser agrupados em cinco categorias, como sugere COSTA, Eduardo Maia, in “*Responsabilidade Criminal dos Titulares de Cargos Políticos*”, IGAT, Abril 1999, *apud* SOUSA, Alfredo José de, in “*Crimes de Responsabilidade (Violação de Normas de Execução Orçamental)*”, Revista de Direito THEMIS, III.5, 2002, pp. 117-118, a saber – crimes contra a

versão de 1989<sup>207</sup>, punia com pena aplicável ao crime de falsificação aqueles que, dolosamente introduzissem nos processos ou nas contas, elementos destinados a induzir o Tribunal de Contas em erro<sup>208</sup>. Com a publicação da Lei n.º 98/97 de 26 de agosto, foram erradicadas as disposições relativas às “sanções criminais”, aplicáveis no âmbito da LOPTC. O novo regime sancionatório consta hoje da Lei n.º 34/87 de 16 de julho, que na alteração sofrida em 2010<sup>209</sup>, vê aditado um artigo – 3.º-A, que faz aplicar as disposições constantes daquela lei, aos titulares de altos cargos públicos<sup>210</sup>.

c) *A dimensão civil* – Importantes alterações legislativas foram, nos últimos anos, introduzidas a este nível. Com efeito, a reforma de 1989 da Constituição da República Portuguesa, o novo regime de responsabilidade extracontratual do Estado e ainda as disposições relativas ao procedimento administrativo, também estas recentemente alteradas, através do Decreto-Lei n.º 4/2015 de 7 de janeiro (que entrará em vigor em 8 de Abril de 2015), relevam para efeitos da caracterização da repercussão das obrigações de natureza civil, na responsabilidade financeira. Atente-se assim, no art.º 22.º da CRP<sup>211</sup>, no que concerne à responsabilidade (civil) das entidades públicas, art.º 117.º, n.º 1, aos titulares de cargos políticos, relativamente à responsabilidade política, civil e criminal, pelas ações ou omissões que pratiquem no exercício das suas funções, e no art.º 271.º, referente à possibilidade de responsabilização

---

segurança do Estado, crimes contra a realização da justiça, crimes contra a legalidade da administração pública e violação de normas de execução orçamental.

<sup>207</sup> Lei n.º 86/89 de 8 de setembro, revogada pela Lei n.º 98/97 de 26 de agosto.

<sup>208</sup> Cfr. MAGALHÃES, Lídio, in “Notas sobre a responsabilidade financeira”, Revista do Tribunal de Contas, n.º 5/6, janeiro/junho de 1990, pp. 17-18.

<sup>209</sup> Lei n.º 41/2010 de 3 de setembro.

<sup>210</sup> São considerados para efeitos da Lei, titulares de altos cargos públicos, os gestores públicos, os titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este, os membros de órgãos executivos das empresas que integram o setor empresarial local, os membros dos órgãos diretivos dos institutos públicos, os membros das entidades públicas independentes previstas na Constituição ou na lei e os titulares de cargos de direção superior de 1.º grau ou equiparados, cfr. art.º 3.º-A da Lei n.º 34/87 de 16 de julho.

<sup>211</sup> Que reza: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

civil, criminal e disciplinar dos funcionários e agentes do Estado. A consagração da responsabilidade civil do Estado encontra eco, não só nestas disposições constitucionais, como ainda nos art.º s 3º nº 2 e 11º nº 2 (anterior art.º 7º, nº 2), do Novo Código de Procedimento Administrativo (NCPA), ressaltando-se ainda as importantes disposições relativas a obrigações pecuniárias, previstas na alínea k) do art.º 161º, daquele NCPA<sup>212</sup> e artigos 176º e 179º, também referentes a este tipo de obrigações<sup>213</sup>. No que se refere à responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, uma das tradicionais formas de responsabilidade perante o Estado, é a que resulta do exercício, por este, do *direito de regresso*, previsto no art.º 8º nº 3 e 6º, nº 1 da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei nº 31/2008 de 17 de julho<sup>214</sup> e no art.º 63º da LOPTC, o qual é exigível sempre que se verifiquem as seguintes situações – no caso de negligência leve, praticada pelo titular do órgão, funcionário ou agente, o que gera a *irresponsabilidade* daqueles<sup>215</sup>, ou caso de ter existido funcionamento anormal do serviço.

d) *A dimensão disciplinar* – As disposições da Lei nº 35/2014 de 20 de junho (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – LGTFP)<sup>216</sup> relativas à responsabilidade disciplinar dos funcionários e agentes da Administração Central, Regional e Local, anteriormente contidas em Estatuto autónomo<sup>217</sup>, mantêm as asserções anteriormente previstas, no catálogo não fechado, das penas de suspensão e demissão. Assim, prevê-se que os funcionários que recebam fundos, cobrem receitas ou recolham verbas de que não prestem

---

<sup>212</sup> Que comina com a nulidade, a verificação de atos que criem obrigações pecuniárias não previstas na lei.

<sup>213</sup> Apesar da postergação de um tradicional princípio de direito administrativo, que consistia no “privilégio de execução prévia”, pois esta matéria irá ser regulada em diploma autónomo, mantendo-se, porém, em vigor, este instituto, até àquela aprovação.

<sup>214</sup> Como era estabelecido no Decreto nº 48051 de 21 de novembro de 1967, Vd. a este propósito, MAGALHÃES, Lídio, in “Notas sobre a responsabilidade financeira”, Revista do Tribunal de Contas, nº 5/6, janeiro/junho de 1990, p. 19.

<sup>215</sup> Cfr. art.º 7º, 8º, nºs 1, 2 e 3 do Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

<sup>216</sup> Vd. art.º 186º, alínea k) e art.º nº 297º, nº 3, alíneas l) e n), da Lei citada.

<sup>217</sup> Anteriores Decreto-Lei nº 24/84 de 16 de Janeiro, revogado pela Lei nº 58/2008 de 9 de setembro, entretanto outrossim revogado pela Lei nº 35/2014 de 20 de junho.

contas nos prazos legais, possam ser punidos com a pena de suspensão. Por outro lado, um dos fundamentos de despedimento ou demissão por motivo disciplinar, com inviabilização de manutenção do vínculo, continua a ser a infração cometida pelo funcionário que seja “encontrado em alcance ou desvio de dinheiros públicos”, ou que “com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício económico ilícito, falte aos deveres funcionais, não promovendo atempadamente os procedimentos adequados, ou lese, em negócio jurídico ou por mero ato material, designadamente por destruição, adulteração ou extravio de documentos ou por viciação de dados para tratamento informático, os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar, defender ou realizar.”. Na LGTFP, deverá atentar-se ainda nos preceitos constantes dos art.º 10º, n.º 4, relativo à nulidade dos contratos de prestação de serviço, 42º, n.º 6, sobre a impossibilidade de recusa, pela entidade competente, de assinatura do termo de aceitação e 63º, n.º 1, relativo a contratos a termo irregulares, todos suscetíveis de gerar *responsabilidade financeira*, para os seus perpetradores. Ainda naquele diploma legal, está prevista a possibilidade de acumulação de funções públicas remuneradas, por participação em conselhos consultivos e em comissões de fiscalização ou outros órgãos colegiais de fiscalização ou controlo de dinheiros públicos.<sup>218</sup>

Uma breve nota acerca do futuro deste instituto, no direito italiano, que nos parece interessante como mote para as considerações seguintes: Em Itália (Terzini, 2010) discute-se hoje o caminho a trilhar, no que concerne à responsabilidade financeira, no sentido de perceber se se deve optar pelo desenvolvimentos dos instrumentos repressores da *Corte dei Conti* ou se, tendo em conta a dimensão das administrações públicas e a sua complexidade, será preferível investir na atualização técnica de modo a evitar distorções, defendendo a autora que estes dois caminhos são complementares entre si.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Cfr. art.º 21º, n.º 2, al. b), da LGTFP.

<sup>219</sup> TERZINI, Filomena, in “*La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione della Corte dei Conti*”, apud MERLONI, Francesco/VANDELLI, Luciano, “*La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*”, Passigli Editori, 2010, p. 184.

### 3.3. O ilícito financeiro. A responsabilidade financeira *stricto sensu*

#### 3.3.1. Os pressupostos da responsabilidade financeira

Infringir uma norma financeira, traduz-se num comportamento ilícito, o qual pode originar duas espécies de responsabilidade: *reintegratória* e/ou *sancionatória*.<sup>220</sup>

O comportamento assacado ao infrator corresponderá, assim, a um ilícito financeiro, substancial ou processual, por oposto (*quod non licet*), a um comando financeiro.<sup>221</sup>

Com a alteração legislativa operada pela Lei n.º 20/2015 de 9 de março, o art.º 80.º da LOPTC abandona a anterior disposição que previa que, em matéria sancionatória, se aplicasse subsidiariamente o Código de Processo Penal e que nos processos onde fosse discutida apenas responsabilidade financeira *reintegratória* – porque deriva da matriz civilística de responsabilidade – socorresse-se o julgador dos preceitos constantes do Código de Processo Civil. Prevê-se hoje apenas a aplicação supletiva do código de processo civil e do direito penal (títulos I e II do respetivo código), no que concerne ao regime substantivo da responsabilidade financeira sancionatória.

Porém, alinhamos com Antunes (2010), quando refere que a aplicação a título subsidiário, da lei processual civil no julgamento da responsabilidade reintegratória, introduziu *desnecessários* fatores de instabilidade ao processo jurisdicional financeiro que se bastava com a subsidiariedade do processo penal e dos princípios que o enformam e que *melhor se adequam* às especificidades do

---

<sup>220</sup> Deixamos para depois a responsabilidade derivada também de um comportamento ilícito, mas por infração de normas não financeiras – a responsabilidade por multa.

<sup>221</sup> Cfr. CARMO, João Franco do, in "Contribuição para o estudo da responsabilidade financeira", Revista do Tribunal de Contas, n.º 23, janeiro/Setembro de 1995, p. 129.

conceito de responsabilidade financeira assente na prova dos factos conducentes ao estabelecimento da culpa do agente.<sup>222</sup>

A estrutura da responsabilidade financeira assenta na verificação de um *facto*, constituído por uma *ação* ou *omissão*, que tem que ser *típico*, isto é, consignar a lei a previsão de determinado ilícito financeiro. O facto típico pressupõe a existência de um *elemento objetivo* e outro *subjetivo*. Carreada esta afirmação para a caracterização do ilícito de que nos ocupamos, e como defende Lopez (1988), quando define os elementos essenciais da responsabilidade *contable*, ao *elemento objetivo* corresponderá a existência de um *dano* ou prejuízo do património monetário do Estado, e o *elemento subjetivo* poder-se-á definir como o sujeito autor da infração que, em virtude do exercício do seu cargo, detém e maneja fundos públicos.<sup>223</sup>

O *facto típico*, considerado ilícito<sup>224</sup>, pressupõe necessariamente a violação de um dever, materializado num *juízo de desvalor* sobre o facto (através de uma ação orientada pela vontade) e sobre a conduta do sujeito ou agente da infração (i.e., um juízo valorativo sobre a falta de preparação de um sujeito, para se comportar de acordo com a ordem jurídica).<sup>225</sup>

Assim, ínsita à responsabilidade jurídica, vai a *causalidade culpabilizante* (ou de imputação ética) ou a *censurabilidade* dos factos. Não basta à ilicitude de um facto a consideração da sua objetividade, materializada na omissão de um comportamento devido, por omissão de agir ou por ação positiva, é necessário que se verifique a *culpabilidade*.<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> Cfr. ANTUNES; Carlos Morais, in "O julgamento do Tribunal de Contas no âmbito da responsabilização" financeira, Palestra proferida na VI Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP, S. Tomé e Príncipe, 11-14 outubro de 2010, Ed. Centro de Estudos e Formação, Lisboa, 2011, p. 41.

<sup>223</sup> Cfr. LOPEZ, Juan Carlos, in Comunicação no "Encuentro com las entidades fiscalizadoras superiores de America – 1988", tema II – "Metodología de la detección de fraude", ed. do Tribunal de Contas espanhol, p. 300, apud CARMO, João Franco do, *op. cit.*, p. 121.

<sup>224</sup> Cfr. nº 1 do art.º 59º da LOPTC.

<sup>225</sup> Neste sentido, CARMO, João Franco do, in "A responsabilização financeira efetivada por jurisdição especial", Revista Fiscalidade, nº 32, p. 88.

<sup>226</sup> Como defende CARMO, João Franco do, *op. cit.*, p. 134, de balanço com a tese defendida, a este respeito, pelo Professor PESSOA JORGE, que defendia que a atribuição ou imputação da omissão do comportamento devido à vontade do agente, de forma a poder formular-se a respeito da sua conduta um juízo de reprovação, ou seja, a culpabilidade. Atente-se ainda no disposto nos art.º 61º e 64º da LOPTC.

A culpa<sup>227</sup>, enquanto conceito gradativo, deverá ser aferida de acordo com as circunstâncias do caso: da existência de *dolo* (seja direto, necessário ou eventual) à *negligência*, exige-se a verificação de conduta dolosa, pois apenas ali se poderá pressupor a intenção do facto ilícito praticado pelo agente. Mesmo perante uma ação ou omissão ilícita, praticada com negligência grave (ou consciente/grosseira), teremos que necessariamente afastar a punibilidade, por falta de condições de procedibilidade<sup>228</sup>. Falamos de culpa *consciente*, se o agente prevê a possibilidade do resultado ilícito, mas tal não o determina a optar por conduta diferente e necessariamente conforme à lei, ou *inconsciente*, nos casos em que o agente não prevê o resultado ilícito, embora este fosse objetivamente previsível, ambas relevantes para efeitos de imputabilidade.<sup>229</sup>

Entre facto (ilícito e culposo) e dano, terá que existir uma relação de causa-efeito, i.e., um *nexo causal* – adequado – juridicamente denominada de causalidade adequada - que estabeleça a *relação direta* entre o ato ilícito e os prejuízos realizados, como consequência de uma ação danosa, em ordem da verificação final – as condições objetivas de punibilidade.

A punibilidade do facto ilícito e culposo ocorrerá, desde que não se verifiquem causas de exclusão da culpa.<sup>230</sup>

---

<sup>227</sup> Para que se verifique responsabilidade financeira, terá sempre que se provar a culpa do agente – art.º 61º, nº 5 e 67º, nº 3 da LOPTC, avaliada de acordo com os pressupostos elencados no art.º 64º, nº 1 da LOPTC.

<sup>228</sup> Verificada a conduta negligente, prevê o nº 2 do art.º 64º que a responsabilidade financeira reintegratória (e apenas esta), seja reduzida ou mesmo relevada. Sobre o instituto da relevação da responsabilidade, dedicar-nos-emos mais adiante.

<sup>229</sup> No sentido do descrito por CARMO, João Franco do, *op. cit.* p. 89. CLUNY, António, por seu turno, defende que o conceito de culpa que se exige no campo do direito financeiro sancionador, não alcança a mesma densidade da culpa exigível para o Direito Penal. Com efeito, o autor socorre-se da definição de NIETO, Alejandro (in "*Peculiaridades Genéricas de la Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador: La Diligencia Debida, La Buena Fe y el Riesgo*", Ed. Tecnos, Madrid, 1993 pp. 347 e ss.) dos elementos essenciais dessa culpa, como sejam a "diligência exigível" (reportada àquela que está prevista no nº 1 do art.º 10º da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro), a "boa-fé" (porquanto se impõe, na apreciação da culpa, analisar em concreto as circunstâncias que possam ter levado um responsável, normalmente diligente e por isso informado, a cometer uma ilegalidade capaz de integrar uma infração financeira e por fim, o "risco", desde logo porque ao admitir o dolo como a forma mais grave de culpa do autor, concebe-se também uma intencionalidade que se dirige a um risco concreto e (possivelmente) a uma lesão específica e querida de um valor protegido pela norma. In "*Responsabilidade financeira e Tribunal de Contas – Contributos para uma reflexão necessária*", Coimbra Editora, dezembro 2011, pp. 133-138.

<sup>230</sup> Como sejam o caso fortuito, a força maior, o estado de necessidade, a coação moral ou medo insuperável, violência ou coação física irresistível ou a obediência indevida desculpante, no dizer de MACEDO, Adalberto José Barbosa Monteiro de, in "*Ilícitos Financeiros*", Ed. Vislis, 2000, p. 43.

A definição de *infração financeira*, defendida por Raposo (2004)<sup>231</sup> é elucidativa:

“ Todo o facto culposo, punido com multa e podendo gerar a obrigação de repor, praticado em violação da disciplina dos dinheiros públicos, por aqueles que têm a obrigação de concorrer para que ela seja observada.”

### 3.3.2. As características da responsabilidade financeira

A responsabilidade financeira carrega uma dimensão pessoal<sup>232</sup>: aos responsáveis pode ser assacada a responsabilidade como *agentes da ação* – responsabilidade direta, por ação (quem praticou o ato financeiro ilícito) ou omissão (quem tinha o dever funcional de agir)<sup>233</sup>, e como *agentes estranhos*

---

<sup>231</sup> Cfr. RAPOSO, Amável, in “ *O Tribunal de Contas de Portugal – A Função Jurisdicional*”, Revista do Tribunal de Contas, nº 42, 2004, p. 54.

<sup>232</sup> E não institucional, no sentido em que é o próprio agente da ação e não o serviço ou órgão que ele integra, o responsável pela reposição e/ou pagamento da multa, como bem refere ROCHA, Joaquim Freitas da/GOMES, Noel, *op. cit.*, p. 319.

<sup>233</sup> De acordo com o disposto nos art.º 61º, nº 1 e 62º, nº 2 da LOPTC, o responsável direto ou de facto, não necessita de possuir quaisquer outras *qualidades especiais*, para além de possuir o *domínio do facto*: a este propósito, CARMO, João Franco do, *op. cit.*, p. 102, exemplifica do seguinte modo: “pode ser o exator, funcionário, dirigente, gerente, gestor ou equiparado, membro do Governo”, entre eventualmente outros. Importará referir que relativamente à responsabilidade financeira dos membros do Governo, a doutrina divide-se entre aqueles que consideram que nem sempre a prática de uma infração financeira por membros do Governo, dá lugar a responsabilidade financeira, se aquele, enquanto agente da ação, tiver solicitado e decidido de acordo com o parecer ou informação que lhe foi presente, sendo que, nestes casos, a responsabilidade financeira poderá recair sobre os funcionários ou agentes referidos no art.º 61º, nº 4 da LOPTC. Vd. neste sentido RAPOSO, Amável, *op. cit.*, p. 56. Em sentido contrário – CORREIA, Lia Olema, in “*O dever de boa gestão e a responsabilidade financeira*”, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 810, defende que apesar da responsabilidade dos funcionários por propostas no processo de tomada de decisão, configurar uma responsabilidade direta, é contudo solidária, pois a sua existência não afasta a responsabilidade do gestor ou membro do Governo mal informado, sempre que este atue no exercício das suas funções, com *culpa in elegendo* e *in vigilando* (alíneas a) a c) do art.º 62º da LOPTC. No mesmo sentido, vd. RODRIGUES, Nuno Cunha, in “*Responsabilidade financeira reintegratória/responsabilidade financeira sancionatória/titulares de cargos políticos/eleitos locais*”, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 5, nº 2, verão, pp. 296-297, que aponta para a inconstitucionalidade da diferenciação de tratamento entre titulares de cargos políticos e eleitos locais, pois apesar de considerar inquestionável o princípio *ignorantia iuris neminem excusat*, previsto no art.º 6º do Código Civil, é da experiência comum que os membros do Governo devem ser aconselhados nas suas decisões. Com efeito, tendemos a optar por estes últimos entendimentos, numa interpretação sistemática (por contraponto a outra – literal ou restritiva), da lei, considerando inclusive o facto do art.º 36º do Decreto nº 22 257 de 25 de fevereiro de 1933, amiúde invocado para afastar, *grosso modo*, a responsabilidade financeira dos membros do Governo, encontrar-se hoje totalmente desadequado da realidade, tendo inclusive a matéria que tal decreto invoca, sido alvo de regulamentação própria, através da Lei nº 34/87 de 16 de julho. Vd. a este propósito os Acórdãos do Tribunal de Contas nº 14/2013 – 3ª S. – PL e nº 23/2013 – 3ª S.-PL.

*ao facto* – responsabilidade subsidiária (o causador mediato do facto ilícito)<sup>234</sup>.

Se forem vários os responsáveis suscetíveis de imputação direta ou subsidiária, a sua responsabilidade é solidária<sup>235</sup>. Esta pode ocorrer, como afirma Cluny (2011), não apenas em função de uma coautoria num único ilícito, como, também, da prática diferenciada de diferentes ilícitos que, no seu conjunto, contribuem *causalmente* para um mesmo dano que importa reparar ou para uma falta (desaparecimento) que importa repor.

Donde, a solidariedade passiva ocorre apenas na responsabilidade financeira reintegratória, que caracterizaremos adiante. Com efeito, o carácter puramente sancionatório das multas (responsabilidade sancionatória ou por multa) decorrido da condenação pessoal de um infrator<sup>236</sup>, não permite a responsabilização conjunta, considerando que a infração praticada só é passível de reparação (liquidação) pelo próprio autor do facto ilícito.

Determinadas questões a carecer de definitivo ajuste legislativo, se colocam, por exemplo, no que diz respeito ao direito de regresso, relativamente à quantia a repor, que o responsável solidário decida assumir de *motu proprio*, antes do julgamento<sup>237</sup>. Sendo estrito do Tribunal de Contas o domínio jus-

---

<sup>234</sup> Cfr. refere CLUNY, *op. cit.*, p. 180, A responsabilidade subsidiária é caracterizada pelo facto de existir um responsável principal e de, em caso de incumprimento na reposição ou indemnização por parte deste, poder o responsável subsidiário ser chamado a responder pela obrigação contraída. Este responsável subsidiário, ainda no dizer do autor, é o "autor de conduta mediatamente causal do dano", i. e., o autor mediato do dano, por *culpa in eligendo* (alíneas a) e b) do n.º 3 do art.º 62º da LOPTC) ou por *culpa in vigilando* (alínea c) do n.º 3 do art.º 62º da LOPTC).

<sup>235</sup> Como afirma CLUNY, António, *op. cit.*, p. 185, é o caso de uma coautoria perfeita, na prática da mesma infração financeira, como aquela que decorre de uma possível aprovação ilegal de uma despesa por um órgão colegial, como seja um conselho de administração, um executivo camarário ou uma assembleia municipal. Porém, que dizer quando daquela decisão colegial, algum (ns) potencial (ais) responsável (eis), lavrou em ata voto de vencido, devidamente fundamentado? Ou mesmo se absteve, na votação? Face ao disposto no art.º 28º, n.º 2 do CPA (e já não ao art.º 93º, n.º 3 da Lei n.º 169/99 de 18 de setembro, na redação dada pela Lei n.º 5-A/2002 de 11 de janeiro, considerando ter este artigo sido revogado pela Lei n.º 75/2013 de 12 de setembro), apenas fica isento da responsabilidade derivada do ato, aquele que registar, em ata, a declaração de voto vencido. Vd. a este propósito a Sentença n.º 3/2010 – 3ª Secção (Proc. N.º 10-JRF/2009), do Tribunal de Contas, pp. 18-19.

<sup>236</sup> No dizer de CARMO, João Franco do, in "A responsabilização financeira efetivada por jurisdição especial", Revista Fiscalidade, n.º 32, p. 103.

<sup>237</sup> Fazendo uso do disposto no art.º 72º (em vigor desde 2010, através do art.º 3º da Resolução n.º 13/2010 de 17 de maio), do Regulamento Geral do Tribunal de Contas.

financeiro para apreciar, julgar e condenar todos os responsáveis solidários, *quid juris?*

Com efeito, inexistem meios processuais específicos da jurisdição financeira, que permitam ao responsável solidário que assumiu a reposição da quantia, repete-se, *antes* do julgamento, para demandar junto deste Tribunal os restantes *solidariamente responsáveis*.<sup>238</sup>

Outra questão interessante é aquela que Rocha/Gomes (2012) suscitam, ancorados num debate de natureza internacional<sup>239</sup>, relativamente à dimensão unicamente individual ou pessoal da responsabilidade financeira.

Sugerem os autores, sem grandes desenvolvimentos porém, que seria desejável pensar numa responsabilidade *transpessoal e coletiva*, no domínio do direito financeiro público, numa lógica de responsabilização da comunidade no seu todo. Demandando as consequências das irregularidades cometidas por uma geração, fundada num imperativo de ética do futuro e ainda que através de um nexos difuso e descentrado – se permitisse uma responsabilidade coletiva inter-geracional que, partindo de um pressuposto de inter-temporalidade de determinadas decisões, as quais, no futuro, são suscetíveis de restringir direitos, liberdades e garantias, impusesse aos sujeitos atuais, condicionamentos nas suas condutas.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> Sobre esta questão, CLUNY, António, *op. cit.*, p. 187, aventa a hipótese de junto de outra jurisdição, o responsável que assumiu a reposição poder intentar ação de regresso. Diremos nós, nesta linha de raciocínio, que fazendo-se valer dos documentos a constituir como título executivo; o relatório de auditoria onde se encontram indiciados os vários responsáveis e a prova de pagamento da quantia a repor, poderá aquele, junto da jurisdição cível, intentar a correspondente ação de direito de regresso sobre os outros corresponsáveis. Não obstante, somos de parecer que deveria ser criado mecanismo legal que permitisse a propositura dessa ação, junto do Tribunal de Contas, de modo a garantir-se a *unicidade teleológica* do sistema de jurisdição financeira.

<sup>239</sup> Os autores identificam as obras de KOSLOWSKI, Peter, "*Gerechtigkeit zwischen den Generationen: Globale Perspektiven*", in Revista Portuguesa de Filosofia, 65, 2009, fasc. 1-4, p. 506, e ainda ROSA, Emilio Padilla, "*Equidad intergeneracional y sostenibilidad. Las generaciones futuras en la evaluación de políticas y proyectos*", Instituto de Estudios Fiscales, Investigaciones, nº 1/02, Madrid, 2002, pp. 15 e 25 e ss.

<sup>240</sup> ROCHA, Joaquim Freitas, in "*Breves Reflexões sobre responsabilidade coletiva e finanças públicas*", in Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo I, Ano de 2012, pp. 128-144, disponível em [http://issuu.com/eduminho/docs/final\\_responsabilidade\\_e\\_cidadania/4](http://issuu.com/eduminho/docs/final_responsabilidade_e_cidadania/4) (Consultado em 07.03.2015), aprofunda o tema, concluindo que atualmente não é ainda possível concluir que uma geração possa ser responsabilizada pelo que fez de mal em termos financeiros públicos, em relação às gerações que a precederam, principalmente se tal responsabilização passar pela aplicação de sanções efetivas e individualizadas. Não obstante, o autor considera o raciocínio tecido numa perspetiva de reflexão futura.

No direito comparado, nomeadamente em Espanha, a responsabilidade “contable”, pode também ser direta ou subsidiária<sup>241</sup>. São responsáveis diretos os que executaram, forçaram ou induziram a executar ou cooperaram na comissão dos factos ou participado posteriormente na sua ocultação ou de modo a impedir a sua persecução<sup>242</sup>. Serão responsáveis subsidiários, aqueles que por negligência ou demora no cumprimento de obrigações, atribuídas de modo expresso pelas leis e regulamentos, hajam *dado causa* direta ou indireta ao defraudamento do erário público ou a que não se possa ressarcir aquele total ou parcialmente do montante das responsabilidades diretas.<sup>243</sup>

O direito espanhol pressupõe a existência de culpa, graduando a sua intensidade, aquilatando ainda acerca das formas de autoria e comparticipação, numa aproximação clara ao regime do direito penal. A existência de responsáveis subsidiários, tal como no direito português, depende da *verificação e declaração efetiva* de responsáveis diretos.

Verifica-se assim uma *similitude* geral entre a definição dos dois tipos de responsáveis, no direito nacional e espanhol.<sup>244</sup>

### 3.4. Os tipos de responsabilidade financeira

O regime sancionatório da jurisdição financeira prevê que do cometimento de infrações financeiras nasça a responsabilização dos seus agentes.

Ambas as responsabilidades – reintegratória e sancionatória - dependem de pressupostos gerais e comuns e necessariamente *cumuláveis*<sup>245</sup>, sobre os quais já nos debruçámos.

---

<sup>241</sup> Cfr. art.º 38.2 da Ley Orgánica 2/1982 do Tribunal de Cuentas.

<sup>242</sup> Cfr. art.º 42.1 da Ley Orgánica 2/1982 do Tribunal de Cuentas.

<sup>243</sup> Cfr. art.º 43.1 da Ley Orgánica 2/1982 do Tribunal de Cuentas.

<sup>244</sup> A este propósito vd. GINER, Roberto P. Cortell, in “*Responsabilidad contable directa y subsidiaria*”, Revista Auditoria Pública, nº 9, março de 1997, pp. 40-44.

<sup>245</sup> Cfr. CARMO, João Franco do, in “*A responsabilização financeira efetivada por jurisdição especial*”, Revista Fiscalidade, nº 32, p. 87, por um lado que se esteja no âmbito da fiscalização jurisdicional das finanças públicas e por outro, que o comportamento tido por ilícito corresponda a uma infração financeira.

### 3.4.1. Da responsabilidade financeira reintegratória

Considerada a responsabilidade financeira própria, típica ou *stricto sensu*, existe quando alguém (em razão das funções exercidas e no âmbito do controlo jurisdicional do Tribunal de Contas) se *constitui* na obrigação de integrar ou repor fundos públicos, em consequência da prática de um ato financeiro ilícito típico<sup>246</sup>.

Próxima da sistemática jurídico-normativa prevista para a responsabilidade civil<sup>247</sup>, possui contudo características específicas que determinam a sua *autonomização* como uma categoria normativa própria<sup>248</sup>.

A sua função é hoje *exclusivamente reparadora*, ao contrário do regime anterior, cujo âmago normativo, pressupunha uma natureza mista (simultaneamente reparadora e punitiva, esta ultima hoje assegurada através da responsabilidade financeira sancionatória). Em todo o caso, como defende Carmo (2007), esta responsabilidade não afastou por completo a sua natureza sancionatória, considerando que visa a proteção da integridade dos dinheiros públicos e da correção e regularidade do processo da sua detenção e utilização.

Por outro lado, e ainda no seguimento do pensamento do autor, a responsabilidade reintegratória é passível de conversão em multa, o que não sucedia na LOPTC de 1989.<sup>249</sup>

Os ilícitos típicos, sobre os quais se prevê o *iter* descrito em 3.3.1., previstos na LOPTC, que dão lugar à responsabilidade reintegratória são: o *alcance* (art.º 59º, nº 2), o *desvio* (art.º 59º, nº 3), o *pagamento indevido* (art.º

---

<sup>246</sup> Cfr. CORREIA, Lia Olema F.V.J., in "*O dever de boa gestão e a responsabilidade financeira*", Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 802.

<sup>247</sup> Neste sentido, vd. PEREIRA, Ernesto Trindade, in "*O Tribunal de Contas*", TC, 1962, p. 160 e LOUSADA, Celso, in "*Responsabilidades Financeiras (subsídio para um estudo)*", 1959, pp. 25 e ss. e ainda, no que se refere a esta temática na doutrina estrangeira, com regimes próximos ao nosso, GUIJARRO, Javier Medina, in "*Presente e Futuro del Enjuiciamiento Contable del Tribunal de Cuentas*", RECE, nº 1, 1999 e TROTABAS, Louis/COTTERET, Jean-Marie, in "*Droit Budgétaire et Comptabilité Publique*", 1985, pp. 165 e ss..

<sup>248</sup> Cfr. CORREIA, Lia Olema F.V.J., in "*O dever de boa gestão e a responsabilidade financeira*", Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 802 e CARMO, João Franco do, in "*Contribuição para o estudo da responsabilidade financeira*", Revista do Tribunal de Contas, nº 23, janeiro/Setembro de 1995, p. 76.

<sup>249</sup> Com a entrada em vigor da Lei nº 20/2015 de 9 de março, esta figura desaparecerá. Dedicamo-nos à análise deste ponto, mais adiante.

59º, nº 4), o *dever indemnizatório criado por ilegalidade financeira* (art.º 59º, nº 5) e a *não arrecadação de receita* (art.º 60º).

*Alcance e desvio*, expressões tradicionalmente utilizadas com o mesmo significado<sup>250</sup>, significam hoje realidades distintas. Com efeito, o alcance é a infração típica dos responsáveis *comptables*, por desaparecimento de dinheiros ou valores ou sem saída deles devidamente documentada, independente (involuntária) da ação do agente nesse sentido. Por outro lado, o desvio, embora signifique, outrossim, o desaparecimento de dinheiros ou valores públicos, implica uma ação voluntária do agente, no exercício das funções públicas que lhe estão cometidas, refletindo assim a natureza dolosa do ato, convocando a responsabilidade criminal do agente (Carmo, 2007), a qual, a verificar-se, não subtrai nem consome a responsabilidade financeira reintegratória que deva ter lugar.

A figura de *pagamento indevido* é definida em Guilherme D'Oliveira Martins (2011) como “ (...) o pagamento ilegal que cause dano para o erário público, incluindo aqueles a que corresponda contraprestação efetiva que não seja adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa ou aos usos normais de determinada atividade”.

Em causa estão precisamente dois fatores essenciais, para o preenchimento da tipicidade: a existência de *dano*<sup>251</sup> e de *contraprestação efetiva*<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Quer na Lei nº 2054 (Base I, nº 1), no Decreto-Lei nº 49168 de 25 de agosto de 1969 e na Lei nº 86/89 de 8 de setembro.

<sup>251</sup> O conceito de dano, para o direito civil, acolhe maior amplitude do que o dano para efeitos de responsabilidade financeira. Com efeito, a noção de dano, no domínio da responsabilidade civil, pressupõe ou a diminuição efetiva do património do lesado (dano emergente) ou a frustração de um ganho (lucro cessante), podendo ser patrimonial ou não patrimonial, positivo ou negativo, presente ou futuro (desde que determinável). Na responsabilidade financeira reintegratória, por outro lado, a determinação das quantias a repor assenta *tout court* nas importâncias correspondentes à infração imputada aos responsáveis, apurada nos relatórios de auditoria que fundamentarão as ações de responsabilidade financeira a encetar pelo Ministério Público, as quais apenas podem ser alteradas, por via da redução ou ampliação, pelo juiz de julgamento (cfr. art.º 94º, nº 1 da LOPTC). Neste sentido, vd. CARMO, João Franco do, in “A responsabilização financeira efetivada por jurisdição especial”, Revista Fiscalidade, nº 32, p. 97.

<sup>252</sup> Na senda do brocardo latino *Compensatio lucri cum damno*.

Até à reforma de 1997, o prejuízo efetivo (dano) não integrava o tipo da norma em causa<sup>253</sup>, fazendo portanto corresponder a noção de pagamento indevido, tão-somente à de pagamento ilegal, cuja sanção correspondente era a reposição da quantia em causa.

Com a introdução do elemento – dano – a que não corresponda contraprestação efetiva, convoca-se a necessidade de prova – evidência de auditoria (a carrear durante a fiscalização/auditoria), sobre o *efetivo prejuízo* monetário verificado para os cofres públicos.

Atente-se no interessante paralelismo estabelecido por Lousada (1959), entre o *dano* e a *fraude*. Diz o autor que pode haver dano, sem existir fraude, aplicando-se o princípio geral da responsabilidade civil da reposição do dano. Por outro lado, pode também existir intenção de fraude e esta não se revelar, exemplificando o autor com a situação do erro intencional de classificação de despesas. Nestes termos, conclui-se que a delimitação dos conceitos deverá ser *rigorosa*, de modo a evitar conclusões posteriormente impossíveis de sufragar, em sede de processo jurisdicional.<sup>254</sup>

Sobre a contraprestação efetiva, importa ressaltar que a noção integra, cumulativamente, *dois requisitos*, para os quais Correia (2006) nos remete: prestação economicamente equivalente ao benefício recebido, avaliada em termos de boa gestão e que essa contraprestação corresponda à satisfação do interesse público que os fundos em causa visam acautelar. Se assim não fosse, qualquer pagamento realizado, com verbas previamente destinadas a fim díspar, não constituiria o seu autor em responsabilidade financeira, porque a contraprestação efetiva existiria, ainda que não conforme com o fim inicialmente previsto.

Deste modo, sempre que a contraprestação efetiva não seja legalmente atendível, há lugar a reposição do pagamento indevido. *A contrario*, sempre que exista pagamento ilegal, que não cause dano para o erário público, por ter uma contraprestação legalmente admissível, não se verificando os pressupostos da norma, inexistente punibilidade (Carmo, 2007). Com a reforma de 2006,

---

<sup>253</sup> Afastando claramente este tipo de responsabilidade da responsabilidade civil.

<sup>254</sup> LOUSADA, Celso, in "*Responsabilidades Financeiras (subsídio para um estudo)*", Lisboa, 1959, p. 73.

quedaram-se as críticas, a nosso ver legitimamente tecidas à data, sobre o anterior n.º 4 do art.º 59.º da LOPTC<sup>255</sup>, que previa o afastamento da ilicitude, logo a não punibilidade da conduta, sempre que os cofres do Estado culminassem enriquecidos sem causa, em virtude, porém, daqueles pagamentos ilegais, manifestando-se apenas com a verificação daquele instituto, para que liminarmente se afastasse a responsabilidade financeira.

Sobre o *dever indemnizatório criado por ilegalidade financeira*, previsto no n.º 5 do art.º 59.º, esclarece Carmo (2007) que se alguém, violando normas financeiras, originar na esfera da entidade pública a obrigação de indemnizar qualquer terceiro, pode ser condenado pelo Tribunal na reposição das quantias correspondentes àquela obrigação de indemnizar. Assim, se aquele responsável, porque violou a legalidade financeira, der causa a que a entidade pública se constitua em responsabilidade civil, poderá ter que repor as quantias correspondentes à indemnização exigível daquela entidade, em instâncias judiciais.

A lei destaca, relativamente a este *dever indemnizatório*, o domínio da contratação pública, no entendimento de Carmo (2007), porque esta é uma área que pode gerar múltiplas *liabilities*.

Para que se verifique a infração que origina responsabilidade reintegratória por *não arrecadação de receita*, dever-se-á provar que a conduta do agente foi cometida sob a forma *dolosa*. Bastará assim que da fiscalização realizada aos sistemas de controlo interno, não resulte prova suficiente e adequada a indiciar a responsabilidade do agente a título doloso, para se afastar a punibilidade da conduta. Tendo esta infração como escopo o prejuízo efetivamente criado para o Estado pela não cobrança, liquidação ou entrega de receitas<sup>256</sup>, em bom rigor, este sempre existirá, mesmo que o ilícito não venha

---

<sup>255</sup> Como no crítico dizer de MAGALHÃES, Lídio, in "*Algumas reflexões sobre o regime da responsabilidade financeira na Lei n.º 98/97 de 26/8*", Revista *Scientia Iuridica*, T. 50, n.º 307, julho/Setembro de 2006, p. 442.

<sup>256</sup> Um caso exemplificativo será o da não cobrança de coimas em processos contraordenacionais, por efeito de inadequados procedimentos de efetivação ou laxismo na condução daqueles, conduzindo v.g., à prescrição dos processos.

a ser processualmente punível, comprometendo-se assim indubitavelmente o interesse público<sup>257</sup>.

### 3.4.2. Da responsabilidade financeira sancionatória

O escopo deste tipo de responsabilidade é a *punição* de um comportamento desconforme com o ordenamento jurídico-financeiro e violador de uma norma de natureza financeira, *independentemente* da produção de dano.<sup>258</sup>

Constitui, assim, uma responsabilidade por factos ilícitos, baseada na *culpa* e não no dano, conforme consagração expressa no art.º 65º da LOPTC.<sup>259</sup> Assim, a principal diferença entre esta responsabilidade e a responsabilidade financeira reintegratória consiste na *diferença de objetivo*: a primeira pressupõe a avaliação concreta da culpa, enquanto nesta última, para além da punição do infrator, está em causa o ressarcimento do prejuízo causado ao erário público, mediante a imputação dos danos sofridos, aos agentes responsáveis.

Como afirma Guilherme D'Oliveira Martins (2010), estes dois tipos de responsabilidade não se ilidem, verificada que seja uma ou outra. Com efeito,

---

<sup>257</sup> Neste sentido, vd. CORREIA, Lia Olema F.V.J., in "*O dever de boa gestão e a responsabilidade financeira*", Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 809.

<sup>258</sup> Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da/GOMES, Noel, in "*Da responsabilidade financeira*", Revista *Scientia Iuridica*, Tomo LXI, nº 329, maio/agosto 2012, p. 315.

<sup>259</sup> Cfr. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, "*A responsabilidade financeira do Gestor da Coisa Pública*", Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol. II – Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ed. Almedina, 2010, p. 249. Sobre a natureza deste tipo de responsabilidade, diversos autores discorreram. Sendo uma *responsabilidade delitual*, baseada na culpa do agente e cuja verificação importa a aplicação de uma multa, parece poder dizer-se que este tipo de responsabilidade deverá reger-se pelos princípios constitucionais e legais que regem, em geral, o direito sancionador. Com efeito, assim defendeu CARMO, João Franco do, in "*Contribuição para o estudo da responsabilidade financeira*" Revista do Tribunal de Contas, nº 23, janeiro/Setembro de 1995, p. 75, quando considerou que a responsabilidade por multa revestia natureza contravencional, baseado no facto de se lhe aplicar supletivamente as normas disciplinadoras do direito penal. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, in "*Constituição Financeira*", 2º Vol., Ed. AAFDL, 1984/85, p. 360, já antes se havia pronunciado sobre esta querela, quando faz corresponder a responsabilidade financeira sancionatória a uma responsabilidade administrativa ou de mera ordenação social<sup>259</sup>. Por seu turno, ante estas duas perspetivas, CLUNY, António, *op. cit.*, p. 88, considera que a responsabilidade financeira sancionatória constitui-se como um ramo autónomo de direito sancionador, não se inserindo nem nas definições de direito contraordenacional, nem tão-pouco contravencional.

se se verificar responsabilidade reintegratória, poderá existir também responsabilidade sancionatória.<sup>260</sup>

A responsabilidade sancionatória compreende o *universo dual* das infrações financeiras, relativas à correção e regularidade da atividade financeira e da boa gestão dos dinheiros públicos e das infrações cometidas por incumprimento de deveres de comportamento para com o Tribunal (infrações não financeiras), as quais, se não atendidas após serem instados os responsáveis nesse sentido, pode gerar desobediência qualificada, nos termos previstos no art.º 68º da LOPTC, sendo os processos instruídos pelo Ministério Público.

O elenco das infrações financeiras suscetíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória é o seguinte: a não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas; A violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos; A falta de efetivação ou retenção indevida dos descontos legalmente obrigatórios a efetuar ao pessoal; A violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património; Os adiantamentos por conta de pagamentos nos casos não expressamente previstos na lei; A utilização de empréstimos públicos em finalidade diversa da legalmente prevista, bem como pela ultrapassagem dos limites legais da capacidade de endividamento; A utilização indevida de fundos movimentados por operações de tesouraria para financiar despesas públicas; A execução de contratos a que tenha sido recusado o visto, ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos; A utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista; O não acatamento reiterado e injustificado das injunções e das recomendações do Tribunal; A violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública, bem como à admissão de pessoal e o não acionamento dos mecanismos legais relativos ao exercício do direito de regresso, à efetivação de penalizações ou a restituições devidas ao erário público.

---

<sup>260</sup> Cfr. previsto no art.º 65º, nº 6, da LOPTC.

As últimas cinco infrações, surgem do aditamento operado pela Lei n.º 48/2006 de 29 de agosto.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 20/2015 de 9 de março, este catálogo sofre algumas alterações pontuais, das quais se destaca o acréscimo da alínea n), infração que na LOPTC anterior (ainda em vigor), estava ínsita no art.º 66.º, relativo a infrações não financeiras, de que falaremos adiante.

O n.º 2 do art.º 65.º prevê a *moldura abstrata* das multas a aplicar aos responsáveis, assim definido desde 2011: o limite mínimo é de 25 UC<sup>261</sup> (unidades de conta) e o máximo ascende a 180 UC. Estes limites deverão ser ponderados de acordo com diversos fatores: se o responsável proceder ao pagamento da coima antes do julgamento, o valor a aplicar será o mínimo.<sup>262</sup> Consoante a graduação da culpa que ao caso couber, o limite mínimo da multa será de 1/3 do limite máximo – quando se verifique dolo, ou o limite máximo poderá ser reduzido a metade – sempre que a imputação subjetiva seja a negligência.

Associados à responsabilidade sancionatória, surgem duas figuras: a *conversão* e a *relevação*. A conversão consiste (ia) na possibilidade legal de, sempre que não se verifique dolo dos responsáveis, a reposição a que deva haver lugar (situações onde se verifica simultaneamente as duas formas de responsabilidade previstas na LOPTC), ser convertida em pagamento de multa, de montante pecuniário inferior, porém dentro da moldura prevista para a responsabilidade sancionatória. Porém, como à frente se verá, com a entrada em vigor da Lei n.º 20/2015 de 9 de março, este instituto deixará de figurar na LOPTC.

No que concerne à relevação da responsabilidade, dedicar-nos-emos ao tema no ponto 3.5.2. do presente estudo.

Como mencionámos atrás, a dimensão da responsabilidade sancionatória, não se esgota na punição pela verificação de infrações financeiras.

---

<sup>261</sup> O valor da Unidade de Conta processual em 2015 é de €102 (cento e dois euros), cfr. previsto no art.º 117.º, alínea a) da Lei n.º 83-B/2014, de 31.12.

<sup>262</sup> Este ponto foi introduzido pela Lei n.º 35/2007 de 13 de agosto.

Do art.º 66º, n.º 1 da LOPTC, constam as situações de facto geradoras de responsabilidade sancionatória, numa *dimensão administrativa*: A falta injustificada de remessa de contas ao Tribunal, pela falta injustificada da sua remessa tempestiva ou pela sua apresentação com deficiências tais que impossibilitem ou gravemente dificultem a sua verificação<sup>263</sup>; A falta injustificada de prestação tempestiva de documentos que a lei obrigue a remeter; A falta injustificada de prestação de informações pedidas, de remessa de documentos solicitados ou de comparência para a prestação de declarações; A falta injustificada da colaboração devida ao Tribunal; A inobservância dos prazos legais de remessa ao Tribunal dos processos relativos a atos ou contratos que produzam efeitos antes do visto e a introdução nos processos de elementos que possam induzir o Tribunal em erro nas suas decisões ou relatórios.<sup>264</sup>

Para estas infrações, estão previstas multas cuja moldura abstratamente aplicável, se revela substancialmente inferior às previstas para a responsabilidade sancionatória por infrações financeiras: Os limites variam entre o mínimo de 5 UC e o máximo de 40 UC, sendo certo que se aquelas forem cometidas com negligência, os valores serão reduzidos a metade.

Os processos por multa derivados de infrações não financeiras podem ser instruídos no decurso do processo de auditoria, pelo juiz responsável.

### **3.5. A efetivação de responsabilidades financeiras**

#### **3.5.1. A legitimidade processual - a ação popular**

Propor ações de responsabilidade financeira pressupõe a existência de legitimidade para o efeito, por aqueles que pretendam ver efetivados potenciais direitos.

---

<sup>263</sup> A Lei nº 20/2015 reduz o âmbito da infração, passando a falta injustificada de prestação de contas ao Tribunal, para o catálogo das infrações financeiras, previstas no art.º 65º da LOPTC. Assim, a infração será apenas relativa à remessa intempestiva e injustificada de contas ao Tribunal.

<sup>264</sup> Com a entrada em vigor da Lei nº 20/2015, este elenco sofre alterações pontuais de pouca monta.

Esta legitimidade pode revestir carácter *ativo* ou *passivo*. De acordo com a LOPTC – art.º 89º, nº 1, têm legitimidade ativa desde logo o Ministério Público<sup>265</sup>, enquanto representante dos interesses do Estado e defensor da legalidade<sup>266</sup>, que embora limitado pela matéria fática prevista nos relatórios de auditoria, independente das qualificações jurídicas naqueles constantes<sup>267</sup>. Mas não só. Com a alteração legislativa introduzida em 2006, também os OCI e os órgãos de direção, superintendência ou tutela sobre os visados em relatórios de ações de controlo do Tribunal, possuem *legitimidade ativa* para propositura de ações de responsabilidade financeira, apesar de se poder questionar com que grau de autonomia, considerando a sua dependência face ao órgão de poder político respetivo, conforme defende Cluny (2011).

Afastada pareceu ficar, por hora em definitivo, a solução preconizada pela lei espanhola, que admite uma pluralidade de sujeitos com legitimidade ativa para intentar ações de responsabilidade, incluindo os cidadãos, no contexto da ação popular<sup>268</sup>.

O direito de ação popular<sup>269</sup>, encontra consagração constitucional no art.º 52º da Lei Fundamental. Em 31 de agosto de 1995, através da publicação da Lei nº 83/95 (LAP), definiram-se as situações geradoras do direito de participação popular em procedimentos administrativos e de ação popular. O surgimento de uma Lei dedicada à ação popular, a par de outras disposições legais dispersas sobre aquela, abriram caminho à efetiva defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais, dos cidadãos.

Porém, este direito, como instrumento de democracia representativa das sociedades hodiernas, está *vedado* na jurisdição financeira, face ao elenco de entidades com competência para requerer julgamento, previsto no art.º 89º da

---

<sup>265</sup> Por imposição constitucional – art.º 219º, nº 1 da CRP e conforme previsto no art.º 29º da LOPTC.

<sup>266</sup> Cfr. FRANCO, António de Sousa, in "O Tribunal de Contas na Encruzilhada Legislativa" Prefácio à obra de TAVARES, José F. F./MAGALHÃES, Lídio, "Tribunal de Contas – Legislação Anotada", Índice Remissivo, Ed. Almedina, Coimbra, 1990, p. 30.

<sup>267</sup> Cfr. CLUNY, António, *op. cit.*, p. 247. O autor defende ainda que o Ministério Público deve sempre ser considerado parte legítima no processo, sustente, ou não, a posição do autor da ação (quando diferente do próprio), cfr. art.º 29º, nº 4 da LOPTC.

<sup>268</sup> A denominada, no direito espanhol – *acción pública contable*.

<sup>269</sup> Com origem na *actio popularis* do direito romano.

LOPTC. Defendemos, não obstante, que numa perspectiva *de jure condendo* permitir a possibilidade de acesso dos cidadãos à jurisdição financeira, enquanto último garante dos finitos bens e valores públicos à disposição de alguns, para os gerir em nome de todos, efetivaria de modo absoluto o direito daqueles à adequada utilização dos recursos financeiros públicos<sup>270</sup>. Naturalmente a definição desta legitimidade teria de ficar condicionada à verificação de certos requisitos, nomeadamente acerca das situações de natureza fiscal e as relativas ao cumprimento de obrigações com a Segurança Social, dos peticionários.

Sobre a *legitimidade passiva* poder ser demandado em ações de cariz financeiro, junto do Tribunal de Contas, importa recordar que a responsabilidade financeira é de natureza pessoal, encontrando-se as pessoas coletivas excluídas de poderem ser demandadas nesta sede. Assim, é no art.º 5º, n.º 1, al. e) da LOPTC, que se encontram definidos aqueles que podem ser chamados à demanda, a saber, todos os que de algum modo giram dinheiros ou valores públicos.

A solidariedade passiva é apenas possível na responsabilidade financeira reintegratória, atento o carácter puramente sancionatório e pessoal das multas aplicadas por responsabilidade financeira sancionatória.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> A questão da possibilidade de acesso dos cidadãos, através do acionamento do direito de ação popular, junto da jurisdição financeira foi alvo de polémica recente, protagonizada pela Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas. Com efeito, do Despacho n.º 85/2013, publicado no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, II Série, n.º 90, de 10 de maio de 2013, retira-se, em suma, o que segue, constante das conclusões J. a M.: *O facto de a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas não estar ainda processualmente apetrechada com normas necessárias para tornar exequíveis os comandos constitucionais que impõem a ação popular transversalmente a toda a ordem judiciária portuguesa (art.º 52.º, n.º 3, da CRP), constitui uma inconstitucionalidade por omissão, atento o disposto no art.º 283.º, da CRP, mas não impede os cidadãos ou as competentes associações de recorrerem a tal ação para efetivação desta responsabilidade financeira, pois trata-se de um direito fundamental que a Constituição consagra logo na parte I, "Direitos e Deveres Fundamentais", e no Título II, "Direitos, Liberdades e Garantias". K. Tal inconstitucionalidade reprova a falta, na LOPTC, de meios legais processuais que assegurem a efetivação de direitos fundamentais, como a ação popular. Portanto, o próprio legislador pode ser demandado por responsabilidade civil extracontratual, ao abrigo do n.º 5 do art.º 15.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. Apesar de tais conclusões, já em 2014, é proferido o Despacho n.º 17/2014, publicado no mesmo órgão oficial daquela Região Autónoma, n.º 19 de 28 de janeiro de 2014, o qual se pronuncia sobre a ação popular entretanto interposta sobre os factos *sub judice* no Despacho anterior, indeferindo, nos termos do art.º 91º, n.º 1, *a contrario*, da LOPTC, o requerimento de julgamento de responsabilidades financeiras, apresentado por um grupo de cidadãos.*

<sup>271</sup> Cfr. CARMO, João Franco do, in "A responsabilização financeira efetivada por jurisdição especial", Revista Fiscalidade, n.º 32, p. 105.

### 3.5.2. A extinção e transmissão *post mortem* das responsabilidades financeiras

O modo de extinção das responsabilidades financeiras não é idêntico para os dois tipos de responsabilidade.<sup>272</sup>

Se estivermos perante responsabilidade financeira reintegratória, a mesma pode ser extinta através, desde logo, do pagamento da quantia a que o demandado seja condenado a repor. Para além da extinção deste tipo de responsabilidade, pelo cumprimento da obrigação, a mesma pode dar-se como finda por efeito do decurso do prazo de prescrição de 10 anos, contados desde a data da infração, ou, no caso da mesma não ser determinável, a partir do último dia da respetiva gerência.<sup>273</sup> Como já abordado antes neste estudo, abandona-se com a entrada em vigor da Lei n.º 20/2015 de 9 de março, a figura da *conversão da responsabilidade financeira reintegratória em sancionatória*, sempre que inexistia dolo do responsável, conforme ainda se encontra previsto no art.º 65.º, n.º 7 da LOPTC, causa esta de extinção desta espécie de responsabilidade. Não obstante, a quantia a repor pode ser *diminuída*, avaliado que seja o grau de culpa, com os condicionalismos e nos termos previstos no art.º 64.º da LOPTC.

Instituto comum de extinção da responsabilidade financeira, independentemente da espécie, é o da *relevação* da mesma, em vigor desde 2006 e efetivado pela 3.ª Secção, sendo que, no caso da responsabilidade financeira reintegratória, imputada a título de negligência, basta que a decisão de relevação da responsabilidade seja devidamente *fundamentada*. No que concerne, contudo, à relevação de responsabilidade financeira sancionatória, a

---

<sup>272</sup> Art.º 69.º da LOPTC.

<sup>273</sup> Art.º 70.º da LOPTC. Os prazos de prescrição podem ser suspensos com a entrada em Tribunal da conta ou com o início da auditoria e até à audição do responsável, no limite de dois anos, à exceção dos casos previstos para os OCI, nos termos do art.º 89.º, n.º 2, em que o prazo ali previsto, suspende-se pelo período decorrente até ao exercício do direito de ação ou à possibilidade desse exercício. Com a entrada em vigor da Lei n.º 20/2015 de 9 de março, o art.º 70.º da LOPTC vê aditados dois números. O primeiro (art.º 70.º, n.º 5) prevê a possibilidade de interrupção do prazo de prescrição, com a citação do demandado em processo jurisdicional. O segundo (art.º 70.º, n.º 6) dá luz a preceito idêntico previsto no regime processual contraordenacional desde 2001 (com a publicação da Lei n.º 109/2001 de 24 de dezembro), prevendo a prescrição absoluta do procedimento, decorrido que seja o prazo de prescrição, acrescido de metade. Veja-se uma das soluções encontrada pela 3.ª Secção do Tribunal, antes da alteração agora preconizada, no Acórdão n.º 1/2014.

LOPTC prevê *três situações* em que a mesma pode ocorrer: se se evidenciar suficientemente que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título de negligência; não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer OCI ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado ou tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um OCI tenham censurado o seu autor pela sua prática.

À semelhança da posição defendida por Costa (2010), somos de parecer que a utilização deste instituto pode configurar uma diminuição do efeito repressivo derivado de má conduta, numa sede em que a margem para a sua aplicação está de certo modo condicionada pelo facto de estarmos perante uma jurisdição que responde pelo legítimo desígnio do cidadão em crer que aqueles que se apropriem de dinheiros ou valores públicos serão *efetivamente* punidos.

A responsabilidade sancionatória, por seu turno, pode ser extinta, para além de decorrido o prazo de prescrição de cinco anos, ou ter sido efetuado o pagamento da multa ou mesmo ter sido a responsabilidade relevada, também pela amnistia e ainda pela morte do responsável.<sup>274</sup>

E assim é, ao contrário do que acontece aquando da verificação de responsabilidade financeira reintegratória, em que a morte do responsável não extingue a obrigação de repor ou indemnizar, desde que este tenha já sido ouvido em contraditório em sede de processo de auditoria, devendo lançar-se mão do incidente de habilitação de herdeiros, os quais responderão pela infração, até ao limite do valor dos bens da herança do *de cuius*.<sup>275</sup>

---

<sup>274</sup> Art.º 69º da LOPTC.

<sup>275</sup> A título exemplificativo, atente-se na Sentença da 3ª Secção nº 7/2010. Esta é a posição jurisprudencial do Tribunal de Contas e ainda de CLUNY, António, *op. cit.*, pp. 260-261. Esta é também a solução encontrada em Espanha, prevista no artigo 38.5 da Lei Orgânica do *Tribunal de Cuentas*. Defende CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos, que o que se persegue não é a reparação do dano causado por quem o provocou, mas antes evitar o enriquecimento injusto dos herdeiros (tradução livre), in "*La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas*", Editorial Comares. p. 154, *apud* Revista *Auditoria Pública*, nº 55, 2011, p. 22. A jurisdição italiana prevê que a responsabilidade na perda de receita transmite-se aos herdeiros de acordo com a legislação em vigor, nos casos de enriquecimento ilícito predecessor, resultando num enriquecimento sem causa dos herdeiros (Art. 1, comma 1, L. n. 20/1994). (tradução livre).

### 3.6. As formas de processo

A jurisdição própria do Tribunal de Contas encerra em si as especificidades do processo jurisdicional, como acontece com toda a ordem de Tribunais.

Num exercício comparativo entre os processos administrativo e jurisdicional, encontramos *divergências* notórias, desde logo ao nível da competência, pois enquanto no processo administrativo temos um *iter* próprio da Administração, no processo jurisdicional, este pertence *exclusivamente* aos Tribunais. Também o *decisor*, os *poderes*, a *natureza das decisões* e as *regras aplicáveis* a um e outro regime, diferem. No processo administrativo, a Administração tem o ónus da decisão, que exerce apesar do seu poder ser delegável, sendo a maioria das suas decisões adequadas às pretensões do requerente e proferidas de acordo com determinada fundamentação, promovida normalmente pelos serviços. Já o processo jurisdicional implica a decisão apenas por um juiz, cujo qual detém *poderes indelegáveis*, consistindo a sua decisão em vontade e adequação legal próprias e não sujeitas a aderência a informações dos serviços. A execução das decisões, em processo jurisdicional é irrevogável, ao contrário do que acontece no processo administrativo. As regras aplicáveis neste último tipo de processo são flexíveis e exigem poucas formalidades essenciais, porém o mesmo não acontece com o procedimento jurisdicional, no qual as regras disciplinadoras são *rígidas, específicas* e obedecem a elevado número de *formalidades*.

Vimos anteriormente que o processo jurisdicional no Tribunal de Contas socorre-se supletivamente das regras disciplinadoras do processo civil sumário<sup>276</sup>. A Lei n.º 20/2015, veio introduzir, porém, disposições específicas para a disciplina da audiência de discussão e julgamento, através do aditamento à LOPTC, dos artigos 93º-A, 93º-B e 93º-C.

---

<sup>276</sup> Art.º 80º da LOPTC, que dispõe antes da Lei n.º 20/2015 que o processo no Tribunal de Contas rege-se em matéria da 3ª Secção (secção jurisdicional) pelo Código de Processo Civil, em matéria sancionatória, pelas disposições do Código de Processo Penal e no que se refere ao procedimento da Direção-Geral do Tribunal de Contas, pelo Código de Procedimento Administrativo, sempre que atue fora das suas competências de fiscalização e de controlo financeiro (de acordo com o parecer n.º 3/2005-DCP, ratificado pelo Conselheiro Presidente em 31 de maio de 2005). Face à alteração daquele artigo, foram eliminados os recursos supletivos às disposições quer do CPP, quer do CPA, optando o legislador pela remissão genérica, sempre que haja necessidade de integração de lacunas, para o Regulamento do Tribunal e para o CPC.

Prevêm-se agora os *poderes de direção e disciplina* do juiz, da audiência de discussão e julgamento, dos processos julgados no Tribunal de Contas, independentemente da forma de processo<sup>277</sup>, definem-se as regras respeitantes à *publicidade* e *continuidade* da audiência e ainda à *ordem dos atos* a praticar na audiência.<sup>278</sup>

Importante alteração sofre também o art.º 94º da LOPTC, nomeadamente o seu n.º 1, onde a lei permanece agora silente quanto à referência à não vinculação do juiz ao montante indicado no requerimento, podendo condenar em maior ou menor quantia. Com efeito, vozes críticas se levantavam àquele preceito, nomeadamente a de Cluny (2011), que duvidava da legalidade e constitucionalidade do mesmo, uma vez que o processo junto da 3ª Secção rege-se supletivamente pelas normas do processo civil, cuja conceção privilegia o processo de partes.<sup>279</sup>

### **3.6.1. O julgamento de contas e o julgamento de responsabilidades financeiras**

Já em momento anterior do presente estudo, nos referimos, sem curar contudo de grande detalhe, às duas formas de processo de julgamento, previstas na LOPTC.

O processo de julgamento de contas, na nova aceção do n.º 2 do art.º 58º da Lei n.º 20/2015, visa efetivar as responsabilidades financeiras evidenciadas em relatórios de verificação externa de contas, com homologação, se for caso disso, da demonstração numérica referida no n.º 2 do art.º 53º da LOPTC<sup>280</sup>.

O processo de julgamento de responsabilidades financeiras, por seu turno, visa efetivar as responsabilidades financeiras emergentes de factos *evidenciados* em relatórios das ações de controlo do Tribunal elaborados fora do processo

---

<sup>277</sup> Art.º 93º-Aº da Lei n.º 20/2015 de 9 de março.

<sup>278</sup> Art.º 93º-B e 93º-C da Lei n.º 20/2015.

<sup>279</sup> Cfr. CLUNY, António, *op. cit.*, pp. 263-265.

<sup>280</sup> De acordo com o Relatório de Atividades de 2013 do Tribunal de Contas (publicado no Diário da República n.º 115, II Série, de 18 de junho de 2014), não constam dados relativos a este tipo de julgamentos, o que confirma a tendência dos últimos anos, de diminuição do número de julgamentos sujeitos a esta forma.

de verificação de contas ou em relatórios dos órgãos de controlo interno, conforme dispõe a nova redação do n.º 3 do art.º 53º da LOPTC.<sup>281</sup>

Seja qual for a forma do mesmo, inicia-se o procedimento jurisdicional com a apresentação da *petição inicial* (requerimento), apresentado pela *entidade competente*, de acordo com as *regras* previstas no art.º 90º da LOPTC, sendo que se vê agora alterado o número limite do rol de testemunhas a apresentar, passando este de três, por cada facto, para um limite geral e máximo de dez testemunhas.

Depois de distribuído o processo, por sorteio, segue-se a *citação* do demandado, fixando-se naquela um prazo para apresentação da defesa. Apresentada, ou não, a contestação, dirigida ao Presidente do Tribunal (e não ao juiz do processo), nos termos do art.º 92º da LOPTC, segue-se a *fase de julgamento*, agora com as regras previstas nos artigos aditados à LOPTC e anteriormente referidos. Proferida a *sentença*, nos termos do art.º 95º da LOPTC, onde é conhecido o *mérito da causa*, segue-se a fase da *execução* da sentença, caso a mesma não seja tempestivamente cumprida, após trânsito em julgado.

### **3.6.2. Da responsabilidade por infrações não financeiras (os processos autónomos de multa)**

Um breve bosquejo merece ainda o procedimento relativo a expediente autónomo das multas previstas no art.º 66º da LOPTC. Como já tivemos oportunidade de referir, estes processos destinam-se a punir *infrações processuais não financeiras*, tendo portanto uma natureza *compulsória*, por incumprimento de uma obrigação legal, de uma ordem ou da assunção de condutas que visem inviabilizar de algum modo a ação do Tribunal. A alteração introduzida à alínea a) do n.º 1 do art.º 66º da LOPTC, aduz que apenas a falta injustificada e intempestiva de remessa de contas ao Tribunal, consiste em infração, atirando as contas remetidas com deficiências, que impossibilitem a sua verificação, para a alínea n) do art.º 65º, passando a

---

<sup>281</sup> Da Lei n.º 20/2015 de 9 de março.

classificar esta infração como uma infração suscetível de gerar responsabilidade financeira sancionatória.<sup>282</sup>

Cabe ao juiz do processo da 1ª e 2ª Secção, a tramitação destes processos, nos próprios autos ou em processo autónomo. Após exercício do contraditório, cabe ao juiz do processo a prolação da decisão, que reveste a forma de *sentença*.

283

### 3.7. Os recursos

O regime de recursos do processo jurisdicional do Tribunal de Contas incide sobre as decisões proferidas pela 1ª instância (Sede e Secções Regionais) – e só sobre esta, sobre os emolumentos aplicados em processo de auditoria ou ainda sobre as multas por infrações do art.º 66º da LOPTC. A Lei nº 20/2015 impõe que nos recursos é sempre *obrigatória* a constituição de advogado.<sup>284</sup>

Caso se trate de recuso de responsabilidade sancionatória, o efeito do recurso é *suspensivo*, ao contrário do que acontece com a responsabilidade reintegratória, em que esse efeito só ocorre mediante a *prestação de caução*.<sup>285</sup>

Os recursos *ordinários*, previstos no art.º 96º da LOPTC, são aplicáveis às decisões finais de recusa, concessão ou isenção de visto e ainda sobre decisões referentes a emolumentos. Com a alteração introduzida ao nº 3 do referido artigo, pela Lei nº 20/2015, dos processos da 3ª Secção cabe recurso, com subida imediata, da sentença e das decisões interlocutórias que tenham como efeito a não realização do julgamento quanto a todo ou parte do pedido ou quanto a algum dos demandados.

---

<sup>282</sup> A LOPTC ainda em vigor prevê que quer a falta intempestiva, injustificada bem como a remessa de contas com deficiências que impossibilitem gravemente a sua verificação, constituem infração – art.º 66º, nº1, alínea a). Contudo, a partir da entrada em vigor da Lei nº 20/2015, a remessa de contas com deficiências graves, que não permitam a sua verificação pelo Tribunal, passa a ser classificada como infração financeira, face à sua inserção no catálogo do art.º 65º da LOPTC. O restante elenco de infrações do art.º 66º, permanece inalterado. Porém, a responsabilidade por infrações não financeiras, passa a poder ser relevada, desde que se prove que foi cometida a título de negligência – art.º 66º, nº 3 da LOPTC.

<sup>283</sup> Estes processos encontram-se regulados nos art.º 13º da LOPTC e 76º do Regulamento Interno do Tribunal de Contas (com a Lei nº 20/2015, denominar-se-á apenas Regulamento do Tribunal de Contas).

<sup>284</sup> Cfr. nº 6 do art.º 97º da LOPTC, ao contrário da disposição anterior que referia essa obrigatoriedade apenas nos recursos de competência da 3ª Secção.

<sup>285</sup> Cfr. art.º 97º, nº 4 e 5 da LOPTC.

Quanto aos recursos *extraordinários* para fixação de jurisprudência, regulados nos art.º 101º e 102º da LOPTC, atenta-se à alteração introduzida pela Lei nº 20/2015, que prevê, nos casos de recusa ou concessão de visto e ainda de responsabilidade financeira, dos plenários das 1ª ou 3ª Secções, em que sejam proferidas duas decisões opostas, relativas à mesma questão fundamental de direito, a possibilidade de ser interposto este tipo de recurso, relativamente à última decisão proferida, para o *plenário geral* do Tribunal.

## CONCLUSÕES

Damos de seguida *conta*, em síntese, das ideias fundamentais do presente estudo:

1. É ao Tribunal de Contas de Portugal, enquanto órgão de soberania, assim constitucionalmente consagrado, que compete, enquanto instituição suprema responsável pelo controlo financeiro externo, garantir a democracia financeira, através da fiscalização das finanças públicas e do julgamento das responsabilidades emergentes de todos os que gerem dinheiros e valores públicos;

2. Ao longo dos últimos vinte e cinco anos, o Tribunal de Contas foi alvo de três reformas fundamentais: Em 1989, ao nível da independência do Tribunal, traduzindo as orientações dimanadas de instâncias internacionais, como a INTOSAI, organismo ao qual pertence, como membro fundador, nomeadamente da Declaração de Lima, de 1977;

3. O segundo momento crucial, para aquela Instituição, ocorreu em 1997, momento no qual foi alargada a sua jurisdição financeira, definido o controlo concomitante e aperfeiçoada a fiscalização sucessiva da atividade financeira pública;

4. Em 2006, são introduzidas importantes alterações à Lei e Organização e Processo do Tribunal de Contas, relativas à responsabilidade financeira. É outrossim consolidada a relação do Tribunal com os órgãos de controlo interno da Administração Pública, incumbidos de efetivar o controlo interno, os quais passaram a ter legitimidade ativa para propositura de ações de responsabilidade financeira;

5. A jurisdição financeira exercida pelo Tribunal de Contas comporta diversas dimensões, ao nível *territorial, subjetivo e material*;

6. Entre esta jurisdição e outras do panorama judicial português, não existem conflitos, nem de competência, nem tão-pouco de jurisdição, visto este Tribunal ser único e autónomo na sua categoria constitucional, sendo que a responsabilização de determinado agente pela prática de ilícitos financeiros, não exclui a possibilidade de arguição e eventual subsequente condenação, junto de qualquer outra categoria de tribunais e pelos mesmos factos, do mesmo agente, por responsabilidade de outra natureza, que não financeira;

7. A Administração Pública portuguesa vem assistindo nos últimos anos, à absorção de conceitos modernos de políticas públicas, tais como *new public management, governance e public accountability* (horizontal), verificando-se uma aproximação da gestão pública aos princípios gerais subjacentes da gestão privada. É alicerçado nesta nova realidade, que o Tribunal de Contas exerce a sua competência, dentro do quadro normativo profissional dimanado de organizações internacionais às quais pertence;

8. De acordo com três critérios fundamentais: o *critério do posicionamento do órgão/serviço de controlo*, o da *natureza e dos fins a prosseguir* e o da *legalidade, boa gestão financeira natureza jurisdicional do controlo*, podemos distinguir dois tipos de controlo financeiro público: o *controlo externo*, a cargo, no plano político, da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas e no sentido técnico-jurisdicional o exercido pelo Tribunal de Contas, e o *controlo interno*;

9. Considerando as orientações internacionais sobre o tema, as ISC devem proceder à apreciação da eficácia da ação dos OCI. Donde, para efeitos de eficiência dos objetivos a alcançar, deverá promover-se a relação interinstitucional, ao nível da coordenação de metodologias e conjugação de esforços, com vista à construção de um verdadeiro sistema nacional de controlo interno;

10. A estrutura do sistema de controlo interno em Portugal, define-se em três níveis – operacional, sectorial e estratégico, conforme determinadas *etapas agregadas* a executar, de modo a atingir a legalidade, regularidade e boa gestão

e que são compostas pela verificação, o acompanhamento, a avaliação e a informação;

11. A Comissão Europeia apresenta um modelo estruturado dedicado aos Governos, que lhes permita perceber o “estado da arte” do controlo interno exercidos nos seus países, denominado PIFC (*Public Internal Financial Control*), o qual assenta em três pilares fundamentais: a *accountability* da gestão, a existência de auditoria interna independente e de uma unidade de harmonização de procedimentos que desenvolva normas internas relacionadas com os dois primeiros pilares;

12. Entre as organizações públicas incumbidas da execução do controlo externo e as que exercem o controlo interno, deve existir cooperação e diálogo construtivo, que permita atingir um efetivo sistema integrado de controlo financeiro público;

13. Diversos estudos internacionais concluem pela necessidade de articulação estreita entre as organizações incumbidas do controlo da atividade financeira, definindo o controlo interno como um instrumento de gestão indispensável para garantir que os objetivos do gestor estão em vias de ser realizados, responsabilizando-o pela implementação, adequação, avaliação e atualização de uma estrutura de controlo interno necessariamente eficaz;

14. As instituições superiores de controlo distinguem-se entre si de acordo com quatro critérios fundamentais a saber – *estrutura, organização, poderes e relacionamento com outros órgãos do Estado* – constituindo assim *três modelos de controlo financeiro externo* e independente das finanças públicas, adotados no Estados Democráticos: O sistema de Tribunal de Contas; O Sistema de Auditor-Geral e o sistema misto de Tribunal de Contas/Auditor-Geral.

15. Em Portugal, apesar da aproximação ao modelo judicial, de matriz francesa, é hoje entendido que face aos poderes jurisdicionais constitucionalmente previstos do Tribunal de Contas, atribuídos a todos os juizes conselheiros que compões as três câmaras nacionais do mesmo (após 2006), a par das competências de boa gestão, extensíveis às auditorias de qualquer tipo realizáveis, moldam o Tribunal a um *modelo misto com uma*

*predominância de lógica jurisdicional*, face à clara complementaridade das funções de auditoria e de julgamento de responsabilidades;

16. O Tribunal de Contas exerce a sua competência de fiscalização, em três momentos: de modo prévio, concomitante e sucessivo;

17. A fiscalização prévia traduz-se, a nosso ver, num ato materialmente jurisdicional: o visto. Este tipo de controlo financeiro prévio, não é adotado em todas as instituições superiores de controlo; com efeito, na União Europeia, apenas as da Bélgica, Grécia, Itália e Luxemburgo dispõem deste poder;

18. A fiscalização sucessiva utiliza os seguintes instrumentos fundamentais – a verificação (interna e externa) de contas, a auditoria e a avaliação – através dos quais é encetada a fiscalização de legalidade e de mérito, que pode dar origem a diversas consequências – jurídicas ou meramente políticas e sociais;

19. A auditoria está definitivamente consagrada, no Tribunal, como a técnica fundamental de controlo da atividade financeira pública. Considerando a orientação do Tribunal para o controlo integrado, são acolhidos na sua Lei de Organização e Processo, todos os tipos de auditoria, apesar de centrar a sua ação de fiscalização em auditorias financeiras, de desempenho e de conformidade, de acordo com as orientações de instâncias internacionais, às quais o Tribunal pertence;

20. Sempre que no decurso de ações de auditoria sejam detetados indícios de erros, irregularidades ou mesmo infrações, o auditor deve desenvolver todas as diligências de prova ao seu alcance, observando as regras de registo próprias de depoimentos, acautelando que sob o ponto de vista material e formal, a prova produzida no âmbito da auditoria é suficiente e adequada para ser utilizada em termos judiciais;

21. Atualmente, as preocupações de diversas organizações internacionais, convergem para a utilidade abstrata das instituições superiores de controlo virem a desempenhar um papel ativo, no combate à fraude e à corrupção, mediante o desenvolvimento de auditorias específicas para a deteção de tais ilícitos;

22. Através do desenvolvimento de *auditorias forenses* – de natureza preventiva e reativa, as quais não encontram qualquer obstáculo no mandato legal do Tribunal de Contas - esta instituição pode contribuir ativamente para a prevenção de atos fraudulentos, praticados por gestores públicos ou responsáveis pela *res publica*;

23. O benefício da execução de auditorias forenses, no contexto da instituição superior de controlo nacional, prende-se com a utilização adaptada das técnicas específicas de recolha de prova, para efeitos de evidência sustentada e ainda com a definição e preparação do auditor para futuros depoimentos a prestar em sede de julgamento;

24. Por outro lado, ao habilitar o departamento próprio para a receção e tratamento de denúncias, com as ferramentas adequadas à análise, numa perspectiva forense, das mesmas, através da formação específica do corpo de fiscalização do Tribunal, permitir-se-ia o desenvolvimento sustentado deste tipo de auditorias, a executar por departamento autónomo e específico ou por auditores especializados e integrados nas equipas de auditoria, sempre que os indícios de fraude ocorressem no decurso de outro tipo de auditorias.

25. A mais-valia resultante desta formulação inovadora seria a realização de auditoria vocacionada para a *avaliação perfunctória do risco* e da *deteção da fraude financeira*, na senda dos objetivos definidos pelas organizações internacionais, habilitando, desde logo, de modo eficiente, o Ministério Público, para propositura de ação de responsabilidade financeira ou remessa do processo de auditoria às instâncias próprias, caso fossem detetados ilícitos de natureza criminal ou outra;

26. Esta solução permitiria, a nosso ver, um ganho de eficácia nas ações propostas pelo Ministério Público;

27. Ao aquilatarmos sobre a natureza jurídica das recomendações do Tribunal de Contas, consideramos não estarmos perante um ato materialmente jurisdicional, porque desde logo ausente o carácter vinculativo e coercivo *tout court*, do ato. Assim, diremos que as recomendações, enquanto atos dimanados pelo Tribunal de Contas, possuem natureza não normativa, traduzindo-se num ato opinativo cujo âmago encerra um apelo a determinado comportamento, pela entidade auditada;

28. Porém, se atentarmos na consequência do seu não acatamento, verificamos a possibilidade, face ao disposto no n.º 1 do art.º 65º da LOPTC, daquela ser suscetível de gerar, na esfera jurídica do *destinatário* da recomendação, responsabilidade financeira sancionatória;

29. A responsabilidade financeira, que inequivocamente possui uma natureza autónoma de qualquer outro tipo de responsabilidade, demanda em quatro dimensões: a *política* – materializada na responsabilidade orçamental e na responsabilidade derivada da prática de atos financeiros; a *criminal* – através da consagração legal de determinados tipos de crimes, relacionados com a tutela de bens jurídicos relacionados com o património e os dinheiros públicos; a *civil* – no que se refere à responsabilidade civil extracontratual do Estado, o direito de regresso contra os que perpetrarem atos lesivos à administração dos recursos financeiros públicos e a *disciplinar* – do elenco de infrações passíveis de responsabilização disciplinar, constam as relacionadas com a apropriação de dinheiros ou bens públicos ou lesão gestonária do património do Estado;

30. Com a alteração legislativa de 2006, foi abandonado o catálogo de processos, passíveis de instauração, sempre que detetada qualquer infração financeira, passando o mesmo a ser restrito aos julgamentos de dois tipos: o *julgamento de contas* e o *julgamento de responsabilidades financeiras*;

31. Contudo, verifica-se uma tendência de crescimento da utilização da forma de julgamento de responsabilidades financeiras, em detrimento do julgamento de contas;

32. A estrutura da responsabilidade financeira assenta na verificação de um *facto*, constituído por uma *ação* ou *omissão*, que tem que ser *típico*, isto é, consignar a lei a previsão de determinado ilícito financeiro;

33. A responsabilidade financeira carrega uma *dimensão pessoal*: aos responsáveis pode ser assacada a responsabilidade como *agentes da ação* – responsabilidade direta, por ação (quem praticou o ato financeiro ilícito) ou omissão (quem tinha o dever funcional de agir), e como *agentes estranhos ao facto* – responsabilidade subsidiária (o causador mediato do facto ilícito);

34. Determinados autores defendem o desenvolvimento do estudo de uma responsabilidade financeira *transpessoal* e *coletiva*, no domínio do direito

financeiro público, numa lógica de responsabilização futura da comunidade no seu todo;

35. O regime sancionatório da jurisdição financeira prevê que do cometimento de infrações financeiras nasça a responsabilização dos seus agentes. Ambas as responsabilidades – *reintegratória* e *sancionatória* - dependem de pressupostos gerais, comuns e necessariamente cumuláveis;

36. Apesar de manter uma dimensão sancionatória, a responsabilidade financeira reintegratória visa primordialmente a reparação de danos causados ao erário público;

37. As diferenças sintáxico-jurídicas entre *dano* e *fraude* devem proferir-se, em sede de auditoria ou outro tipo de controlo, com o rigor indispensável à sustentação de conclusões sufragáveis em processo jurisdicional;

38. A responsabilidade financeira sancionatória compreende o *universo dual* das infrações financeiras relativas à correção e regularidade da atividade financeira e da boa gestão dos dinheiros públicos e das infrações cometidas por incumprimento de deveres de comportamento para com o Tribunal (infrações não financeiras), sendo uma responsabilidade baseada na culpa;

39. Ambas as espécies de responsabilidade são cumuláveis, podendo portanto coexistir na mesma sede processual;

40. O direito de *ação popular*, como instrumento de democracia representativa das sociedades hodiernas, está vedado na jurisdição financeira, face ao elenco de entidades com competência para requerer julgamento, previsto no art.º 89º da LOPTC. Defendemos, não obstante, que numa perspetiva *de jure condendo*, a previsão legal da *ação popular financeira*, garantiria aos cidadãos o acesso à justiça financeira, acionada contra aqueles que, em nome de todos, mas de *motu proprio*, gerem bens e valores públicos;

41. O instituto da *relevação* da responsabilidade financeira sancionatória ou reintegratória pode configurar uma diminuição do efeito repressivo derivado de má conduta, numa sede em que a margem para a sua aplicação está de certo modo condicionada, pelo facto de estarmos perante uma jurisdição que responde pelo legítimo desígnio do cidadão, em crer que aqueles que se apropriem de dinheiros ou valores públicos serão efetivamente punidos;

42. A Lei n.º 20/2015 de 9 de março – última alteração à LOPTC, abandona a figura da *conversão* da responsabilidade financeira reintegratória, em sancionatória;

43. A tramitação processual no Tribunal de Contas sofre relevante alteração, com a publicação do diploma referido em 42., no que concerne à nova previsão do art.º 80º, considerando que apenas as regras do processo civil são agora aplicáveis subsidiariamente ao processo da jurisdição financeira, ao contrário do previsto na LOPTC anteriormente, abandonando-se a subsidiariedade das normas de processo penal, relativamente à responsabilidade financeira sancionatória, a qual se basta agora com as disposições dos títulos I e II do Código Penal.

## BIBLIOGRAFIA E OUTRAS FONTES

### 1 - Geral

AMARAL, Freitas do, *“Curso de Direito Administrativo”*, Vol. II, Coimbra, 2003

AYALA, Jorge Badillo, *“Auditoría Forense – Más que una especialidade profesional una misión: prevenir e detectar el fraude financiero”*, Mayo de 2008, Versao 2.0, disponível em [https://na.theiia.org/translations/PublicDocuments/Auditoria\\_Forense\\_Una\\_Misi%C3%B3n\\_JBadillo\\_Mayo08%2814023%29.pdf](https://na.theiia.org/translations/PublicDocuments/Auditoria_Forense_Una_Misi%C3%B3n_JBadillo_Mayo08%2814023%29.pdf)

BELO, Maria Aurélia, *“A articulação em Portugal do sistema de controlo financeiro, político, técnico e jurisdicional”*, 2002, Galileu – Revista de Economia e Direito.

BORGE, Magnus, *“The role of Supreme Audit Institutions (SAIs) in Combating Corruption”*, Paper preparado para o workshop *“Public Sector Financial Transparency and Accountability: The Emerging Global Architecture and Case Studies.”* 9ª Conferência Internacional Anti-Corrupção, Durban, outubro 1999

BOVENS, Mark, *“Public Accountability – A framework for the analysis and assessment of accountability arrangements in the public domain”*, disponível em [http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.qub.ac.uk%2Fpolproj%2Feneg%2Fcontested\\_meanings%2FBovens\\_Public%2520Accountability.connex2.doc&ei=Fk4IVZPnH4bZU\\_jWgfgB&usq=AFQjCNHCKAihAkxxl\\_sl2\\_eT\\_cGAWmQTgg&bvm=bv.88198703,d.d24](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.qub.ac.uk%2Fpolproj%2Feneg%2Fcontested_meanings%2FBovens_Public%2520Accountability.connex2.doc&ei=Fk4IVZPnH4bZU_jWgfgB&usq=AFQjCNHCKAihAkxxl_sl2_eT_cGAWmQTgg&bvm=bv.88198703,d.d24)

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Referencial Básico de governança*/Tribunal de Contas da União – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, 2013

CABEZA DEL SALVADOR, Ignacio, *“Reflexiones sobre la crisis económica y el papel de la auditoría pública”*, Revista Auditoría Pública, n.º 47

CADILHA, António, *“Os Poderes e Pronúncia Jurisdicionais na ação de condenação à prática de ato devido e os limites funcionais da justiça administrativa”* in *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, II Volume* Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010

CAETANO, Marcelo, *“Manual de Direito Administrativo”*, 10ª edição, 5ª reimp., Tomo I, Coimbra, 1991

CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, *“Constituição da República Portuguesa Anotada”*, 3ª ed., Coimbra, 1993

-, *“Constituição da República Portuguesa Anotada”*, Vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra Editora, 2007

CARMO, João Franco do, *“Contribuição para o estudo da responsabilidade financeira”*, Revista do Tribunal de Contas, nº 23, janeiro/Setembro de 1995

-, *“A responsabilização financeira efectivada por jurisdição especial”*, Revista Fiscalidade, nº 32, outubro/dezembro de 2007

CORREIA, Lia Olema F.V.J., *“O dever de boa gestão e a responsabilidade financeira”*, in *“Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco”*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006

COSTA, Paulo Nogueira, *“O Tribunal de Contas e a Boa Governança – Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal”*, 2014, Coimbra Editora

CLUNY, António, *“Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas – Contributos para uma reflexão necessária”*, Coimbra Editora, 1ª Ed., Dezembro 2011

-, *“Responsabilidade financeira reintegratória e responsabilidade civil delitual de titulares de cargos políticos, funcionários e agentes do Estado”*, Revista do Tribunal de Contas, nº 32, julho/dezembro de 1999

CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos, *La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas*, Editorial Comares

DIVORSKI, S. *“Differences in the approaches of auditors and evaluators to the examination of government policies and programs.”*, in *“Evaluation and auditing: Prospects for convergence (New Directions for Evaluation)”*, nº. 71, C. Wisler (Ed.), San Francisco: Jossey-Bass

DOBROWOLSKI, Z., *“The role of the Supreme Audit Office In Combating Corruption”*, Ljubljana, Eslovénia, 2011, in *“Guideline for the Audit of Corruption Prevention in Government Agencies”*, Bona, 26 de fevereiro de 2013

DUARTE, Tiago, *“Tribunal de Contas, visto prévio e tutela jurisdiccional efectiva? Yes, we can!”*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 71, setembro/outubro 2008

FALLAS, José Alpizar, *“Implementing the Forensic Audit Capability of the Contraloría General de la República de Costa Rica”*, disponível em [https://www.ccaf-fcvi.com/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=19:improving-the-forensic-audit-capability-of-the-contralor%C3%ADa-general-de-la-rep%C3%BAblica-de-costa-rica&Itemid=334&lang=en](https://www.ccaf-fcvi.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=19:improving-the-forensic-audit-capability-of-the-contralor%C3%ADa-general-de-la-rep%C3%BAblica-de-costa-rica&Itemid=334&lang=en)

FRANCO, António de Sousa, *“O Controlo da Administração Pública em Portugal”*, Ed. do Tribunal de Contas, Lisboa, 1993;

-, *“O Sistema Nacional de Controlo Financeiro em Portugal”*, III Encontro dos Tribunais de Contas dos Países de Língua Portuguesa, realizado em Maputo de 21 a 24 de Outubro de 1997, ed. Centro de Estudos e Formação dos Tribunais de Contas das Comunidades de Língua Portuguesa;

-, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, Vol I, 2ª ed., Coimbra, 1988

FRANCO, António de Sousa/TAVARES, José F. F., *Orçamento – conceito, natureza e regime dos Orçamentos públicos Portugueses*, Lisboa, 2006, atualizado por MARTINS/Guilherme D'Oliveira/TAVARES, José F. F., com a colaboração de PESSANHA, Alexandra

GINER, Roberto P. Cortell, "*Responsabilidad contable directa y subsidiaria*", Revista Auditoría Pública, nº 9, março de 1997

GONZÁLEZ, Elena Herrero, "*Las limitaciones en auditoría pública*", Revista Auditoría Pública, nº 63, julho de 2014

GUIJARRO, Javier Medina, "*Presente e Futuro del Enjuiciamiento Contable del Tribunal de Cuentas*", RECE, nº 1, 1999

HERNANDÉZ, António M. López, "*Control e Auditoría del sector público en un escenario de crisis económica*", in Auditores – Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, nº 15, Mayo de 2011

JONES, George & STEWART, John. "*New development: Accountability in public partnerships - The case of Local Strategic Partnerships*." Public Money and Management, January, 2009.

KENNEY, Charles D., "*Horizontal Accountability: Concepts and Conflicts*", in MAINWARING, Scott, WELNA, Christopher "*Democratic Accountability in Latin America*", Oxford University Press, 2003

KOCKS, C. (2003), *Auditing, audit, auditor, wat moeten we ermee? Twintig over Internal/Operational Auditing*, Auditing.nl.

KOSLOWSKI, Peter, "*Gerechtigheit zwishen den Generationen: Globale Perspektiven*", in Revista Portuguesa de Filosofia, 65, 2009, fasc. 1-4

LAWSON, A. and RAKNER, L. 2005. *Understanding Patterns of Accountability in Tanzania: Final Synthesis Report*. Oxford: Oxford Policy Management and Bergen: Christen Michelsen Institute.

LEEUEW, F., "*Auditing and evaluation: Bridging a gap, worlds to meet? New Directions for Evaluation*"

LONSDALE, Jeremy, BEMELMANS-VIDEC, Marie-Louise, PERRIN, Burt, "*Making accountability work: Dilemmas for evaluations and for audit*", Comparative Policy Evaluations, Vol. 14, 2007, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey

LOPES, Helena Abreu, "*O papel do Tribunal de Contas português na prevenção da corrupção*", Revista do Tribunal de Contas, n.º 40, 2003

LOPES, Helena Ferreira, "*O valor probatório do relatório de auditoria em juízo*", in II Encuentro de los Tribunales de Cuentas de España y Portugal. León, 23 y 24 de septiembre de 2004 – Madrid, 2005.

LOPEZ, Juan Carlos, Comunicação no "*Encuentro com las entidades fiscalizadoras superiores de America – 1988*", tema II – "*Metodología de la detección de fraude*", ed. do Tribunal de Contas espanhol

MACEDO, Adalberto José Barbosa Monteiro de, "*Ilícitos Financeiros*", Ed. Vislis, 2000

MAGALHÃES, Lídio, "*Notas sobre a responsabilidade financeira*", Revista do Tribunal de Contas, nº 5/6, janeiro/junho de 1990

-, "*Algumas reflexões sobre o regime da responsabilidade financeira na Lei nº 98/97 de 26/8*", Revista *Scientia Iuridica*, T. 50, nº 307, julho/Setembro de 2006

MARTÍNEZ, Soares, "*Introdução ao Estudo das Finanças*", Lisboa, DGCI-CEF, 1967

MARTINS, Guilherme D'Oliveira, "*A responsabilidade financeira do Gestor da Coisa Pública*", in "*Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*", Vol. II – Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ed. Almedina, 2010;

-, "*Colóquio Internacional A Moderna Gestão Financeira Pública: uma resposta à crise económica?*", Tribunal de Contas, Lisboa, 2009.

- , *“Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa”*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1984/85
- , *“Dicionário Jurídico da Administração Pública”*, Maio/96
- , *“A responsabilidade financeira – evoluções recentes”*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 88, julho/agosto 2011
- , *“Constituição Financeira”*, 2º Vol., Ed. AAFDL, 1984/85
- MARTINS, Guilherme D’Oliveira/TAVARES, José F. F., *“O Tribunal de Contas na ordem constitucional portuguesa”*, Lisboa, 2011
- MAYNE, John, *“Audit and Evaluation in Public Management: Challenges, reforms and Different Roles”*, The Canadian Journal of Program Evaluation Vol. 21 Nº. 1, 2006, pp 11–45, Canadian Evaluation Society
- MODENA, Carlos César *“Implementing an Anti-Fraud/Anti-Corruption Strategy in the Brazilian Court of Auditors”*, disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053600.PDF>
- MORAIS ANTUNES, Carlos Alberto, *“O julgamento do Tribunal de Contas no âmbito da responsabilização financeira”*, Palestra proferida na VI Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP, S. Tomé e Príncipe, 11 a 14 de outubro de 2010, Ed. Centro de Estudos e Formação, Lisboa, 2011
- MORENO, Carlos, *“O Sistema Nacional de Controlo Financeiro - Subsídios para a sua apreensão crítica”*, Ed. UAL, Lisboa, 1997
- , *“Gestão e Controlo de Dinheiros Públicos”*, Lisboa, Ed. UAL, 1998
- MORENO, E., CRISP, B. F., & SHUGART, M. (2003). *“The accountability deficit in Latin America.”* S. Mainwaring & C. Welna (Eds.), *Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press.
- NEWELL, P. & WHEELER, J., 2006, *“Taking Accountability into Account”*, in *“Rights, Resources and the Politics of Accountability”*, Zed Books, London
- NIETO, Alejandro, *Peculiaridades Genéricas de la Culpabilidad n el Derecho Administrativo Sancionador: La Diligencia Debida, La Buena Fe y el Riesgo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993
- O’DONNELL, Guillermo, *“Horizontal Accountability in New Democracies”*, Vol. 9, nº 3, julho, 1998, Journal of Democracy
- O’NEILL, T., FORESTI, M. and HUDSON, A. (2007) *“Evaluation of Citizens Voice and Accountability: Review of the Literature and Donor Approaches.”* London: DFID
- OLIVEIRA, Águedo de, *“A fiscalização financeira preventiva no direito português”*, Lisboa, 1959
- PEREIRA, Ernesto Trindade, *“O Tribunal de Contas”*, TC, 1962
- PERUZZOTTI, E. & SMULOVITZ, C., 2006. *“Social Accountability: An Introduction.”* in E. Peruzzotti and C. Smulovitz eds. *“Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies”*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- PINTO, Lacerda da Costa e VEIGA/Alexandre Brandão da, *“Natureza, Limites e Efeitos das Recomendações e Pareceres Genéricos da CMVM”*, in *“Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários”*, nº 12, dezembro 2001
- POLLIT, C., GIRR X., LONSDALE, J., MUL, R., SUMMA, H. & WAERNES, M., (1999), in *“Performance or Compliance? Performance Audit and Public Management in Five Countries”* Oxford: Oxford University Press.

POLLIT, C. & SUMMA, H., "Performance audit and evaluation: Similar tools, different relationships?", in C. Wisler (Ed.), in "Evaluation and auditing: Prospects for convergence (New Directions for Evaluation", nº 71. San Francisco: Jossey-Bass

RAWLS, John, "Uma Teoria da Justiça", Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000

ROCHA, Joaquim Freitas da/GOMES, Noel, "Da responsabilidade financeira", Revista Scientia Iuridica, Tomo LXI, nº 329, maio/agosto 2012

ROCHA, Joaquim Freitas, "Breves Reflexões sobre responsabilidade coletiva e finanças públicas", in Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo I, Ano de 2012

RODRIGUES, Nuno Cunha, "Responsabilidade financeira reintegratória/responsabilidade financeira sancionatória/titulares de cargos políticos/eleitos locais", in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 5, nº 2, verão

ROSA, Emilio Padilla, "Equidad intergeneracional y sostenibilidad. Las generaciones futuras en la evaluación de políticas y proyectos", Instituto de Estudios Fiscales, Investigaciones, nº 1/02, Madrid, 2002

SANCHÉZ, Pascual Sala, "La jurisdicción contable – Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España", Revista Española de Control Externo, Madrid, 1984

SCHEDLER, A. "Conceptualizing Accountability" in "The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies." Ed. Andreas Schedler, Larry Diamond, and Marc F. Plattner. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SCOTT, Colin, 'Accountability in the Regulatory State', Journal of Law and Society, 2000

SILVEIRO, Fernando Xarepe, "O Tribunal de Contas, as sociedades comerciais e os dinheiros públicos – contributo para o estudo da atividade de controlo financeiro", Coimbra Editora, 2003

SINGLETON, Tommie, SINGLETON, Aaron, BOLOGNA, Jack, LINDQUIST, Robert, "Fraud Auditing and Forensic Accounting", Jonh Wiley & Sons, Inc (ed), 3ª edição, 2006

STAPENHURST, Rick, "Features and Functions of Supreme Audit Institutions", The World Bank, nº 59, outubro 2001

TARA, Ioan Gheorge, SIMONA, Gherai Dana, "Historical Analysis On The Appearance Of The Supreme Audit Institutions In The European Union" disponível em <http://steconomiceuoradea.ro/anale/volume/2014/n1/077.pdf>

TAVARES, José F. F., "Estudos de Administração e Finanças Públicas", Ed. Almedina, 2014, 2ª edição atualizada;

- "O Controlo Interno na Administração Pública", Seminário organizado pela Inspeção-Geral de Finanças, Lisboa, 1996, realizado nos dias 27 e 28 de Novembro;

- "Reflexões sobre o conceito, a natureza e o regime das Recomendações do Tribunal de Contas", in "Estudos de Administração e Finanças Pública", Almedina, 2014, 2ª edição atualizada

- "Administração, controlo, avaliação e responsabilidade", Lisboa, 1997, in Estudos de Administração e Finanças Públicas", Ed. Almedina, 2014, 2ª edição atualizada;

- "Relações entre órgãos de controlo interno e externo", in "Estudos de Administração e Finanças Públicas", Ed. Almedina, 2014, 2ª edição atualizada;

- "Linhas de Evolução do Tribunal de Contas nos últimos 25 anos", Lisboa, 1999 in Estudos de Administração e Finanças Públicas", Ed. Almedina, 2014, 2ª edição atualizada;

-, *"O futuro da auditoria pública e da obrigação de prestação de contas na UE"*, in *Estudos de Administração e Finanças Públicas*, Ed. Almedina, 2014, 2ª edição atualizada.

TAVARES, José F. F./MAGALHÃES, Lídio, *"Tribunal de Contas – Legislação Anotada"*, Índice Remissivo, Ed. Almedina, Coimbra, 1990

TEIXEIRA, Brás, in *"Finanças Públicas e Direito Financeiro"*, Lisboa, 1989

TROTABAS, Louis/COTTERET, Jean-Marie, *"Droit Budgétaire et Comptabilité Publique"*, 1985

WESBERRY, James P., Jr., *"21<sup>st</sup> Century Challenge to Supreme Audit Institutions"*, 4th Triennial Congress of the Caribbean Organization of Supreme Audit Institutions (CAROSAI), Georgetown, Guyana, 18<sup>th</sup> March 1997.

VENTURA, Catarina Sampaio, *"O poder da recomendação"*, comunicação proferida no *III Encontro Nacional de Provedores do Estudante*, Coimbra, 11 de outubro de 2013

## **2 - Documentos editados por instituições internacionais:**

### **FMI:**

*Code of Good Practices on Fiscal Transparency*, disponível em <http://www.imf.org/external/np/fad/trans/code.htm>

### **GAO:**

*International Journal of Government Auditing*, janeiro de 2000, Vol. 27, nº 1.

### **INTOSAI:**

-, *Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector*

-, *Enhancing Good Governance for Public Assets - Guiding Principles for Implementation*, Warsaw, 23, May, 2013

-, *Coordination and Cooperation between SAI's and Internal Auditors in the Public Sector*, ed. INTOSAI, p. 4, disponível em [http://www.issai.org/media/13353/intosai\\_gov\\_9150\\_e\\_.pdf](http://www.issai.org/media/13353/intosai_gov_9150_e_.pdf)

-, *The Auditor's Responsibilities Relating to Fraud in an Audit of Financial Statements*

**OFFICE OF THE AUDITOR GENERAL OF CANADA**, *Performance Audit Manual*, Ottawa, 2004

**WORLD BANK INSTITUTE**, *"Improving Democratic Accountability Globally"*, a *Handbook for Legislators on Congressional Oversight in Presidential Systems*, November 2013

DYE, Kenneth, *"Corruption and Fraud Detection by Supreme Audit Institutions"*, apud SHAH, Anwar, *Performance Accountability and Combating Corruption*, Public Sector Governance and Accountability Series, World Bank Publications, 2007

### **COSO:**

*"Internal Control – Integrated Framework"*, 2011, disponível em [http://www.coso.org/documents/coso\\_framework\\_body\\_v6.pdf](http://www.coso.org/documents/coso_framework_body_v6.pdf).

### **COMISSÃO EUROPEIA:**

*"Welcome to the world of PIFC – Public Internal Financial Control"*, European Commission, 2006

### NAÇÕES UNIDAS:

*"Citizen Engagement Practices by Supreme Audit Institutions – Compendium of Innovative Practices of Citizen Engagement by Supreme Audit Institutions for Public Accountability"*, Economic & Social Affairs, United Nations, 2014, 15 janeiro.

### 3 – Legislação mencionada

Constituição da República Portuguesa

Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aprovada pela Lei nº 98/97 de 26.08, alterada pela Lei nº 87-B/98 de 31.12, pela Lei nº 1/2001 de 4.01, pela Lei nº 55-B/2004 de 30.12, pela Lei nº 48/2006 de 29.08, pela Lei nº 35/2007 de 13.08, pela Lei nº 3-B/2010 de 28.04, pela Lei nº 61/2011 de 07.12, pela Lei nº 2/2012 de 06.01 e pela Lei nº 20/2015 de 9 de março.

Regulamento Interno do Tribunal de Contas, aprovado pelo Plenário Geral, na Sessão de 28 de Junho de 1999, e publicado na 2.ª Série do *Diário da República*, n.º 162, de 14 de Julho de 1999

Decreto 22 257 de 25/2/1933

Decreto nº 48051 de 21 de novembro de 1967

Decreto-Lei nº 49168 de 25 de agosto de 1969

Lei nº 34/87 de 16 de julho

Lei nº 32/2007 de 13 de agosto

Lei nº 35/2007 de 13 de agosto

Lei nº 4/2013 de 14 de janeiro

Lei nº 35/2014 de 20 de junho

Lei nº 83-B/2014, de 31 de dezembro

Decreto-Lei nº 4/2015 de 7 de janeiro

Ley Orgánica 2/1982 do Tribunal de Cuentas

### 4 – Documentos disponíveis na WEB

Relatório de Atividades da Direção-Geral do Tribunal de Contas, disponível em [http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_anual/2013/ra2013\\_estatistica\\_indicadores.pdf](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_anual/2013/ra2013_estatistica_indicadores.pdf)

*O Tribunal de Contas na atualidade*, disponível em [http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit\\_act.pdf](http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf)

*Sourcebook for Evaluating Global and Regional Partnership Programs – Indicative Principles and Standards*, disponível em <http://siteresources.worldbank.org/EXTGLOREGPARPROG/Resources/sourcebook.pdf>

*Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, disponível em [http://www.ecgi.org/codes/documents/oecd\\_soe\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/oecd_soe_en.pdf)

*HM Treasury, Cabinet Office, Corporate Governance in Central Government Departments: Code of Good Practice, 2011*, disponível em [http://www.ecgi.org/codes/documents/cg\\_government\\_uk\\_jul2011\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_government_uk_jul2011_en.pdf)

## NOTA FINAL

Discorreremos, ao longo deste estudo, sobre realidades que assumem de modo incisivo e definitivo, um relevante interesse numa sociedade que tende a abandonar a contemplação displicente, avançando segura para um grau de exigência diferente. Não surpreende que numa democracia em estágio consolidado, assim seja.

Consciencializarmo-nos e prepararmo-nos melhor implica daqueles em quem depositamos a nossa garantia de futuro sustentável, mais responsabilidade e rigor na sua gerência.

Parafraseando Walter Rathenau<sup>286</sup>, porque a “economia é o nosso destino”, dependemos de noções válidas, modernas e isentas de laboração pública, numa lógica de *value for money*, mas precisamos de crer, porém, que sempre que existam fugas ao objetivo, exemplarmente serão responsabilizados os prevaricadores. A estratégia de desenvolvimento de um Estado democrático envolve, certamente, a estabilização numa âncora sólida de todo o edifício da Administração Financeira Pública.

Não esgotámos, nem podia ser essa a nossa pretensão, os assuntos abordados. Com efeito, caracterizar uma Instituição como o Tribunal de Contas, permitiria desenvolver o estudo das projeções futuras, num contexto internacional, porque globalizado é também o espaço onde aquele se move.

Pensar sobre o modo como se executa em Portugal o controlo financeiro público, especialmente o exercido externamente pelo Tribunal de Contas, em que incidimos, aguçou-nos o espírito, face à detetada necessidade de ensejos conducentes à viva cooperação com o controlo interno. Por outro lado, hoje, as instituições superiores de controlo dirigem-se para um novo arquétipo, que passa pela avaliação perfunctória do erro, visando a deteção da fraude e assumindo, por isso, o seu lugar, num novo encargo inevitável. É por aqui que sopram os ventos de mudança, que se adivinham e desejam.

Na lógica do raciocínio descrito, debruçámo-nos na jurisdição financeira do Tribunal de Contas, instituição suprema do controlo externo das finanças públicas, única entidade responsável pela efetivação de responsabilidades

---

<sup>286</sup> Ministro das Relações Exteriores da Alemanha, durante a República de Weimar.

financeiras, decorrentes da ação dos gestores públicos em sentido lato. Concluimos que o caráter singular daquela forma de responsabilização permitirá duas realidades, a seu tempo: a exortação aos cidadãos da convicção da tutela natural dos finitos recursos públicos e a sedimentação jus-normativa instrumental que permitirá o seu sucesso. ■

**Rute Alexandra de Carvalho Frazão Serra**

Mestre em Direito – Ciências Jurídico-Políticas.

Pós-Graduada em Gestão Pública, exerce atualmente funções de auditoria externa, junto do Tribunal de Contas de Portugal – Área de Responsabilidade IV – Funções Gerais de Soberania.

Foi durante oito anos, dirigente da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (chefe de divisão, inspetora-chefe e inspetora-diretora da Região Norte).

É docente convidada do Instituto Português de Psicologia e Formadora nas áreas do direito penal, contraordenacional e da investigação criminal.

No âmbito da fiscalização alimentar e económica, foi preletora em diversas sessões de esclarecimento, pelo País.





BRASIL  
**FEMINICÍDIO**

A NOVA LEI DE FEMINICÍDIO EM FACE DO PRINCÍPIO  
CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA: AVANÇO OU RETROCESSO?

**Leonardo Alves de Oliveira**

Servidor Público Estadual (TJMG, Brasil)

SUMÁRIO

A inclusão do feminicídio no texto legal do Código Penal é tema central de inúmeras discussões e embates, sobretudo, quando colocada sob o prisma do princípio constitucional da isonomia, pois há quem defenda que ocorreu uma violação à equidade entre homem e mulher com a edição da referida lei, levando-nos a questionar se houve um avanço ou retrocesso em termos de igualdade entre homem e mulher, ou, ainda, se há ou não violação à isonomia assegurada constitucionalmente aos brasileiros (e estrangeiros residentes no país).

DIREITO COMPARADO | BRASIL

# FEMINICÍDIO

A NOVA LEI DE FEMINICÍDIO EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL  
DA ISONOMIA: AVANÇO OU RETROCESSO?

**Leonardo Alves de Oliveira**

Servidor Público Estadual (TJMG, Brasil)

## I – Introdução

No dia 8 (oito) de março de 2015, foi comemorado o dia internacional da mulher. Oportunamente, no dia seguinte, segunda-feira, 9 (nove) de março, não podendo ser em melhor data, as mulheres brasileiras tiveram outro motivo digno de comemoração. A Presidente da República, Dilma Rousseff, procedeu à sanção da Lei n.º 13.104/2015, instituindo o feminicídio (crime definido, em síntese, como homicídio de mulher por razões de gênero quando envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher). Isto é, a priori, a promulgação da referida lei gera uma situação de maior segurança e proteção às mulheres.

De fato, a comemoração foi grande, mormente pela bancada feminina do Congresso, pelos movimentos feministas e pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher, autora do Projeto de Lei 8.305/15 (oriundo do PLS 292/2013), que deu origem a norma jurídica em comento.

Contudo, a inclusão do feminicídio no texto legal do Código Penal, apesar de ter sido feita há pouquíssimo tempo, já é tema central de inúmeras discussões e embates, sobretudo, quando colocada sob o prisma do princípio constitucional da isonomia, pois há quem defenda que ocorreu uma violação à equidade entre homem e mulher com a edição da referida lei.

Dessarte, a novel criminalização do feminicídio (que em verdade é uma qualificadora do delito de homicídio que o eleva ao status de crime hediondo) leva-nos a questionar se houve um avanço ou retrocesso em termos de igualdade entre homem e mulher, ou, ainda, se há ou não violação à isonomia assegurada constitucionalmente aos brasileiros (e estrangeiros residentes no país), questionamento pelo qual se apresenta este artigo científico com o fito de melhor entender a questão e, conseqüentemente, dirimi-la.

## **2 – Desenvolvimento e análise do tema**

### **2.1 Considerações iniciais e breve esboço histórico**

Cronologicamente, é certo que a mulher ao longo do passar dos anos transpôs grandes barreiras em termos de igualdade perante os homens. Não há melhor tema para dar respaldo a essa afirmação sobre a progressão feminina rumo à isonomia senão nas relações familiares entre marido e mulher.

Se voltarmos no tempo (para um passado não tão distante), é possível constatar que a mulher não era considerada pessoa capaz civilmente<sup>1</sup>, sendo relativamente capaz apenas enquanto estivesse casada<sup>2</sup> (equiparando-se aos pródigos, silvícolas e aos menores), cabendo ao marido a chefia da sociedade conjugal<sup>3</sup> e a administração do patrimônio. Ademais, pode-se notar claramente que a mulher não detinha nenhuma liberdade sobre seu corpo (sua sexualidade), pois era possibilitado ao esposo anular o matrimônio em caso de ignorância sua acerca do defloramento da varoa<sup>4</sup>. Tampouco tinha a mulher liberdade no que se refere à labores fora dos domínios residenciais, haja vista que partia do homem a autorização para que a mulher pudesse fazê-lo<sup>5</sup>. Isso ocorreu porque o Digesto Civilista de 1.916 retratava a sociedade patriarcal brasileira da época e outorgava ao varão o poder exclusivo e soberano sobre a família.

---

<sup>1</sup> Código Civil de 1.916, art. 2º.

<sup>2</sup> Código Civil de 1.916, art. 6º, II.

<sup>3</sup> Código Civil de 1.916, art. 233.

<sup>4</sup> Código Civil de 1.916, art. 219, VI

<sup>5</sup> Código Civil de 1.916, art. 233, VI, c.c. 242, VII.

É bem verdade, que se olharmos para um passado recente, verifica-se também que a mulher somente passou a ter seu direito ao voto (uma das maiores expressões de cidadania e democracia) há pouco mais de 80 (oitenta) anos, com a reforma no Código Eleitoral Brasileiro, ocorrida em 1.932.

Por estes poucos exemplos de submissão expostos, se comparados à situação atual vivenciada pela mulher, resta notável o grande avanço realizado pelo sexo feminino, já que hodiernamente goza de plena isonomia com o sexo masculino. Conforme reza o texto da Lex Fundamental, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, classificando-se homens e mulheres como iguais em direitos e obrigações, é um direito e garantia fundamental<sup>6</sup>.

Tecidas tais considerações, vislumbra-se que a mulher aos poucos foi deixando para trás a sua “inferioridade” e submissão ao homem, tirando as algemas da opressão e da fragilidade que lhe eram postas por uma sociedade patriarcal e machista, caminhando a largos passos rumo à isonomia, ou seja, colocou de lado sua condição de “sexo fraco”, o que foi fatalmente sepultado com o advento da Constituição Federal de 1.988, que colocou uma pá de cal sobre as desigualdade e salientou a igualdade entre todos.

## **2.2 – Princípio constitucional da isonomia**

Entretanto, é preciso trazer à baila maiores elucubrações sobre o tema para entendermos do que se trata realmente essa igualdade entre homem e mulher de que trata a Carta Política de 1.988.

Topograficamente, o princípio da igualdade assegurado constitucionalmente, está localizado no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu art. 5º, inciso I, que preconiza a igualdade de todos perante a lei<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 5º, I, da Constituição Federal.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

Cediço que todas as pessoas vêm ao mundo com liberdade e igualdade em direitos, deveres e dignidade, sendo que a garantia de igualdade decorre do princípio constitucional da isonomia, que é pedra fundamental do regime democrático em que vivemos, significando que todos os brasileiros têm direito às mesmas oportunidades, vedando-se privilégios ou privações<sup>8</sup>.

Diz-se, também, nessa mesma senda, segundo conhecido magistério de Aristóteles, que igualdade é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, uma vez que a norma não deve ser fonte de regalias nem de perseguições, mas sim um meio organizador da coletividade e da vida em sociedade, de modo que trate equitativamente todos os cidadãos. Esta é a ideologia retratada pelo princípio constitucional da isonomia que se materializa na Carta Magna e em todo ordenamento jurídico pátrio, exigindo-se que as normas não sejam criadas, em regra, prevendo tratamento diverso entre as pessoas.

Ressalte-se, que o princípio da isonomia recai sobre o âmbito público e também sobre o domínio privado, haja vista que a igualdade é fundamento de observância obrigatória em todo o sistema jurídico, manifestando-se como legítimo direito subjetivo acionável perante particulares, acima de tudo por conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cada vez mais in voga<sup>9</sup>

Importante trazer a lume, que há duas espécies de igualdade: a) a igualdade na lei; b) igualdade perante a lei. A doutrina classifica desta forma, ensinando que a igualdade na lei guarda relação com o legislador, com o processo de confecção da norma jurídica, que não pode ser eivado por qualquer discriminação. Por outro lado, a igualdade perante a lei é assinalada aos demais órgãos estatais quando da aplicação deste texto legal, não podendo interpretá-la ou subordiná-la à parâmetros discriminatórios, sendo que qualquer inobservância de uma dessas igualdades acarretará, inexoravelmente, em inconstitucionalidade (da lei ou do ato)<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspodvm, 2013, pp. 664/665.

<sup>9</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219.

<sup>10</sup> MI 58, rel. Celso de Mello, j. 14.12.1990.

Todavia, há uma imensa dificuldade na aferição da isonomia entre os homens (e mulheres) já que ninguém é absolutamente igual, sendo todos iguais e desiguais concomitantemente: iguais em sua essência (natureza), porém desiguais em circunstâncias de vida, psicologicamente, economicamente, fisicamente, moralmente e socialmente, o que ocasiona verdadeiros abismos equitativos entre os seres humanos no que tange à idade, inteligência, condição social e instrução<sup>11</sup>.

Eis o grande paradoxo enfrentado pelo Poder Legislativo ao criar leis e combatido pelo Judiciário ao aplicar as normas ao caso concreto.

### 2.3 – Alteração legal

A lei 13.104/2015 trouxe significativa alteração normativa para o art. 121, do Diploma Penal pátrio, incluindo o inciso VI em seu bojo, asseverando que o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino terá pena de reclusão, de doze a trinta anos.

Pormenoriza, em seu § 2º-A, que se consideram razões de condição de sexo feminino (conforme reza o inciso VI) quando o crime envolve: violência doméstica e familiar, assim como menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Adiciona, também, o § 7º, ao Art. 121, do Código Penal, dispondo que a pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência e/ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Outrossim, insta ressaltar que o feminicídio está inserto como condição qualificadora do crime homicídio, o que eleva tal tipo penal à condição de crime hediondo, segundo dicção do Art. 1º, I, da Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8072/90), o que impede a concessão graça, indulto, anistia ou fiança ao criminoso, bem como assenta que a progressão de regime do transgressor

---

<sup>11</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 573.

desta norma dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente<sup>12</sup>, ou seja, trata-se de tipo penal incriminador deveras gravoso.

#### **2.4 – Contradição, avanço ou retrocesso?**

Agora, voltando-nos para o tema sub examine, é de se questionar se a criminalização do feminicídio vem a ser de fato outra conquista ao sexo feminino, haja vista que tal institucionalização aparentemente tem um certo cunho protecionista. Ora, criar um tipo penal exclusivo como este, soa como um abrigo ou um agasalho do direito penal a uma classe de pessoas (mulheres) que precisariam de um maior resguardo jurídico devido à sua condição. Indaga-se, porque não de querer as mulheres uma maior proteção por parte do direito penal se já não mais estão em posição desfavorável em relação ao homem?

Em contradição ao (avanço) ocorrido em 2009, com o advento da Lei n.º 12.015/09, que alterou substancialmente a tipificação do estupro no Estatuto Repressor, substituindo o termo “mulher” por “alguém”, no Art. 213, do CP, o legislador ordinário agora entrega à sociedade o feminicídio, homicídio que protege exclusivamente a mulher pela simples razão do seu gênero. Ou seja, ao invés de dirimir os privilégios e diferenças legais (primando pela igualdade, como fez com o estupro) ele cria ainda maiores diferenças (pondo em relevo as desigualdades).

Outro exemplo normativo importante à questão em testilha, foi a criação da Lei Maria da Penha, em 2006, que, não obstante guardar estreita relação com a proteção da violência doméstica exclusivamente à mulher, é aplicada (apesar da divergência), com espreque no princípio da razoabilidade (e também da isonomia) em diversos atos em que homens são vítimas de mulheres ou de filhos, por exemplo, respeitando o mandamento constitucional da

---

<sup>12</sup> Lei 8.072/90, art. 2º I, II e §2º.

igualdade<sup>1314</sup>, utilizando-a, inclusive, para casos de relações homoafetivas entre homens ou entre mulheres.

É certo que, conforme exposição de motivos da CPI criadora do feminicídio, atualmente o Brasil encontra-se na 7ª posição mundial em quantidade de assassinatos de mulheres, contudo, não foi considerado que segundo o IBGE, o número de homicídio no país é dez vezes maior contra homens do que contra mulheres<sup>15</sup>.

Se homem e mulher são perfeitamente iguais em direitos e deveres, sobretudo no seio familiar, por que criar um tipo penal para beneficiar apenas as vítimas mulheres? E nos casos em que as vítimas sejam homens? Não haverá (ou não há) homicídios em desfavor de homens por condição de seu gênero, no âmbito familiar ou por menosprezo a sua condição? Por que deve um feminicida ser incurso em um crime hediondo, de homicídio qualificado, enquanto um eventual “androcida” (aquele que ceifar a vida de um homem em razão de seu sexo) responder por homicídio simples? São as dúvidas que nos ocorrem ao analisar a nova qualificadora do art. 121, do CP e suas implicações.

### 3 – Conclusão

Dessarte, após analisados os aspectos supra acerca do feminicídio e do princípio constitucional da isonomia, aparentemente, em nosso sentir, denota-se que houve uma violação postulado constitucional da igualdade e, diante disso, houve um conseqüente retrocesso na tênue linha da isonomia entre homens e mulheres.

Talvez seria melhor o legislador ter criado, então, uma qualificadora “geral” para os sexos acerca dos assassinatos ocorrido nas relações familiares ou por menosprezo à condição de “gênero”, em detrimento do texto original que resguarda apenas a mulher.

---

<sup>13</sup>TJMG, ApCrim 1.0672.07.249317-0, j. 06.11.2007, rel. Judimar Biber, data da publicação 21.11.2008)

<sup>14</sup>(RSTJ 129/364)

<sup>15</sup><http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ibge+homicidios+atingem+10+vezes+mais+homens+do+que+mulheres/n1237766935984.html>

Não nos cabe aqui tecer conjecturas sobre o futuro, pois não se podem prever as mudanças que ocorrerão no amanhã, mas é certo que se o legislador continuar nessa toada, certamente, em pouco tempo, teremos o “homocídio”, “negrocídio”, “pobrecídio” e etc, acarretando a desregrada criação de questões que, assim como o feminicídio, a melhor modo, já poderiam ser abarcadas pela qualificadora do motivo torpe, já consagrado dispositivo do art. 121, §2º, II, do Codex Penal, afinal, não há como negar a banalidade de crimes como estes.

É fato que a lei foi sancionada, promulgada, publicada e está em vigor, restando aos cidadãos (inclusive às mulheres que desejam a plena igualdade) aguardar as decisões judiciais que virão ou que a questão seja levada ao Supremo Tribunal Federal, para que talvez este entendimento de violação ao princípio constitucional encontre ressonância na Corte Suprema e ocorram mudanças ao menos na interpretação do feminicídio. ■

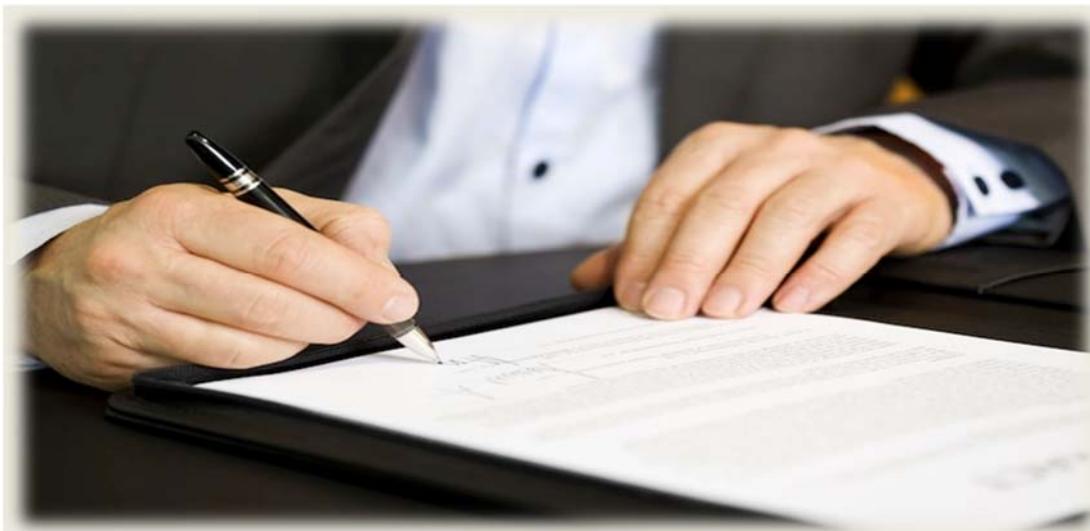
#### REFERÊNCIAS

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspodvm, 2013.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

#### **Leonardo Alves de Oliveira**

Servidor Público Estadual do Tribunal de Justiça de Mato Grosso; Pós-graduando em Direito Administrativo e em Direito Constitucional; Assessor de Gabinete da 1ª Vara de Família e Sucessões de Rondonópolis/MT.





## **SOCIEDADE IRREGULAR**

O ACORDO A QUE SE REPORTA O ARTIGO 36.º, n.º 2, DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS – NATUREZA E VALIDADE

**Hígina Orvalho Castelo**

Juíza de Direito

### SUMÁRIO

O texto tem como objeto o acordo de constituição de uma sociedade comercial, nos casos em que, antes da celebração do contrato formal de sociedade comercial, os sócios desenvolvem a atividade correspondente. Trata-se aqui apenas da realidade prevista no artigo 36.º, n.º 2, do CSC, e que este submete às disposições sobre sociedades civis. A realidade em causa tem sido apelidada de sociedade irregular e sociedade em formação, entre outras designações (ainda que todas elas abrangam também sociedades comerciais com outras irregularidades no seu processo formativo e que não são tratadas no texto).

Considerando o direito português vigente, a sociedade em causa é válida e não está sujeita a qualquer espécie de sanção que vá além da insuscetibilidade de personalidade jurídica e da permanente responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada dos seus sócios.

# SOCIEDADE IRREGULAR

O ACORDO A QUE SE REPORTA O ARTIGO 36.º, n.º 2, DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS – NATUREZA E VALIDADE

**Higina Orvalho Castelo**

Juíza de Direito

## **Nota prévia:**

O texto que segue acabou de ser escrito em 2009, e foi publicado em 2011, nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, IV volume, com o título «O acordo a que se reporta o artigo 36.º, 2, do Código das Sociedades Comerciais – Natureza e validade».

Na presente reedição, além de ter retificado a grafia em conformidade com o Acordo Ortográfico de 1990, e de ter efetuado uma ou outra precisão, tive em consideração a legislação processual e de organização judiciária presentemente em vigor (outubro de 2015), o que me levou a alterações sobretudo nos pontos 4, *Tese da liquidação compulsória e sua refutação – o âmbito do art. 172.º do CSC*, e 6, *Questões processuais: personalidade judiciária, representação e competência do tribunal*.

—

**1. Introdução 1.1. Objeto e objetivo 1.2. Origens na história recente 1.3. Sociedade irregular e sociedade em formação – mera questão terminológica? 2. Origem contratual da sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2 2.1. Conteúdo do contrato presente nesta sociedade 2.2. Distinção do contrato de sociedade civil: redução da atividade económica a atos de comércio 2.3. Distinção perante os contratos de sociedade civil e de sociedade comercial 2.3.1. Efetiva atividade 2.3.2. Necessária informalidade 2.4. Distinção do contrato de sociedade comercial: irrelevância do acordo quanto ao tipo de sociedade comercial 3. Teses da nulidade e sua refutação 3.1. Ponto da situação na doutrina e na jurisprudência 3.2. Refutação dos argumentos 4. Tese da liquidação compulsória e sua refutação – o âmbito do art. 172.º do CSC 5. Conformidade com as diretivas comunitárias 5.1. Art. 36.º, n.º 2, do CSC versus art. 12.º da Diretiva 2009/101/CE (art. 11.º da revogada Diretiva 68/151/CEE) 5.2. Art. 36.º, n.º 2, do CSC versus art. 8.º da Diretiva 2009/101/CE (art. 7.º da revogada Diretiva 68/151/CEE) 6. Questões processuais: personalidade judiciária, representação e competência do tribunal 7. Conclusões**

## 1. Introdução

### 1.1 Objeto e objetivo

*Se for acordada a constituição de uma sociedade comercial, mas, antes da celebração do contrato de sociedade, os sócios iniciarem a sua atividade, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as disposições sobre sociedades civis – artigo 36.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais.*

Estamos em presença de uma das modalidades de funcionamento societário, com pretensão a sociedade comercial, que têm sido designadas por *sociedades irregulares*. Alvo de secular paixão por parte da doutrina comercialística, de aquém e além-fronteiras, poucas realidades sociais terão sido objeto de tantas divergências doutrinárias.

Tendo por objetivo inicial estudá-la sob a ótica do acordo que lhe subjaz, o caminho leva-nos mais longe, saltando inevitavelmente para a organização nascida desse acordo<sup>1</sup> e para a sua posição face ao direito.

Tencionamos, a final, desdramatizar um regime cuja interpretação, hoje como ontem, se tem revelado particularmente difícil, com consequentes prejuízos para a certeza jurídica.

Não é demais lembrar que o nosso problema é apenas o do acordo de constituição de uma sociedade comercial em que, *antes da celebração do contrato de sociedade*, os sócios iniciam a atividade; e que a solução legislativa em vigor consiste na aplicação às relações entre os sócios e com terceiros das disposições sobre sociedades civis.

Existem, por certo, alternativas legislativas para o mesmo problema. Se imaginação nos faltasse, bastar-nos-ia olhar para as soluções encontradas noutros lugares ou noutro tempo. Também, por certo, podemos discutir se a que vigora no nosso ordenamento é a mais acertada. No entanto, considerando o direito português vigente, propomo-nos demonstrar que a sociedade em causa

---

<sup>1</sup> Sobre as duas realidades jurídicas a que o termo *sociedade* é atribuído (sociedade-contrato e sociedade-organização) vide PINTO DUARTE, *Escritos sobre direito das sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 9-11.

é válida e não está sujeita a qualquer espécie de sanção que vá além da insuscetibilidade de personalidade jurídica e da permanente responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada dos seus sócios.

## 1.2 Origens na história recente

Antes do CSC vigorava para esta matéria o art. 107.º do CCom que dizia *ter-se-ão por não existentes as sociedades com um fim comercial que se não constituírem nos termos e segundo os trâmites indicados neste código, ficando todos quantos em nome delas contratarem obrigados pelos respetivos atos, pessoal, ilimitada e solidariamente.*

Foi a partir desta disposição legal do Código Veiga Beirão (1888) que a doutrina e a jurisprudência construíram o conceito de *sociedade irregular*<sup>2</sup>.

O art. 107.º do CCom mereceu várias interpretações diferentes quer no que respeita ao leque de situações a ele subsumíveis, quer sobre o regime jurídico aplicável às mesmas. Discutia-se, por um lado, quando é que uma sociedade *não se constituía nos termos e segundo os trâmites do código* (segundo uns quando afetada por vícios de forma ou omissão de menções essenciais, para outros também nos casos de falta de registo, matrícula e publicação de estatutos, para outros, ainda, quando afetada por vícios de fundo)<sup>3</sup>; e, por outro lado, o que significava *ter-se por não existente* (sociedade inexistente quer como pessoa jurídica quer como organização, sociedade assente em contrato nulo e sujeita a liquidação compulsória, contrato social válido mas a sociedade é inexistente como pessoa jurídica)<sup>4</sup>. Esta discussão enriqueceu-se a partir do momento em que o Código

---

<sup>2</sup> Debalde procuraríamos no Código Ferreira Borges (1833) a origem desta problemática. Embora aí se prevísse uma «sociedade tácita», a especificidade desta não se relacionava com qualquer irregularidade do processo constitutivo (formava-se «por convenção expressa das partes, ou por operação da lei» - Art. XLII), mas com o facto de um dos sócios não aparecer ao público, como sócio (Art. XLI). Quando fosse descoberto, a sua responsabilidade seria solidária, pessoal e absoluta, como a do sócio ordinário (Art. XLV).

<sup>3</sup> Sobre os vícios suscetíveis de ocasionar a irregularidade, vide FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, reprint de I, II e III, respetivamente de 1973, 1968 e 1975, Lisboa, Lex, 1994, pp. 357-9; e, narrando detalhadamente várias posições da doutrina e várias decisões judiciais sobre o assunto, JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, «O problema das sociedades irregulares», in *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Empresa Nacional de Publicidade, 1947, pp. 9-19, bem como BARBOSA DE MAGALHÃES, «Quando é que uma sociedade comercial é irregular», in *Separata do Jornal do Fôro*, Ano 16 (1952), Lisboa, 1953.

<sup>4</sup> Sobre as várias posições doutrinárias acerca da *condição jurídica da sociedade irregular*, vide FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., pp. 361-7; PINTO COELHO, «O problema...», cit., pp. 19-29; e BARBOSA DE MAGALHÃES, «Da natureza jurídica das sociedades comerciais irregulares», in *Separata do Jornal do Fôro*, Ano 17 (1953), Lisboa, 1953.

de Processo Civil de 1939 (DL 29637, de 28/05/1939) nasce com um artigo 8.º no qual confere às «sociedades e associações que não se acharem regularmente constituídas, mas que procederem de facto como se o estivessem» personalidade judiciária passiva, e ativa em reconvenção<sup>5</sup>.

O Código das Sociedades Comerciais de 1986 teve por objetivo, declarado no seu preâmbulo, superar as divergências na matéria, através de um regime que se quis claro: «O discutido e complexo problema das sociedades irregulares é objeto dos artigos 36.º a 52.º, que, respeitando a 1.ª Diretiva Comunitária, resolvem a generalidade das dúvidas que têm preocupado a doutrina e a jurisprudência»<sup>6</sup>.

Vamos centrar este estudo apenas na sociedade com objeto comercial, em funcionamento, sem que tenha sido formalizado o contrato de sociedade comercial (art. 36.º, n.º 2, do CSC), e vamos deixar de parte as sociedades já constituídas por contrato de sociedade comercial ainda não registado (arts. 37.º a 40.º do CSC). Uma e outras subsumem-se indubitavelmente ao conceito doutrinário de *sociedade irregular*, constituindo o seu núcleo pacífico.

Fora do nosso estudo estão também as sociedades cujo contrato social (por registar ou já registado) padece de invalidade por vício de forma ou de vontade (arts. 41.º a 52.º).

### **1.3 Sociedade irregular e sociedade em formação – mera questão terminológica?**

O Código das Sociedades Comerciais evitou utilizar a expressão *sociedade irregular*<sup>7</sup>, limitando-se a descrever estas sociedades como *anteriores à celebração*

---

<sup>5</sup> Segundo ALBERTO DOS REIS, este artigo 8.º «resolve, no seu aspeto judiciário, o problema das *sociedades irregulares*. (...) Quem haja de propor a ação pode, conforme mais lhe convier, ou dirigi-la contra a própria sociedade ou contra aqueles que, em nome dela, praticaram o respetivo ato ou facto» - ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1960, p. 25. Esta disciplina manteve-se, no essencial, no art. 8.º do Código de Processo Civil de 1961 (DL 44129, de 28/12/1961), bem como na Reforma do mesmo de 1967 (DL 47690, de 11/05/1967).

<sup>6</sup> Último § do ponto 7 do preâmbulo do DL n.º 262/86, de 2 de setembro, que aprovou o CSC.

<sup>7</sup> A expressão é utilizada uma única vez no art. 174.º, n.º 1 e) - «Os direitos da sociedade contra os fundadores, os sócios (...) bem como os direitos destes contra a sociedade, prescrevem no prazo de cinco anos contados a partir da (...) prática do ato em relação aos atos praticados em nome de sociedade irregular por falta de forma ou de registo».

do contrato de sociedade (art.36.º, n.º 2) ou como sociedades no período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo (arts. 37.º a 40.º).

A doutrina tem procurado designações alternativas para estas realidades, chamando-lhes, entre outras, também *sociedades em formação*<sup>8</sup>, *incompletas*<sup>9</sup>, *imperfeitas*<sup>10</sup>.

A todas elas, bem como à velha *sociedade irregular*, podem levantar-se objeções. Tentaremos, neste particular, seguir o legislador, não nomeando a sociedade do art. 36.º, n.º 2. Quando estritamente necessário será empregar a expressão *sociedade irregular* por ser a mais enraizada no nosso ordenamento. Tenha-se, no entanto, presente que mesmo o *domínio nuclear* do conceito abrange quer a sociedade do art. 36.º, n.º 2 (anterior à celebração do contrato de sociedade comercial), objeto deste estudo, quer as sociedades dos arts. 37.º a 40.º (entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo), podendo o *domínio marginal*<sup>11</sup> abranger ainda outras realidades.

O uso da expressão *sociedade em formação* em substituição de *sociedade irregular* carece de algumas explicações. Isto porque, na sequência de diretiva comunitária, em ordenamentos jurídicos que nos são próximos, *sociedade em formação* e *sociedade irregular* são duas realidades distintas, quer do ponto de vista do conceito, quer do regime aplicável. A expressão *sociedade em formação* foi introduzida pelo art. 7.º da primeira Diretiva do Conselho sobre sociedades, de

---

<sup>8</sup> Na doutrina portuguesa, a expressão foi adotada por MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, *in As sociedades comerciais em formação*, datilografado, 1990, dissertação apresentada à FDUL. TARSO DOMINGUES também a adotou no artigo «O regime jurídico das sociedades de capitais em formação», *in Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 965-998. MENEZES CORDEIRO também fala em «sociedades em formação», distinguindo nelas as «irregulares por incompletude» e as «irregulares por invalidez» – *in Manual de direito das sociedades*, I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 467, 477 e 503.

<sup>9</sup> SOARES DA VEIGA designa-as por «sociedades com processo constitutivo incompleto» - *in Direito bancário*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 455-469.

<sup>10</sup> PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades*, 5.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 209, opta por sociedade imperfeita «por ser esta a designação que melhor exprime a ideia de *inacabado*, que caracteriza o regime jurídico correspondente aos distintos estádios do seu *processo formativo* ainda por completar».

<sup>11</sup> O *sentido literal* do texto comporta várias interpretações linguísticas que oscilam entre o *domínio nuclear* da representação, o mais restrito significado que o termo ou expressão comporta, e o *domínio marginal* ou *sentido literal possível* que engloba todos os significados possíveis daquele termo ou expressão, e que indica o *limite da interpretação* (em sentido restrito) – KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, Trad. da 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, pp. 367-9.

9 de março de 1968 (68/151/CEE)<sup>12</sup>: «se foram praticados atos em nome de uma *sociedade em formação*, antes de ela ter adquirido personalidade jurídica, e a sociedade não vier a assumir as obrigações daí decorrentes, *as pessoas que os realizaram* serão solidária e ilimitadamente responsáveis por tais atos, salvo convenção em contrário».

Várias legislações, na adaptação a esta Diretiva, passaram a distinguir a *sociedade irregular* e a *sociedade em formação*, conferindo-lhes regimes jurídicos distintos, que, não obstante, passam sempre pela responsabilidade ilimitada e solidária, seja dos sócios, no primeiro caso, seja de quem pratica os atos, no segundo.

É o caso do ordenamento espanhol que, nos arts. 15.º e 16.º da Lei das Sociedades Anónimas<sup>13</sup>, respetivamente epigrafados *sociedad en formación* e *sociedad irregular*, confere a estas sociedades dois regimes diferentes: pelos atos praticados em nome da primeira respondem, solidariamente, os que os tiverem

---

<sup>12</sup> Recentemente revogada pela Diretiva 2009/101/CE, de 16/09/2009, que manteve no essencial as disposições da primeira. Ambas consultáveis em <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>13</sup> Aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de dezembro.

**«Artículo 15. Sociedad en formación.**

1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad. 2. No obstante, si la fecha de comienzo de las operaciones sociales coincide con la de otorgamiento de la escritura fundacional, y salvo que los estatutos sociales o la escritura dispongan otra cosa, se entenderá que los administradores ya quedan facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderán la sociedad en formación y los socios en los términos que se han indicado. 3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores. 4. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

**Artículo 16. Sociedad irregular.**

1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. 2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continua sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado 3 del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad.»

praticado; à segunda aplicam-se as normas da sociedade coletiva, ou da sociedade civil, conforme o seu objeto seja comercial ou civil<sup>14</sup>.

Enquanto a *sociedad en formación* é toda a que ainda não está registada, mas visa o registo; a *sociedad irregular* é aquela em que se verifica a vontade de não a registar<sup>15</sup> ou em que já decorreu um ano sobre a celebração da escritura.

Quando, mais tarde, Espanha legislou sobre sociedades de responsabilidade limitada (equivalentes às nossas sociedades por quotas), remeteu para aqueles artigos da Lei das Sociedades Anónimas (art. 11.º, n.º 3, da Lei n.º 2/95, de 23 de março, publicada no Boletim Oficial de 24 de março).

Também no direito francês se distingue a *société en formation*, prevista no art. 1843.º do Code Civil<sup>16</sup>, da *société en participation*, prevista nos arts. 1871.º e

---

<sup>14</sup> Referindo-se a parte do n.º 2 do art. 16.º, VALPUESTA GASTAMINZA afirma «se tem objeto mercantil, considerar-se-á sociedade coletiva, se tem objeto civil considerar-se-á sociedade civil. Neste ponto é unânime toda a doutrina que se pronunciou sobre o tema» - *La sociedad irregular*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 194.

<sup>15</sup> Segundo VALPUESTA GASTAMINZA, «a irregularidade depende da falta de registo, e nada mais. Que exista ou não escritura é ponto irrelevante» - ob. cit., p. 122. Segundo esta interpretação são subsumíveis à sociedade irregular espanhola as situações subsumíveis ao art. 36.º, n.º 2, do CSC. O autor reconhece que a doutrina espanhola se divide quanto a esta matéria, havendo quem defenda só haver sociedade irregular no período posterior à escritura e anterior ao registo (p. 123). É o caso de M. ISABEL SÁEZ LACAVE, *La sociedad mercantil en formación*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 68-77 e 405-6 – para quem no período anterior à escritura existe apenas uma sociedade «pré-fundacional» que se reconduz a uma sociedade personalista, e cujo regime não se distingue, portanto, do previsto no art. 16.º do Real Decreto Legislativo 1564/1989 para a «sociedade irregular».

<sup>16</sup> «Art. 1843: Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci.»

1872.<sup>o</sup> <sup>17</sup> do mesmo código, e da *créée de fait* prevista no art.1873.<sup>o</sup> <sup>18</sup> e à qual se aplica o regime da *société en participation*. Todos estes artigos têm a redação introduzida pela Lei 78-9, de 4 de janeiro, que modificou o Título IX do Livro III do *Code Civil* – arts. 1832.<sup>o</sup> a 1873.<sup>o</sup> – e revogou os arts. 419.<sup>o</sup> a 422.<sup>o</sup> da Lei 66-537, de 24 de julho, sobre sociedades comerciais, relativos à *société en participation*.

A *société en formation* é aquela que ainda não está registada, mas que tenciona vir a registar-se<sup>19</sup>. Neste caso, as pessoas que agem em nome da sociedade são solidariamente responsáveis pelos seus atos (à semelhança do que sucede no direito espanhol).

Já na *société en participation* os associados celebraram um contrato de sociedade, mas convencionaram, imediatamente ou mais tarde, não proceder ao respetivo registo<sup>20</sup>. Aplicam-se-lhe as regras sobre sociedades civis, se o seu objeto for civil, ou sobre sociedades em nome coletivo, se o seu objeto for comercial. Nunca pode ser dotada de personalidade coletiva. O regime é, também aqui, idêntico ao adotado em Espanha.

A *société créée de fait* resulta de uma construção da doutrina francesa e corresponde a uma situação de sociedade em que os sócios se comportam como

---

<sup>17</sup> «Art. 1871: Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors "société en participation". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens. Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (2ème alinéa), 1841, 1844 (1er alinéa) et 1844-1 (2ème alinéa).

Art. 1871-1 : A moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif. (...)

Art. 1872-2 : Lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps. A moins qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'article 1872 tant que la société n'est pas dissoute.»

<sup>18</sup> «Art. 1873 : Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux sociétés créées de fait.»

<sup>19</sup> Sobre a distinção entre esta e a *société créée de fait*, v. DEEN GIBIRILA, «Société en formation et société créée de fait», *La Semaine Juridique*, n.º 10, 4 mars 1998, pp. 392-395.

<sup>20</sup> Sobre a distinção entre a *société en participation*, a *société créée de fait* e a *société de fait*, vide, YVES CHARTIER, *Droit des affaires, 2/ sociétés commerciales*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 405-410; GEORGES HUBRECHT *et al*, *Droit Commercial*, 10.ª ed., Editions Sirey, 1986, pp. 130-1.

tal, afetando bens e serviços ao exercício de uma atividade comum, partilhando lucros e perdas, sem que tenham celebrado um contrato formal<sup>21</sup>. Tem o mesmo regime da *société en participation*. Boa parte das situações qualificáveis como *sociétés créées de fait* são também subsumíveis ao art. 36.º, n.º 2, do CSC – mas não todas, na *société créée de fait* os sócios podem não ter sequer consciência de manterem entre eles uma sociedade, como o caso de pessoas que vivem em união de facto e que trabalham ambas no comércio de uma delas, exemplo recorrentemente dado pela doutrina francesa<sup>22</sup>. Tal falta de consciência não é concebível na sociedade do art. 36.º, n.º 2, na qual as partes *acordam celebrar um contrato* de sociedade.

A lei portuguesa não autonomizou a *sociedade em formação* e a *sociedade irregular*, o que, por um lado, compreende-se na medida em que a distinção assenta sobretudo num critério subjetivo (a intenção de vir a proceder ao registo, ainda que essa intenção se possa objetivar pelo decurso do tempo) mas, por outro lado, pode suscitar questões sobre a adaptação à Diretiva, como melhor veremos.

O CSC distingue os regimes jurídicos com base na circunstância de já ter sido celebrado, ou ainda não, o contrato de sociedade comercial, independentemente de haver ou não (ou de ter havido e ter, entretanto, deixado de haver) intenção de proceder ao registo. A *sociedade em formação*, com o significado que tem vindo a sedimentar-se noutros ordenamentos tem, face à lei portuguesa, o mesmo regime que a sociedade ativa sem contrato de sociedade comercial ou sem registo, e em que a intenção de proceder ao registo nunca esteve no horizonte dos sócios. As previsões dos arts. 36.º, n.º 2, a 40.º do CSC abarcam ambas as realidades.

Fora do conceito fica a previsão do art. 36.º, n.º 1, do CSC. Segundo este *se dois ou mais indivíduos, quer pelo uso de uma firma comum quer por qualquer outro*

---

<sup>21</sup> O conceito foi criado por JOSEPH HÉMARD, no início do séc. XX, para designar sociedades que, além de não serem publicitadas, não tinham contrato escrito. O objetivo foi distinguir estas situações das «sociétés de fait» em sentido estrito, formalmente constituídas mas afetadas de uma causa de nulidade - HENRI TEMPLE, *Les sociétés de fait*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 13. TEMPLE vem a definir as sociedades criadas de facto como «celles qui n'existent que par le comportement des parties soit que ces dernières aient exprimé oralement leur accord soit même qu'elles n'aient pas eu conscience de former une société» - *ob. cit.*, p. 236.

<sup>22</sup> *V.g.*, HENRI TEMPLE, *ob. cit.*, p. 2; YVES CHARTIER, *ob. cit.*, p. 406; GEORGES HUBRECHT *et al*, *ob. cit.*, p. 131.

meio, criarem a falsa aparência de que existe entre eles um contrato de sociedade responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações contraídas nesses termos por qualquer deles. A interpretação mais consentânea com a letra da disposição, fazendo descaso da tautológica *falsa aparência*, é a de reportar a situações em que não existe sociedade, *nem mesmo irregular*, nem, portanto, qualquer património social<sup>23</sup>. Será uma situação rara, que provavelmente seria resolvida pelas disposições relativas à responsabilidade civil<sup>24</sup>. Não se conhece jurisprudência que tenha feito aplicação isolada do art. 36.º, n.º 1, do CSC.

## 2. Origem contratual da sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2

### 2.1 Conteúdo do contrato presente nesta sociedade

Apesar da expressa intenção clarificadora do CSC, a norma contida no art. 36.º, n.º 2, quer isoladamente, quer em articulação com todo o complexo normativo semanticamente associado, tem sido objeto de díspares, e até antagónicas, interpretações por parte da doutrina e da jurisprudência. A sua leitura suscita, de facto, várias interrogações. Será o acordo nela mencionado vinculativo?

Que *contrato de sociedade* é aquele que a norma diz ainda não ter sido celebrado? Como interpretar a parte final da norma segundo a qual se aplicam às relações entre os sócios e deles com terceiros as disposições sobre sociedades civis?

Serão todas as disposições sobre sociedades civis aplicáveis a esta sociedade?

---

<sup>23</sup> Neste sentido: COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, cit., p. 119; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, II, Lisboa, AAFDL, 1989, p. 185; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 460; TARSO DOMINGUES, ob. cit., pp. 965-998 (971); PINTO DUARTE, «As sociedades irregulares do ponto de vista do direito comercial», in *Fisco*, n.º 1, 1988, pp. 16-20 (19); MARIA LAURA LEONARDO, «Sociedades irregulares: sua responsabilidade», in *Textos*, propriedade do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1990-91, pp. 105-117 (108); MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, ob. cit., pp. 198-9.

<sup>24</sup> MENEZES CORDEIRO parece chegar a idêntica conclusão depois de uma análise algo extensa da norma: «o campo de aplicação do art. 36.º, n.º 1, reduz-se, acantonando-se na parte mais interessante: a da responsabilidade civil solidária, pelos danos causados» - *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., p. 483.

Será a sociedade que emerge daquele acordo uma sociedade comercial a que se aplica o regime da sociedade civil<sup>25</sup>? Uma sociedade comercial que a lei converte em sociedade civil<sup>26</sup>? Uma sociedade civil<sup>27</sup>? Uma sociedade *sui generis*<sup>28</sup>?

Analisemos o texto da norma – *ponto de partida e limite da interpretação*<sup>29</sup>. A sua primeira parte parece inculcar a ideia de uma origem não contratual da

---

<sup>25</sup> Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. I, Lisboa, ULFD, 1986/87, p. 453: «Aplicar as disposições das sociedades civis não significa qualificar as sociedades irregulares sociedades civis. As sociedades irregulares têm necessariamente objeto comercial; pelo que são sociedades comerciais, irregulares embora, e não sociedades civis. Significa apenas que lhes é aplicável o regime das sociedades civis». Também COUTINHO DE ABREU parece pronunciar-se pela qualificação como comercial, ou pelo menos afasta a qualificação como sociedade civil: «O n.º 2 do art. 36.º, ao remeter para as disposições sobre as sociedades civis, não deve ser interpretado de modo a qualificarem-se como sociedades civis as sociedades com objeto comercial mas sem o contrato celebrado pela forma legal. (...) uma sociedade com objeto comercial não pode ser civil», *in Curso de direito comercial*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 118-9.

<sup>26</sup> PINTO FURTADO, ob. cit., p. 211: «o art. 36.º-2 CSC [...] opera a conversão da sociedade comercial de facto em sociedade sob a forma civil (conversão ope legis)».

<sup>27</sup> Parece ser esse o entendimento de FERRER CORREIA - «se as partes não lograram alcançar (ainda) o objetivo de dar vida a uma sociedade comercial, algo já resultou do seu agir – e do que tão somente necessitamos é de qualificar esse quid, de que apenas sabemos que não é uma sociedade comercial. Ora, a qualificação que logo se oferece é a de sociedade civil» - no artigo «O processo de constituição das sociedades de capitais», *in Colóquio "Os quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais"*, Coimbra, 2003, pp. 19-27 (21).

<sup>28</sup> MENEZES CORDEIRO parece inclinar-se para esta conclusão, entendendo não haver qualquer conversão «não é esse o teor da lei; tão-pouco nos parece vantajoso proceder, doutrinariamente, às construções que permitiriam apoiar tal asserção e isso admitindo que elas fossem possíveis». Por outro lado, também lhe parece não se tratar de sociedade comercial, nem de sociedade civil: «Há, pois, uma aplicação de regras civis: não uma conversão de uma (inexistente) sociedade comercial numa (porventura impossível) sociedade civil». Continuando a discorrer sobre a mesma questão, afirma: «Comercial não pode ser: o artigo 1.º, n.º 2, formaliza essa categoria (...) bem pode acontecer que se tenha "acordado" na constituição de uma sociedade comercial e que se inicie, desde logo, uma atuação comum sem que se tenha, sequer e ainda, optado por um concreto tipo de sociedade. Ergo, a haver elementos suficientes para se poder falar de sociedade, ela será civil. Isso não impede, todavia, que a situação globalmente considerada seja comercial» - *in Manual de direito das sociedades*, I, cit., pp. 485 e 486.

MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO também afasta as hipóteses do acordo previsto no art. 36.º, n.º 2, do CSC ser contrato de sociedade comercial, de sociedade civil ou de uma convertida na outra – ob. cit., pp. 198, 214-8.

<sup>29</sup> BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 189: «A letra (o enunciado linguístico) é (...) o ponto de partida. Mas não só, pois exerce também a função de um limite nos termos do art. 9.º, 2: não pode ser considerado como compreendido entre os sentidos possíveis da lei aquele pensamento legislativo (espírito, sentido) "que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso"».

sociedade em causa, que surgiria por via um mero acordo, *antes da celebração do contrato de sociedade*<sup>30</sup>.

No entanto, a génese contratual da sociedade a que se reporta o art. 36.º, n.º 2, do CSC não é posta em crise, nem pela doutrina nem pela jurisprudência. Na doutrina, essa origem, ora é expressamente afirmada<sup>31</sup>, ora resulta implicitamente assumida em considerações sobre a (in)validade desse contrato<sup>32</sup> e sobre a sua eventual conversão noutra espécie contratual<sup>33</sup>.

Na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, o primeiro passo da argumentação jurídica tendente a enquadrar uma situação de facto na norma do art. 36.º, n.º 2, do CSC tem sido, invariavelmente, a averiguação da presença na situação concreta dos elementos do contrato de sociedade civil simples, previstos no art. 980.º do CC. Ou seja, a jurisprudência portuguesa tem decidido, de forma constante, que a sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC só existe se se verificarem, entre outros, os elementos do contrato de sociedade civil<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Antes da atual redação, introduzida pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, dizia-se «antes da celebração da escritura pública». O sentido era o mesmo uma vez que, então, o contrato de sociedade celebrava-se por escritura pública (art. 7.º, n.º 1, do CSC na redação anterior ao mencionado diploma) e a sociedade constituía-se, como atualmente, pelo contrato (art. 5.º do CSC).

<sup>31</sup> Pronunciando-se expressamente sobre esta questão, MENEZES CORDEIRO, no *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., p. 502, conclui que «as sociedades irregulares, que o sejam por incompletude são, em todo o caso, verdadeiras sociedades, assentes em equivalentes contratos de sociedade. Tais contratos, por razões endógenas (falta de escritura) ou exógenas (falta de registo) não equivalem aos modelos finais legalmente fixados. Não deixam de ser contratos. De categoria inferior? Não propriamente: apenas diferente».

BRITO CORREIA, ob. cit., 1989, p. 186: «nesta hipótese há um verdadeiro contrato, mas sem a forma legalmente exigida».

<sup>32</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular e a Integridade do Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2004, defende que «o regime do n.º 2 do art. 36.º não tem o efeito de afastar a nulidade dos contratos de sociedade comercial celebrados sem a forma legal» (p. 313) e que essa nulidade deve ser oficiosamente conhecida pelos tribunais (pp. 316-7). Em escritos posteriores continua a defender a mesma interpretação – vide «Sociedade nula e sociedade irregular, Código das Sociedades Comerciais, jurisprudência e doutrina de Ferrer Correia», in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 13, 2008, pp. 63-86.

Extraindo consequências diferentes, mas pressupondo a existência de um contrato, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, cit., p. 117.

<sup>33</sup> PINTO FURTADO, ob. e loc. cit. (nota 26).

<sup>34</sup> Foi por não se verificarem aqueles elementos que, no acórdão do STJ de 17/05/95, relatado por Cortez Neves, proc. 004097, consultável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (como todos os que se mencionarem sem indicação de outra proveniência), se concluiu que a exploração pelos herdeiros de um estabelecimento comercial do *de cujus*, até à partilha, não constitui uma «sociedade irregular». Também no acórdão do STJ de 06/11/2003, relatado por Pires da Rosa, proc. 03B2220, foi a falta de um dos elementos do contrato de sociedade (o acordo de contribuição de bens ou serviços para o mesmo fim de obtenção e partilha de lucros) que levou à decisão de não se estar perante sociedade, «ainda que irregular». Inversamente, foi a verificação da presença daqueles

Esses elementos estão descritos no art. 980.º do CC e arrumam-se do seguinte modo<sup>35</sup>:

- Pessoas<sup>36</sup> – *duas ou mais pessoas (que se obrigam)*;
- Objeto<sup>37</sup> – *bens ou serviços (com que contribuem)*;
- Função eficiente (ou função jurídica)<sup>38</sup> – *obrigação (de contribuição)*;
- Função económico-social (ou função metajurídica)<sup>39</sup> – *cooperação – contribuição para o exercício em comum de certa atividade*;
- Circunstância (no caso, a finalidade da função económico-social)<sup>40</sup> – *finalidade de repartição de lucros*.

---

elementos que permitiu que, no acórdão do STJ de 07/10/99, relatado por Noronha do Nascimento, proc. 99B494, se concluisse que a situação se enquadrava na sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC, apesar de as partes terem subscrito um acordo que intitularam de contrato-promessa de compra e venda. A título meramente exemplificativo, refiro apenas que também nos acórdãos do STJ de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, proc. 03B1255, de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, proc. 05A2740, e de 31/05/2007, relatado por Salvador da Costa, proc. 07B1628, se concluiu pela existência de uma «sociedade irregular» prevista no art. 36.º, n.º 2, por, entre outros fatores, se verificarem os elementos do contrato de sociedade insertos no art. 980.º do CC.

<sup>35</sup> Seguimos nomenclatura de FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 18-19; e *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 342-357.

<sup>36</sup> As pessoas não são apenas declarantes e declaratórias das propostas negociais, sendo também elementos do próprio negócio «cujo conteúdo ficaria incompleto sem a sua individualização, porque é indispensável saber quem se vinculou e a favor de quem o vínculo se estabeleceu» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., pp. 573-4. Em *Contratos II*, cit., v. pp. 29 e ss.

<sup>37</sup> O objeto negocial enquanto elemento do contrato é «a referência a cada um dos bens a que dizem respeito as funções negociais e sobre os quais incidem os seus efeitos» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., pp. 601-2. Em *Contratos II*, cit., v. pp. 65 e ss.

<sup>38</sup> Trata-se do elemento «com aptidão para gerar a performatividade do ato negocial quanto aos seus efeitos jurídicos diretos, isto é, quanto à mutação das situações sob um ponto de vista estritamente jurídico. (...) [É] instrumental em relação às funções económico-sociais que geralmente a completam, referindo-se tão somente ao modo, mas não ao conteúdo nem à relevância económico-social final dos efeitos produzidos» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., p. 449. Em *Contratos II*, cit., v. pp. 105-111.

<sup>39</sup> A função económico-social designa os «elementos específicos do texto de um negócio jurídico, através dos quais se predica o seu conteúdo proposicional, indicando a finalidade metajurídica, fundamental e global prosseguida pelo negócio jurídico» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., p. 497 (v. quadro com as funções no contrato de sociedade civil na p. 444). Em *Contratos II*, cit., v. pp. 111 e ss.

<sup>40</sup> As circunstâncias «constituem um conjunto diversificado de elementos suscetíveis de figurarem, em copresença, no texto de um mesmo negócio jurídico», e podem completar a função eficiente (tempo, espaço, eventualidade) ou a função económico-social (tempo, espaço, eventualidade, finalidade, conformidade). As circunstâncias próprias da função económico-social podem «ser necessárias de um certo tipo negocial ou apenas selecionadas para negócios jurídicos particulares» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., pp. 348-352. «[A] estrutura descritiva do texto em negócios jurídicos dotados de (...) função económico-social [de cooperação] não prescinde de uma *circunstância de finalidade*, que especifica a finalidade geral de cooperação (...)» - *Idem*, p. 536.

Estes elementos, não obstante não estarem descritos no art. 36.º, n.º 2, do CSC, têm sido entendidos no direito vivido, praticado, aplicado, como sendo os necessários (ainda que com especificidades infra explicadas) para que numa dada situação de facto se aplique a consequência prevista naquela norma: a sujeição ao regime jurídico das sociedades civis simples.

Verificando-se esses elementos e aplicando-se às relações entre os sócios e deles com terceiros o regime das sociedades civis, significa que os sócios conseguem os seus intentos de desenvolver uma atividade comercial através de uma sociedade personalista, não dotada de personalidade coletiva.

Podemos concluir, desde já, e sem prejuízo de continuarmos a testar esta conclusão nas páginas seguintes, que o acordo a que se reporta o art. 36.º, n.º 2, é, mais que mero acordo, um verdadeiro contrato – «acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido»<sup>41</sup>.

Todavia, o art. 36.º, n.º 2, diz-nos que o acordo levado à prática, a que se aplica o regime jurídico das sociedades civis, acontece *antes da celebração do contrato de sociedade*.

Importa então delimitar com clareza o contrato que foi efetivamente celebrado e posto em prática, e o contrato que ainda não se celebrou. E, relativamente ao primeiro que, recordamos, é o objeto deste estudo, reconduzi-lo a uma das categorias conhecidas (sociedade civil ou sociedade comercial), ou distingui-lo de ambas.

Apesar da referida coincidência entre elementos necessários do contrato de sociedade civil e do contrato que subjaz à sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC, há aspetos fundamentais no primeiro que não se verificam no segundo, e vice-versa. Tais aspetos são de tal forma importantes que não permitem afirmar que as duas sociedades pertencem ao mesmo tipo<sup>42-43</sup>.

---

<sup>41</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 38.

<sup>42</sup> Sobre a possibilidade de, simultaneamente, uma situação ser subsumível a um dado conceito jurídico, mas não pertencer ao tipo correspondente, exemplificando até com situação análoga à que é objeto deste texto – v. KARL LARENZ, *ob. cit.*, p. 530 e, retomando a mesma situação, p. 551.

<sup>43</sup> Sobre a distinção entre conceito e tipo *vide*, além de LARENZ, *ob. e loc. cit.*, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 41-52, e PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos Contratos*, Coimbra,

Resumem-se da seguinte forma: a) enquanto o contrato de sociedade civil nunca tem por objeto a prática de atos de comércio, o contrato de sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC tem sempre por objeto a prática desses atos; b) enquanto o contrato de sociedade civil simples beneficia do regime jurídico respetivo desde o momento da sua celebração, o contrato que está na origem da sociedade do art. 36.º, n.º 2, só se submete ao mesmo regime a partir do momento em que o acordo é posto em prática; e, c) enquanto o contrato de sociedade civil simples é consensual (pode assumir qualquer forma), exceto quando forma especial seja obrigatória para a transmissão dos bens que são levados para a sociedade, o contrato de sociedade do art. 36.º, n.º 2, é não escrito, ou, pelo menos, celebrado por um escrito que não respeita as exigências previstas para o contrato de sociedade comercial (art. 7.º do CSC).

A efetiva atividade e a informalidade do contrato que dá origem à sociedade a que se reporta o art. 36.º, n.º 2, permitem distingui-lo também do contrato de sociedade comercial.

*Objeto, atividade e forma são índices do tipo*, ou seja, «características que têm capacidade para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos e para o comparar, quer com os outros tipos, na formação de séries e de planos, quer com o caso, na qualificação e na concretização»<sup>44</sup>.

## **2.2 Distinção do contrato de sociedade civil: redução da atividade económica a atos de comércio**

Enquanto a sociedade civil (olhando apenas ao conceito inserto no CC) pode ter por objeto qualquer atividade económica que não de mera fruição; a sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC só pode ter por objeto a prática de atos de comércio, ou seja, atos *especialmente regulados* no Código Comercial (art. 2.º do CCom), com a interpretação atualista que se imponha à expressão,

---

Almedina, 2000, pp. 79-107. Correndo o risco da falta de rigor inerente a uma síntese simplista, podemos resumir dizendo que o *conceito* é formado por um conjunto fechado de características essenciais, tendo de se verificar todas elas para se considerar que uma situação concreta se lhe subsume; o *tipo (aberto)* descreve-se através de várias características de diferentes graus de importância (essenciais, naturais e mesmo acidentais) e para a recondução de uma situação de facto ao tipo não é necessária a verificação de todas elas, podendo em compensação ser necessárias outras que não resultam do conceito respetivo.

<sup>44</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., p. 114; o «objeto como índice do tipo» e a «forma como índice do tipo» são tratados pelo autor (pp. 137-140 e 155-160, respetivamente).

considerando a idade do código, de há muito centenário, e a evolução legislativa, económica e social nesta matéria.

É pacífico que todos os atos de comércio cabem no conceito de atividade económica orientada ao lucro, embora a inversa não seja verdadeira. Assim, a atividade da sociedade do art. 36.º, n.º 2, cabe no conceito da atividade económica do art. 980.º do CC, sendo apenas de conteúdo mais limitado<sup>45</sup>.

Podemos concluir que *a prática de atos de comércio* cabe no *conceito de atividade económica, que não seja de mera fruição*. Não obstante, está excluída do *tipo* sociedade civil, uma vez que, noutras disposições legais que não aquela em que definiu o *conceito*, a lei reservou a prática de atos de comércio para as várias sociedades comerciais (art. 1.º, n.º 1 e 2, do CSC). Assim, uma sociedade que se dedique à prática de atos de comércio está sempre afastada do tipo sociedade civil<sup>46</sup>.

## 2.3 Distinção perante os contratos de sociedade civil e de sociedade comercial

### 2.3.1 Efetiva atividade

Nos termos do art. 36.º, n.º 2, a sociedade aí prevista só surge se, e quando, *os sócios iniciarem a sua atividade*. A efetiva atividade da sociedade é, pois, condição necessária para que se lhe aplique o regime jurídico da sociedade civil – neste sentido, encontramos jurisprudência<sup>47</sup> e doutrina<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Isto é expressamente reconhecido por MANUEL ANTÓNIO PITA: «em termos conceituais, a atividade económica prevista no art. 36.º, n.º 2 preenche os requisitos da noção de sociedade recortada no art. 980.º do Código Civil: quanto ao objeto, na definição legal cabem certamente todas as atividades económicas, civis ou comerciais», in *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., p. 308.

<sup>46</sup> Sobre a possibilidade de o *tipo* ser *descrito* «por referência a critérios de seleção de classes que ultrapassem a simples enunciação conceitual», FERREIRA DE ALMEIDA, in *Texto e enunciado...*, vol. I, cit., p. 409.

<sup>47</sup> No acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 05/06/2008, relatado por Augusto Carvalho, proc. 1091/08-1, lê-se «apenas se poderá reclamar a aplicação da disciplina jurídica das sociedades irregulares, em primeiro lugar, se for celebrado um negócio jurídico de constituição de uma sociedade comercial, sem escritura pública e, em segundo lugar, que esse negócio jurídico sofra começo de execução ou, como se diz no n.º 2, do citado artigo 36.º, do C.S.C., se “os sócios iniciarem a sua atividade”. Antes deste momento, isto é, do início da atividade social, não se porá qualquer problema de aplicação da disciplina jurídica das sociedades irregulares».

<sup>48</sup> MENEZES CORDEIRO, no seu *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., p. 479, aborda a questão dizendo que «as situações a reconduzir às sociedades irregulares têm, em comum, duas importantes circunstâncias:

Sem atividade podemos estar perante atos preparatórios de uma futura sociedade comercial, perante contrato-promessa de sociedade, ou mesmo perante um contrato associativo atípico, mas nunca perante uma sociedade a que se justifique aplicar as normas das sociedades civis.

É a atividade social que gera relações entre os sócios e com terceiros, tornando necessário um regime jurídico que permita às partes e a terceiros relacionarem-se em segurança e obterem soluções equitativas para os seus litígios. A solução encontrada foi a sujeição ao regime das sociedades civis, dada a analogia das situações. Pode dizer-se que, neste contrato, a atividade faz parte do tipo, na medida em que sem ela não se aplica o regime.

Já a sociedade civil simples nasce por mero efeito da celebração do contrato, com os elementos previstos no art. 980.º do CC, não carecendo, para a aplicação do regime próprio previsto nos artigos subsequentes, que inicie a atividade para a qual se constituiu.

O mesmo se passa com a sociedade comercial que pode subsistir sem atividade durante anos, sem prejuízo de a dissolução poder ser requerida quando esteja inativa durante dois anos consecutivos (art. 142.º, n.º 1 c) do CSC).

A *atividade* necessária à sociedade do art. 36.º, n.º 2, poderá ser a destinada à constituição da sociedade comercial, mas não poderá deixar de fora a atividade normal objeto da sociedade projetada – a letra da lei aponta nesse sentido (*antes da celebração do contrato de sociedade, os sócios iniciarem a sua atividade*).

Era também esta a ideia de Ferrer Correia, autor dos Anteprojetos dos quais a norma provém<sup>49</sup>: embora nesta *primeira fase ou período pré-constitutivo*, a

---

- a não conclusão do processo formativo, o qual pressupõe um acordo solene e o registo definitivo;

- a efetiva presença de uma organização societária em funcionamento, com relações atuantes: quer entre os sócios interessados, quer com terceiros».

<sup>49</sup> O Código das Sociedades Comerciais foi precedido de vários anteprojetos parcelares da responsabilidade de vários autores. Após a conclusão do Código Civil de 1966, foi encarregue de rever a legislação sobre sociedades uma comissão composta por Vaz Serra, Ferrer Correia, Fernando Olavo e Raul Ventura. De cada um destes autores, e em colaboração com terceiros, saíram vários anteprojetos parcelares.

Para a matéria que ora nos ocupa releva apenas o Anteprojeto de Lei das Sociedades Comerciais, Disposições gerais, da autoria de Ferrer Correia, com a colaboração de António Caeiro (publicado em *BMJ* 185

atividade dos sócios tenha sobretudo por objeto «a constituição de uma outra sociedade – uma sociedade comercial de certo tipo»<sup>50</sup>, admite também que possa acontecer «que logo nesta primeira fase inicial os sócios resolvam dar começo às atividades compreendidas no objeto da futura sociedade. Caso típico é o de a entrada de um dos sócios consistir num estabelecimento comercial, que é logo posto em comum»<sup>51</sup>.

---

e 191, respetivamente de abril e dezembro de 1969). Praticamente todas as normas relevantes para definir e situar a sociedade do atual art. 36.º, n.º 2, do CSC (nomeadamente os atuais arts. 36.º, n.º 2, a 52.º) saíram deste Anteprojeto de Ferrer Correia, ainda da década de sessenta.

Após 1974, foi nomeada uma outra comissão com a incumbência de rever a legislação comercial. Desta feita a comissão foi composta por Ferrer Correia, Lobo Xavier, António Caeiro e Maria Ângela Correia. Esta comissão veio a apresentar o Anteprojeto de Lei das Sociedades por Quotas (*RDE*, Ano 2 – 1976, e *RDE*, Ano 3 - 1977), e uma segunda redação do mesmo (*RDE*, Ano 5 – 1979). No que respeita à sociedade do atual art. 36.º, n.º 2, do CSC não houve alterações de fundo, relativamente ao Anteprojeto de Ferrer Correia de 1969.

Em 1981, o então Ministro da Justiça Meneres Pimentel encarregou Raul Ventura de rever a legislação comercial, o que este autor fez apresentando um Anteprojeto de Lei Geral das Sociedades. Este Anteprojeto de Raul Ventura foi revisto pelo próprio, por Fernando Olavo e por António Caeiro. Este texto revisto foi publicado como Código das Sociedades (Projeto) no *BMJ* 327 (junho 1983). As normas nele consignadas e que relevam para o objeto deste estudo têm uma orientação completamente diferente da dos Anteprojetos de Ferrer Correia e não passaram para o CSC (com exceção das que deram origem aos atuais artigos 36.º, n.º 1, 172.º e 173.º).

Em 1984-85, o texto foi novamente revisto, desta vez por António Caeiro, Maria Ângela Coelho e Nogueira Serens. Terá sido nesta revisão que foram recuperadas as normas dos Anteprojetos de Ferrer Correia sobre sociedades ativas antes da formalização do contrato de sociedade comercial, sociedades com contrato formal mas não registado, e sociedades com contrato inválido. Este texto foi ainda objeto de sucessivas revisões por Raul Ventura e Brito Correia. A história aqui sumariada pode ler-se com detalhe num artigo de ANTÓNIO CAEIRO, «A parte geral do Código das Sociedades Comerciais» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988, pp. 621-664.

O art. 36.º, n.º 2, do CSC corresponde ao art. 5.º do Anteprojeto (Disposições Gerais) – Ferrer Correia, de 1969 («Se após a conclusão do contrato mas antes da celebração da escritura pública os sócios derem início às atividades sociais, aplicam-se às relações entre os sócios e às relações com terceiros as normas das sociedades civis,...» - *BMJ* 185/43), e ao art. 16.º do Anteprojeto Sociedade por Quotas – Ferrer Correia, de 1976-79 («Se, após a conclusão do acordo tendente à constituição da sociedade, mas antes da celebração da escritura pública, os sócios derem início às atividades sociais, são aplicáveis à relações estabelecidas entre eles e com terceiros as normas das sociedades civis» - *RDE* ano V, n.º 1, p. 147).

<sup>50</sup> *BMJ* 185/47.

<sup>51</sup> *BMJ* 185/48.

Com frequência, nos casos levados a juízo, a entrada de um dos sócios é constituída por um seu estabelecimento, já em funcionamento<sup>52</sup>; acontecendo também as entradas dos vários sócios serem constituídas por estabelecimentos de várias sociedades comerciais<sup>53</sup>; mesmo quando o estabelecimento, ou o bem de cuja exploração comum se pretende lucrativa para todos, é adquirido *ab initio* com vista à formação da nova sociedade, a aquisição é formalizada apenas por um dos sócios, que fica com o estabelecimento, ou com o bem, em seu nome pessoal<sup>54</sup>. Por outro lado, muitas destas sociedades ativas funcionam durante décadas<sup>55</sup>, ultrapassando largamente o que se poderia considerar uma situação de *sociedade em formação*. Não obstante, os tribunais não hesitaram, por isso, em subsumi-las ao art. 36.º, n.º 2, do CSC.

---

<sup>52</sup> Assim se conformavam as situações dos acórdãos do STJ de 06/11/2003, relatado por Pires da Rosa, processo 03B2220, e do TRE de 29/11/2007, relatado por Mário Serrano, processo 2372/07-3, embora em ambos os casos se tenha decidido que as relações em litígio não se qualificavam como sociedades irregulares.

<sup>53</sup> Caso do ac. TRL, de 10/11/2005, relatado por Fátima Galante, processo 6557/2005-6, no qual várias pessoas, sócias de duas diferentes sociedades comerciais, acordaram constituir uma outra sociedade para a qual levaram dois estabelecimentos já ativos, e cujas atividades continuaram, agora em conjunto.

<sup>54</sup> Assim sucedeu na situação do ac. STJ, de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, processo 03B1255: duas pessoas acordaram oralmente constituir uma sociedade para exploração de uma farmácia, um deles adquiriu um estabelecimento de farmácia com o qual entrou para a sociedade e o outro fez obras no estabelecimento e procedeu ao aprovisionamento, com o que constituiu a sua entrada; durante décadas, a farmácia funcionou, ambos tomando as decisões importantes sobre a gestão da mesma e dividindo os lucros. O litígio despoletou-se quando o sócio que não tinha o estabelecimento em seu nome faleceu.

No ac. STJ, de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, processo 05A2740, todo o património imobiliário explorado em comum com intuito lucrativo pelos dois sócios, irmãos, foi adquirido sempre em nome exclusivo de um dos sócios, situação que se arrastou por décadas.

Também no ac. STJ, de 31/05/2007, relatado por Salvador da Costa, processo 07B1628, os sócios acordaram na exploração de um estabelecimento de restaurante que foi adquirido apenas por um deles (trata-se da mesma situação relatada no ac. TRC, de 28/11/2006, relatado por Távora Vítor, processo 1325/06).

<sup>55</sup> As relações societárias, não suportadas por qualquer contrato de sociedade comercial, mantiveram-se durante décadas nas situações descritas nos acórdãos: STJ de 07/10/99, relatado por Noronha do Nascimento, processo 99B494; STJ de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, processo 03B1255; STJ de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, processo 05A2740; TRP de 08/07/2004, relatado por Emídio Costa, processo 0423549.

### 2.3.2 Necessária informalidade

O contrato que origina a sociedade do art. 36.º, n.º 2, não pode considerar-se um contrato de sociedade civil nem um contrato de sociedade comercial por mais uma razão: a sua necessária *informalidade*.

Com esta expressão queremos significar que não se celebrou na forma, em *sentido técnico-jurídico, ou forma vinculada*<sup>56</sup>, prescrita na lei para um contrato de sociedade comercial, ou seja, que não se celebrou por escrito com as assinaturas dos seus subscritores reconhecidas presencialmente, ou pela forma mais solene que for exigida para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade (art. 7.º do CSC). Num sentido amplo, *não há contrato sem forma*, abrangendo esta «tanto a *forma significativa* (isto é, a parte sensível dos sinais usados na mensagem) como a *forma de emissão* (isto é, o conjunto de meios humanos e mecânicos usados na comunicação)»<sup>57</sup>. A forma, neste sentido, pode ser meramente oral, consistir num aceno de cabeça ou num aperto de mão.

A forma que não chega à que é exigida para a celebração de um contrato de sociedade comercial, e que nessa medida designámos por *informal*, é crucial à sociedade de que tratamos, a ponto a podermos considerar *interna – pertença do próprio tipo*<sup>58</sup>.

Normalmente, a forma exigida por lei é uma *forma externa* que o ato deve revestir para ser válido (forma *ad substantiam*) ou para ser provado (forma *ad probationem*). É desta *forma* que a lei trata nos arts. 219.º a 223.º e 364.º do CC. A forma (externa) requerida como requisito de validade ou de prova constitui sempre *um mínimo*, que pode ser substituído por forma mais solene – *o excesso de forma é legal*<sup>59</sup>.

Da *forma externa* devemos distinguir a *forma interna* sem a qual negócio não se celebra ou não se qualifica como de determinado tipo. Trata-se de uma «forma absoluta, que vale por si própria, porque pertence ao próprio tipo do ato

---

<sup>56</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1992, p. 669.

<sup>57</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, cit., p. 101.

<sup>58</sup> Sobre a forma interna como pertença do tipo, vide PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., pp. 155-160.

<sup>59</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, teoria geral*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 51.

ou do negócio e, portanto, não permite redução teleológica»<sup>60</sup>; a sua falta produz «a *inexistência* do respetivo negócio – forma que pode qualificar-se como *constitutiva (hoc sensu)*»<sup>61</sup>.

A forma do contrato subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2 – forma não escrita ou, pelo menos, inferior à exigida para a celebração de um contrato de sociedade comercial – é imprescindível ao contrato em questão. Podemos considerá-la uma forma absoluta ou interna, não porque não permita *redução*, mas porque não permite *ampliação* para forma mais solene.

Com efeito, a partir do momento em que um contrato de sociedade com objeto comercial é celebrado pela forma exigida pelo art. 7.º do CSC, transitamos do regime do art. 36.º, n.º 2 (regime das sociedades civis, aplicável *no período anterior à celebração do contrato de sociedade comercial*), para o regime especial previsto nos arts. 37.º a 40.º do CSC (*período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade comercial e o seu registo definitivo*).

O contrato de sociedade civil simples, por seu turno, pode ser celebrado por escrito, com as assinaturas reconhecidas presencialmente, ou por escritura pública, pois, mesmo nos casos em que a lei não impõe forma especial, as partes podem adotá-la (forma voluntária mencionada no art. 222.º do CC) ou convencioná-la (forma convencional prevista no art. 223.º do CC). E deve ser celebrado por forma especial quando a lei a exija para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade (forma legal imposta pelo art. 981.º, n.º 1 *in fine* do CC).

---

<sup>60</sup> A distinção entre a forma externa e a forma interna tem sido trabalhada por PAIS DE VASCONCELOS, em várias obras, nomeadamente no artigo «Superação judicial da invalidade formal no negócio jurídico de direito privado», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 313-338 (de cuja p. 319 foi extraída a frase), e em *Contratos atípicos*, cit., pp. 155-160. A distinção é reconhecida por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. II, cit., pp. 53, nota 51.

<sup>61</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1960, p. 142 – o autor, embora não tratando deste tipo de forma, refere-a *en passant*: «só cuidamos agora da forma necessária para a validade ou para a prova do negócio. Não da que constitua elemento do próprio conceito dum certo tipo negocial, por maneira que a sua falta produza a *inexistência* do respetivo negócio». Exemplifica com o casamento civil e com o formalismo testamentário. Encontramos outros exemplos da forma interna na letra de câmbio, na livrança, no cheque ou no endosso que, não sendo praticados na forma prescrita não existem enquanto tais – um “endosso oral” não é nulo, é inexistente (PAIS DE VASCONCELOS, «Superação...», cit., p. 318).

Quando o contrato de sociedade civil seja celebrado por escritura pública e contenha determinadas especificações – seja esta forma legal, convencional ou voluntária –, a sociedade civil será dotada de personalidade coletiva. Esta é hoje a posição maioritariamente aceite na doutrina<sup>62</sup>. O fundamento positivo radica na aplicação do art. 158.º, n.º 1, do CC<sup>63</sup> às sociedades, por via do disposto na parte final do art. 157.º do mesmo código<sup>64</sup>.

A sociedade do art. 36.º, n.º 2, CSC nunca pode ter personalidade jurídica<sup>65</sup>, ao contrário do que sucede com a sociedade civil. A partir do momento em que as partes celebram o contrato de sociedade comercial, a sociedade deixa de estar sob a alçada do art. 36.º, n.º 2, e passa a estar sob a dos arts. 37.º a 40.º do CSC. E, mesmo nesta fase, não terá personalidade jurídica pois, tendo objeto comercial, só poderá adquiri-la com o registo definitivo do título constitutivo (art. 5.º do CSC). Tanto significa que nem todas as normas do regime das sociedades civis se aplicam às sociedades do art. 36.º, n.º 2, do CSC<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Neste sentido *vide*, entre outros neles citados, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, II, 2.ª ed.*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 96-99 («as sociedades civis puras, desde que constituídas por escritura pública e com as especificações prescritas, nos seus estatutos, são pessoas coletivas plenas» - p. 99); e, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, I, 3.ª ed.*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001, pp. 560-3 («a constituição da sociedade civil simples, para obter personificação, depende sempre de o respetivo ato ser reduzido a escritura pública, pela aplicação analógica do art. 158.º, n.º 1, do C.Civ., ainda quando essa forma não seja imposta pelo regime específico do contrato de sociedade (art. 981.º, n.º 1). Para além disso, têm de ser observadas as demais formalidades indicadas a respeito das associações» - p. 560).

<sup>63</sup> «As associações constituídas por escritura pública (...) que contenham as especificações referidas no n.º 1 do artigo 167.º, gozam de personalidade jurídica».

<sup>64</sup> «As disposições do presente capítulo são aplicáveis (...) às sociedades, quando a analogia das situações o justifique».

<sup>65</sup> Referimo-nos sempre à personalidade jurídica plena que permite a elevação de um escudo praticamente impenetrável entre os patrimónios da sociedade e dos sócios. Não descaramos que outras entidades, e nomeadamente a sociedade civil simples e a sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC têm facetas ou parcelas de personalidade, nomeadamente pela existência de um património autónomo que responde em primeira linha (mas não exclusivamente) pelas dívidas sociais. Sobre estas *peças rudimentares* ou *figuras afins da pessoa coletiva*, por todos *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo III, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 521 e ss., e CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 536 e ss.

<sup>66</sup> O art. 36.º, n.º 2, do CSC saiu com a seguinte redação: «Se for acordada a constituição de uma sociedade comercial, mas, antes da celebração da escritura pública, os sócios iniciarem a sua atividade, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as disposições sobre sociedades civis que não pressuponham a personalidade jurídica destas». Desconhecemos a autoria deste último segmento (*que não pressuponham a personalidade jurídica destas*). Sabemos que não constava dos Anteprojetos de Ferrer Correia, nem por certo terá sido introduzido na revisão do Projeto do Ministério da Justiça feita por António Caeiro,

Retenhamos este aspeto de suma importância e que nos vai acompanhar em vários pontos do raciocínio: a sociedade do art. 36.º, n.º 2, nunca adquire personalidade jurídica.

Se a sociedade (de capitais, pois normalmente é destas que se trata) tivesse sido constituída pelo respetivo contrato de sociedade comercial e se este tivesse sido registado, os credores sociais só se poderiam satisfazer por via do património social, e não já através dos patrimónios pessoais dos sócios<sup>67</sup>. Logo, com uma sociedade do art. 36.º, n.º 2, nunca se pode obter o mesmo efeito de constituição de pessoa coletiva, com inerente desresponsabilização dos sócios, que se obtém com uma sociedade comercial, ou com uma sociedade civil sob forma comercial, ou, ainda, com uma sociedade civil personalizada.

Podemos, então, questionar que razões que levam os sócios a dar início à atividade num regime que lhes é menos favorável. O motivo prende-se, quase sempre, com uma forte relação de confiança entre eles, muitas vezes mesmo de parentesco<sup>68</sup>. É essa relação próxima que permite que um (ou alguns) coloque património ou trabalho ao serviço do desenvolvimento de uma atividade

---

Maria Ângela Coelho e Nogueira Serens, pois António Caeiro manifestou-se, após publicação do CSC, contra a sua introdução («não se conhecem quaisquer disposições sobre sociedades civis que pressuponham a personalidade jurídica destas, pelo que a norma não tinha qualquer sentido» - ANTÓNIO CAEIRO, «As modificações ao Código das Sociedades Comerciais», in *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 369-400 (374-5). A observação é certa, embora se perceba que o legislador da primitiva versão terá querido enfatizar que a sociedade do art. 36.º, n.º 2, nunca pode ter personalidade. O segmento em causa, com que nasceu o CSC terá, por certo, sido introduzido nas últimas revisões, e veio a cair na segunda alteração ao CSC (DL n.º 280/87, de 8 de julho), mercê das justas objeções que lhe foram apontadas.

<sup>67</sup> Salvo casos excecionais em que se permite a «desconsideração da personalidade coletiva» (MENEZES CORDEIRO opta por «levantamento da personalidade»), através da qual se derroga, a título excecional, a separação de patrimónios (social e pessoal) com a finalidade de correção de comportamentos ilícitos, fraudulentos, de abuso da personalidade coletiva da sociedade, em prejuízo de terceiros. De realçar, todavia, que em matéria de desconsideração, o CSC de 1986 prevê vários casos em que, por atos juridicamente imputáveis à pessoa coletiva, respondem diretamente perante terceiros os titulares dos órgãos sociais (as situações previstas nos arts. 78.º a 84.º do CSC podem considerar-se abrangidas no conceito). As principais referências bibliográficas e jurisprudenciais sobre o tema podem consultar-se em MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., pp. 375-404.

<sup>68</sup> Assim foi nas situações do ac. STJ de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, processo 05A2740, do ac. TRP de 17/01/2006, relatado por Alziro Cardoso, proc. 0524262, e do ac. TRP de 23/03/2006, relatado por Deolinda Varão, processo 0533844 – em todos eles os sócios eram irmãos. Também eram irmãos os alegados sócios nos casos do ac. STJ de 06/11/2003, relatado por Pires da Rosa, processo 03B2220, e do ac. TRE de 29/11/2007, relatado por Mário Serrano, processo 2372/07-3 – embora nestes as decisões tenham sido no sentido de não se verificar entre eles qualquer sociedade.

comercial cujos principais ativos estão em nome exclusivo de outro (ou outros). O conflito surge quando um dos sócios (ou os seus herdeiros<sup>69</sup>) quer negar a sociedade, por o património social ser excedentário e estar registado em seu nome pessoal, ou por o património social ser deficitário e estar em nome alheio. No fundo, o litígio despoleta-se habitualmente por um (ou mais) dos sócios querer aproveitar-se de uma situação jurídica formal que não corresponde ao acordo que mantinha com o outro (ou com os demais) e que efetivamente foi implementado por eles.

#### **2.4 Distinção do contrato de sociedade comercial: irrelevância do acordo quanto ao tipo de sociedade comercial a constituir**

O acordo de constituição de sociedade comercial logo posto em funcionamento a que se reporta o art. 36.º, n.º 2, do CSC não constitui, portanto, um contrato de sociedade comercial nulo, nem sequer juridicamente inexistente. Porque, simplesmente, o conjunto de atos em causa tem, *ab initio*, outra qualificação, uma natureza jurídica e um regime próprios. A inexistência jurídica supõe que «o ato sob observação esteja afetado por insuficiência ou por contradição significativas»<sup>70</sup>, o que não é o caso quando o ato é suficiente e coerente como constitutivo de um outro negócio. Se A quer presentear B com x e lhe faz a correspondente entrega, sem obter nem pretender nada em troca, não podemos dizer que o ato é uma compra e venda juridicamente inexistente!

A doutrina exposta é a que melhor quadra com a letra do preceito que prevê, por um lado, um acordo de sociedade posto em prática, ao qual se aplicam as normas das sociedades civis, e por outro lado, um contrato de sociedade (comercial) que não chega a celebrar-se.

Não se formalizando o contrato de sociedade comercial, estamos perante um outro negócio, nomeadamente perante um que dá vida à sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, ao qual se aplicam simplesmente as normas das sociedades civis.

---

<sup>69</sup> No ac. STJ, de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, processo 03B1255 e no ac. TRP de 17/01/2006, relatado por Alziro Cardoso, proc. 0524262, os desentendimentos só surgem após a morte de um dos sócios, entre herdeiros e sócio sobrevivente.

<sup>70</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado ...*, vol. I, cit., p. 426.

Importa deixar uma última nota sobre este *outro negócio* no seu confronto com o contrato de sociedade comercial. O contrato de sociedade no art. 36.º, n.º 2, que a norma designa por *acordo* pode ser *muito simples e incipiente*<sup>71</sup>, podendo parte das declarações negociais ser tácitas, dedutíveis de factos que, com probabilidade, as revelem. Os elementos essenciais do contrato de sociedade civil têm de estar presentes, ainda que não necessariamente de forma expressa, nada mais sendo exigido. Nomeadamente não tem de haver acordo sobre aspetos específicos do futuro contrato de sociedade comercial que se pretende celebrar, como seja a opção por um dos tipos de sociedade comercial previstos na lei – «acontecerá algumas vezes, nas situações que levamos em estudo, os sócios não se terem ainda entendido definitivamente sobre a natureza da sociedade comercial a constituir»<sup>72</sup>.

O tipo de sociedade comercial (sociedade em nome coletivo, sociedade por quotas, sociedade anónima, sociedade em comandita simples ou sociedade em comandita por ações) não tem de estar definido<sup>73</sup>. Mesmo que o esteja, as partes podem vir a alterar a sua intenção quanto a ele durante o período anterior à celebração do contrato de sociedade comercial.

Com efeito, a definição do tipo neste período não passa de um elemento intencional, irrelevante para a atividade da sociedade e para as relações que a mesma estabelece com terceiros. O tipo de sociedade comercial só releva na medida em que encerra um regime próprio; cada tipo societário tem regras diferentes que influem nos direitos e obrigações dos sócios, entre eles e perante terceiros. Ora, no período anterior à celebração do contrato de sociedade comercial, o regime aplicável à sociedade é o mesmo independentemente do tipo que tencionam vir a atribuir-lhe, ou de não terem mesmo formado decisão sobre ele. Trata-se do regime previsto para as sociedades civis.

---

<sup>71</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, cit., pp. 484. Na página seguinte: «A doutrina parece muitas vezes pressupor que o acordo aqui em causa prefiguraria o clausulado a inserir, depois, na escritura. Tudo se passaria como se a sociedade estivesse combinada, faltando apenas a formalização contratual. Mas nada, na lei, aponta para tais exigências. (...) O essencial é o início da atividade societária».

<sup>72</sup> FERRER CORREIA, em nota aos arts. 5.º a 10.º do Anteprojecto, no *BMJ* 185 (abril 1969), p. 49.

<sup>73</sup> MARIA LAURA LEONARDO, ob. cit., p. 109, também se pronuncia neste sentido.

Na doutrina, há quem se pronuncie em sentido contrário<sup>74</sup>. Porém, entender que a sociedade do art. 36.º, n.º 2, só existe quando os sócios tenham acordado ou adotado um dos tipos legais previstos para as sociedades comerciais, significa deixar fora do alcance da norma, e sem qualquer regime (expresso), uma enorme quantidade de sociedades atuantes, em detrimento dos interesses de todos os envolvidos, sejam sócios ou credores, e sem qualquer vantagem. No que respeita à jurisprudência, não temos notícia de alguma vez se ter deixado de aplicar o regime das sociedades civis, por via do art. 36.º, n.º 2, do CSC, com fundamento na falta de acordo quanto ao tipo de sociedade comercial visada.

### 3. Teses da nulidade e sua refutação

#### 3.1 Ponto da situação na doutrina e na jurisprudência

A doutrina majoritária tem entendido que a sociedade do art. 36.º, n.º 2, assenta num contrato de sociedade comercial nulo por não ter respeitado a forma legalmente prescrita para o contrato de sociedade comercial. Quanto às consequências dessa *nulidade*, os entendimentos divergem.

Segundo a solução mais radical, a nulidade deve ser decretada oficiosamente pelo tribunal, sem prejuízo deste dever previamente conceder prazo para a sua sanção<sup>75</sup>.

Noutra vertente, a nulidade do contrato não inviabiliza a atuação da sociedade - «o regime desta “nulidade” é especial, bem diverso do regime geral aplicável aos negócios jurídicos»<sup>76</sup>.

A aplicação ao caso do instituto da conversão também é defendida: «o art. 36-2 CSC configura a hipótese como uma *invalidade do contrato*, por *vício de*

---

<sup>74</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular ...*, cit., p. 283; JOÃO LABAREDA, «Sociedades irregulares – algumas reflexões», in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 177-204 (184); MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, ob. cit., pp. 198, 201-2, 203.

<sup>75</sup> Esta solução é defendida por MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., pp. 305-317.

<sup>76</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, cit., p. 117.

*forma, e opera a conversão da sociedade comercial de facto em sociedade sob forma civil (conversão ope legis)»<sup>77</sup>.*

Ainda noutra versão, «o acordo efetuado pelos contratantes para a constituição de uma sociedade comercial é nulo por falta de forma», mas «o nosso legislador entendeu (...) sujeitar aquele contrato de sociedade não ao regime da nulidade (...) mas ao regime das sociedades civis»<sup>78</sup>.

Na jurisprudência, não se conhece qualquer acórdão que tenha declarado nulo *ex officio* um contrato de sociedade enquadrável no art. 36.º, n.º 2, do CSC. Os tribunais apenas declararam a nulidade de contratos de sociedade quando isso lhes foi pedido<sup>79</sup>.

Por outro lado, os tribunais têm julgado procedentes pedidos de prestação de contas e de inquérito judicial no âmbito de sociedades que funcionam nos moldes previstos no art. 36.º, n.º 2, do CSC<sup>80</sup>. Os factos levados a juízo nesses acórdãos incluem sociedades em plena atividade e pressupõem que as mesmas assim continuarão; em todos eles, os tribunais entenderam que a obrigação de prestar contas ou de se submeter a inquérito não está dependente do termo da administração de bens alheios ou da dissolução da sociedade *irregular*.

### **3.2 Refutação dos argumentos utilizados em defesa da nulidade**

Quer na doutrina quer na jurisprudência, os argumentos positivos invocados para defender a nulidade do contrato subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2, são três:

- A conjugação dos arts. 220.º do CC e 7.º, n.º 1, do CSC;
- O disposto no art. 41.º do CSC; e

---

<sup>77</sup> PINTO FURTADO, ob. cit., p. 211.

<sup>78</sup> TARSO DOMINGUES, ob. cit., pp. 965-998 (969).

<sup>79</sup> O que sucedeu nos acórdãos: STJ, de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, processo 03B1255; STJ, de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, processo 05A2740; e TRP, de 22/01/2002, relatado por Manso Rainho, processo 0121073.

<sup>80</sup> Acórdãos STJ, de 19/11/1996, relatado por Machado Soares, in *CJASTJ* 1996, III, 107; STJ, de 07/10/1999, relatado por Noronha do Nascimento, processo 99B494; TRL, de 12/11/98, relatado por Teixeira Ribeiro, in *CJ* 1998, V, 91; e TRP, de 23/03/2006, relatado por Deolinda Varão, processo 0533844.

- Um argumento *por maioria de razão* extraído do art. 42.º, n.º 1 e) do CSC<sup>81</sup>.

A refutação do primeiro resulta de tudo quanto se disse acima sobre a natureza da forma no contrato de sociedade comercial, por um lado, e no contrato que efetivamente suporta a sociedade ora em estudo, por outro, que não é um contrato de sociedade comercial, nem um contrato de sociedade civil, mas um *tertium genus*. Em síntese, o acordo previsto no art. 36.º, n.º 2, do CSC, e que concluímos ser um contrato, forma-se e vigora antes da celebração do contrato de sociedade comercial, o qual só se formará se e quando celebrado pela forma prescrita na lei.

O segundo argumento peca por pretender aplicar ao contrato subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2, uma norma que apenas se aplica a contratos de sociedade comercial, já formados mas ainda não definitivamente registados – o art. 41.º do CSC.

O CSC trata apenas do regime de invalidades do contrato de sociedade (comercial), discernindo duas situações, consoante se trate de contrato de sociedade comercial ainda não registado (art. 41.º) ou já registado (arts. 42.º a 51.º). O contrato que subjaz à sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC está completamente fora do alcance daquelas normas, devendo eventuais invalidades ser submetidas às disposições sobre sociedades civis.

O entendimento de que o art. 41.º do CSC se aplica não apenas ao contrato de sociedade comercial não registado (arts. 37.º a 40.º), como também ao contrato que dá origem à sociedade do art. 36.º, n.º 2, dificilmente se harmoniza com a presunção de que o legislador *consagrou a solução mais acertada e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados* (art. 9.º, n.º 3, do CC). Com efeito, para acompanhar tal doutrina teríamos de concluir que o *contrato de sociedade* que o art. 36.º, n.º 2, diz que ainda não se celebrou é, afinal, nulo por

---

<sup>81</sup> Fazendo uso deste argumento, MANUEL ANTÓNIO PITA, *O regime da sociedade irregular...*, cit., p. 309: «se até nas sociedades de capitais, depois de ter passado pela fiscalização do registo comercial, o contrato de sociedade a que falte a escritura pública pode ser declarado nulo, essa consequência não pode deixar de significar o carácter insuprível da forma legal imposta a todas as sociedades comerciais pelo art. 7.º do Código».

Já anteriormente OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, Lisboa, ULFD, 1993, p. 139: «se, depois do registo, o contrato de sociedade é nulo se não tiver sido reduzido a escritura pública, por maioria de razão o será quando não houver a segurança do registo».

falta de forma por via do art. 41.º. Ou, alternativamente, que o legislador usou a expressão *contrato de sociedade* nos arts. 36.º, n.º 2, e 41.º com dois sentidos distintos: no art. 36.º, n.º 2, o *contrato de sociedade* que não se celebrou seria o contrato de sociedade comercial, com a forma prevista no art. 7.º; já no art. 41.º, a mesma expressão *contrato de sociedade* abrangeria não apenas aquele sentido, mas também o acordo *informal* de constituição de sociedade comercial<sup>82</sup>.

Finalmente, vejamos o terceiro argumento. O art. 42.º, n.º 1 e) pressupõe um contrato de sociedade de capitais (por quotas, anónima ou em comandita por ações) definitivamente registado. Estipula que, depois de efetuado o registo definitivo do contrato de sociedade, este (contrato) pode ser declarado nulo por não ter sido observada a forma legalmente exigida para o contrato de sociedade.

Embora de difícil verificação na prática, imaginemos a seguinte situação subsumível à norma: duas pessoas celebram por escrito particular um contrato de sociedade por quotas em que as suas entradas são constituídas por imóveis, e conseguem (por improvável distração do conservador) registar esse contrato. Neste caso (em que era exigida forma mais solene), o contrato celebrado por mero escrito particular e registado é nulo. O que faz todo o sentido já que, com o registo, a sociedade adquire personalidade jurídica (art. 5.º do CSC), e os seus sócios (no caso das sociedades de capitais a que se reporta o art. 42.º do CSC) deixam de ser ilimitadamente responsáveis pelas dívidas da sociedade, passando a ter a sua responsabilidade limitada às entradas (art. 197.º - sociedade por quotas) ou ao valor das ações que cada um subscreveu (art. 271.º - sociedades anónimas -, e art. 478.º - sociedades em comandita por ações). Justifica-se então que se exija a constituição da sociedade comercial nos exatos moldes previstos na lei, sob pena de não se poderem considerar transferidos para a sociedade os

---

<sup>82</sup> Não se pense que estas dificuldades só surgiram com o legislador de 2006. O DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, alterou o art. 36.º, n.º 2, passando a ler-se «antes da celebração do contrato de sociedade» onde antes se lia «antes da celebração da escritura pública». A razão radica na alteração ao art. 7.º, n.º 1, operada pelo mesmo diploma. Antes, o contrato de sociedade só podia ser celebrado por escritura pública; com a alteração passou a poder ser celebrado por escrito com as assinaturas reconhecidas presencialmente, ou pela forma mais solene que seja imposta pela transmissão dos bens que os sócios levam para a sociedade. Considerando a anterior redação dos arts. 36.º, n.º 2, e 7.º, n.º 1, alterados em 2006, as perplexidades seriam as mesmas de hoje. O contrato de sociedade não registado a que se reportava o art. 41.º só poderia ser o contrato de sociedade comercial celebrado por escritura pública (pois nos termos do art. 7.º, n.º 1, o contrato de sociedade era celebrado por escritura pública) e a sociedade do art. 36.º, n.º 2, vivia «antes da celebração da escritura pública».

bens imóveis, ficando esta esvaziada de património, com a inerente desproteção dos credores.

Bem vistas as coisas, as razões subjacentes à norma do art. 42.º, n.º 1 e) (permitir a queda da personalidade jurídica da sociedade e a satisfação dos credores através dos patrimónios pessoais dos sócios) nunca se verificam na sociedade do art. 36.º, n.º 2.

Estas não têm personalidade jurídica e os seus credores estão sempre acautelados pela responsabilidade ilimitada dos sócios, na *dupla vertente patrimonial e temporal*.

Responsabilidade *patrimonialmente ilimitada* na medida em que, não sendo o património autónomo da sociedade suficiente para satisfazer os credores, estes terão à sua disposição a totalidade dos bens que integram os patrimónios pessoais dos sócios (art. 997.º do CC), sem prejuízo dos casos de impenhorabilidade e dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios (art. 601.º do CC).

Responsabilidade *temporalmente ilimitada* porque, mesmo que estes sócios venham a constituir a sociedade comercial, eventualmente prevista desde o início, e que mantenham a mesma atividade, os sócios da primitiva sociedade responderão sempre, solidária e ilimitadamente pelas dívidas contraídas antes da constituição da sociedade comercial. E será assim ainda que a sociedade comercial entretanto constituída pelo correspondente contrato assuma as obrigações emergentes de negócios anteriormente concluídos, e que este contrato de sociedade comercial venha a ser definitivamente registado.

É o que se designa por um regime de *descontinuidade*<sup>83</sup> entre a sociedade do art. 36.º, n.º 2, e a eventual sociedade comercial que os mesmos sócios venham a constituir e que dê continuação à atividade iniciada pela primeira. Este regime decorre do disposto no art. 19.º, n.º 1 c) e 3 do CSC, e é também um imperativo comunitário. Vejamos.

---

<sup>83</sup> Sobre os princípios da continuidade e da descontinuidade na articulação das fases do processo constitutivo de uma sociedade, *vide* MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., pp. 330-1. Sobre o mesmo princípio de descontinuidade entre a sociedade «pré-fundacional», que atua antes da constituição da sociedade comercial através do correspondente contrato, e a sociedade comercial, *vide* M. ISABEL SÁEZ LACAVE, ob. cit., pp. 82-3.

O n.º 1, al. c), do art. 19.º do CSC prevê que, com o registo definitivo do contrato, a sociedade assume de pleno direito os direitos e obrigações emergentes de negócios jurídicos concluídos antes do ato de constituição e que neste sejam especificados e expressamente ratificados. O n.º 3 do mesmo artigo e diploma diz que a assunção pela sociedade dos negócios indicados nos n.ºs 1 e 2 retroage os seus efeitos à data da respetiva celebração e libera as pessoas indicadas no art. 40.º da responsabilidade aí prevista. O art. 40.º reporta-se apenas a sociedades de capitais já constituídas por contrato de sociedade comercial, no período anterior ao registo do contrato, e não a sociedades que funcionaram sem contrato de sociedade comercial.

Os sócios das sociedades do art. 36.º, n.º 2, são, *a contrario*, para sempre responsáveis pelas obrigações contraídas antes da celebração do contrato constitutivo da sociedade comercial<sup>84</sup>.

O art. 8.º da Diretiva 2009/101/CE, de 16/09/2009, que mantém a redação do art. 7.º da revogada Diretiva 68/151/CEE, de 09/03/68, também exige que os responsáveis pelos atos praticados *em nome de uma sociedade em formação, antes de ela ter adquirido personalidade jurídica*, mantenham essa responsabilidade depois de constituída a sociedade comercial, se esta *não vier a assumir as obrigações daí decorrentes*.

Em países que nos são próximos foram abandonadas as teses da nulidade, aplicando-se às sociedades que funcionam com atividade comercial, sem que tenha sido celebrado o contrato de sociedade comercial, regimes de sociedades personalistas<sup>85</sup>, sem prejuízo de os sócios, e apenas eles, poderem pedir a dissolução da sociedade<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> A esta conclusão chegou MANUEL ANTÓNIO PITA, *in O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., p. 360: «se os negócios anteriores à escritura pública vierem a ser assumidos pela sociedade por aplicação do regime do artigo 19.º, como se conclui do n.º 3 deste artigo, as pessoas que eram individualmente responsáveis por aplicação do art. 36.º, n.º 2, não se libertarão dessa responsabilidade por causa daquela assunção. VIII. Neste contexto normativo, a escritura pública é o primeiro ato jurídico do processo de constituição da sociedade comercial. IX. Este quadro normativo é compreensível à luz do princípio da descontinuidade entre a sociedade antes da escritura e a entidade criada com a escritura».

<sup>85</sup> Vide, no caso espanhol, o art. 16.º do Real Decreto Legislativo n.º 1564/1989, e, no caso francês, os arts. 1871, 1871-1 e 1873 do Code Civil – notas 13, 17 e 18.

<sup>86</sup> Art. 16.º do Real Decreto Legislativo n.º 1564/1989, e arts. 1872-2 e 1873 do Code Civil.

No seguimento de tudo o exposto, concluímos que a nulidade de um contrato de sociedade comercial só tem sentido quando essa sociedade com contrato nulo é dotada de personalidade jurídica<sup>87</sup>, o que, como vimos, não é o caso da sociedade em estudo<sup>88</sup>.

#### 4. Tese da liquidação compulsória e sua refutação – o âmbito do art. 172.º

Há autores que, apesar de afirmarem a validade do contrato base da sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC<sup>89</sup>, afirmam, no entanto, que esta sociedade está sujeita a liquidação compulsória por aplicação do art. 172.º do

---

<sup>87</sup> Neste sentido, VALPUESTA GASTAMINZA, ob. cit., p. 35 - «La vía de la nulidad se corresponde con un sistema registral deficiente que non comprueba la legalidad de los documentos ni asegura su adecuada publicidad» - e p. 155 - «Si sólo com la inscripción nace la sociedad anónima, a falta de ella no hay sociedad anónima alguna que pueda ni siquiera ser nula. Las causas de nulidad de la sociedad anónima sólo podrán predicarse de una sociedad ya inscrita».

Ligando também a nulidade à personalidade jurídica, HENRI TEMPLE, ob. cit., p. 236 - «Nous avons aussi indiqué que le défaut d'immatriculation, tout comme le défaut d'écrit, ne constituait pas une cause de nullité, le refus de la personnalité morale étant une sanction suffisante» - e p. 276 - «S'il s'agit d'une société créée de fait ou d'une société constituée mais non immatriculée – hypothèse voisine – la nullité prononcée n'ajouterait rien car ces sociétés de fait ne jouissent pas de la personnalité morale ce qui est, en soi, une sanction suffisante». De notar que Temple escreve na vigência da Lei n.º 66-537, de 24 de julho, sobre sociedades comerciais, que veio subordinar a personalidade jurídica ao registo, mas ainda antes da Lei n.º 78-9, de 4 de janeiro, que reformou o título do Code Civil sobre sociedades (cujo capítulo I – disposições gerais – abrange sociedades civis e comerciais, e cujo capítulo III dispõe sobre a *société en participation* acima mencionada). Com a reforma de 1978 ficou legislativamente claro que à *société en participation* (sociedade que os sócios decidem não registar e que nunca tem personalidade) bem como à *société créée de fait* (assente num acordo oral ou tácito, também sempre sem personalidade), caso tenham objeto comercial, aplica-se simplesmente o regime das *sociétés en nom collectif* (art. 1871-1 du Code Civil).

<sup>88</sup> Uma única voz dissonante na nossa doutrina, OLIVEIRA ASCENSÃO, in *Direito Comercial*, IV, cit., p. 171: «A personalidade jurídica já existe antes do registo. Existe mesmo antes da escritura, como resulta da remissão para as sociedades civis». Em nosso entender esta posição do autor exige uma visão da pessoa coletiva como realidade ontológica pré-existente ao reconhecimento estatal, que não tem suporte no nosso direito positivo.

<sup>89</sup> BRITO CORREIA, ob. cit., p. 187: «Não se pode, portanto, dizer que o acordo constitutivo seja totalmente nulo: constitui-se uma sociedade sujeita à lei civil; o que não se constitui é uma sociedade comercial, no sentido do art. 1.º, n.º 1, do CSC».

Sendo mais incisivo, JOÃO LABAREDA, ob. cit., pp. 177-204 (187): «À sociedade irregular a lei contrapõe a sociedade inválida, com um regime diverso, não sendo considerada inválida, para este efeito, a sociedade a que "só" falte a escritura ou o registo definitivo do contrato societário».

Igualmente assertiva, MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, ob. cit., pp. 211-2: «O acordo de sociedade mercantil não celebrado por escritura pública não é nulo. Nem legítimo se torna chamar à colação o art. 220.º do Código Civil».

CSC<sup>90</sup> (concordando, neste aspeto, também com os autores que defendem a nulidade daquele contrato).

Como vimos, nunca, por iniciativa do tribunal, foi declarada a nulidade do contrato de sociedade *informal* subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2; e, em várias decisões judiciais, proferidas em ações de prestações de contas e inquérito judicial, pressupõe-se a continuação da atividade social<sup>91</sup>. Não obstante, em apenas um acórdão foi afirmada a validade do contrato<sup>92</sup>, e ainda assim, referindo-se que a sociedade está sujeita a liquidação por iniciativa do Ministério Público nos termos do art. 172.º.

Todavia, também não se conhece um único acórdão em que esteja em causa uma ação de liquidação judicial proposta pelo Ministério Público com base num contrato de sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC, ou seja, sem a forma necessária ao contrato de sociedade comercial *e não registado*.

Vejamos se a disciplina do art. 172.º do CSC se aplica à sociedade do art. 36.º, n.º 2, do mesmo código. O art. 172.º diz-nos que *se o contrato de sociedade não tiver sido celebrado na forma legal ou o seu objeto for ou se tornar ilícito ou contrário à ordem pública, deve o Ministério Público requerer, sem dependência de ação declarativa, a liquidação judicial da sociedade, se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal*.

O art. 172.º do CSC não contém em si mesmo todos os pressupostos da sua aplicação. Se atentarmos na parte final da norma apercebemo-nos de que o requerimento de liquidação judicial pelo Ministério Público deverá ser feito *se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal*.

A liquidação é constituída por um conjunto de operações tendentes a satisfazer o passivo e a partilhar o ativo remanescente, e pressupõe uma fase prévia de dissolução, declaração de nulidade ou anulação.

Estas últimas asserções, que não merecem discussão na doutrina, decorrem da interpretação conjugada de um conjunto de normas de várias

---

<sup>90</sup> BRITO CORREIA, ob. cit., p. 188, JOÃO LABAREDA, ob. cit., p. 192, e MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, ob. cit., pp. 212-3.

<sup>91</sup> V. nota 80.

<sup>92</sup> Acórdão STJ, de 19/11/1996, relatado por Machado Soares, in *CJASTJ* 1996, III, 107.

proveniências. Podemos destacar desde logo o art. 1010.º do CC, integrado no capítulo sobre o contrato de sociedade, que estabelece que, *dissolvida a sociedade, procede-se à liquidação do seu património*. No mesmo sentido, para o caso específico das sociedades comerciais, dispõe o art. 146.º, n.º 1, do CSC – *salvo quando a lei disponha de forma diversa, a sociedade dissolvida entra imediatamente em liquidação*.

Nos termos do art. 165.º, n.º 1, do CSC, *declarado nulo ou anulado o contrato de sociedade, devem os sócios proceder à liquidação*.

Ou seja, para que a sociedade possa ser liquidada, para que os sócios possam ter o dever de proceder à liquidação, para que a liquidação deva fazer-se em dado prazo (cfr. parte final do art. 172.º), é necessário que a sociedade tenha sido dissolvida ou que tenha sido declarado nulo (ou anulado) o respetivo contrato.

A declaração de nulidade só pode efetuar-se por decisão judicial.

Já a dissolução pode ser judicial (declaração de insolvência e ilicitude superveniente do objeto contratual ou impossibilidade superveniente do objeto), administrativa (esta apenas para as sociedades comerciais), por deliberação social, ou automática reconhecida por deliberação social (também pode ser esta a via no caso de ilicitude superveniente do objeto contratual ou impossibilidade superveniente do objeto; decurso do prazo fixado no contrato e realização completa do objeto social) – sobre as várias situações de dissolução, v. arts. 141.º a 143.º do CSC e art. 1007.º do CC.

A fiscalização pelo Ministério Público prevista no art. 172.º do CSC pode ter três causas:

- a) Declaração de nulidade do contrato de sociedade por falta de forma legal;
- b) Declaração de nulidade do contrato de sociedade por ter objeto ilícito ou contrário à ordem pública;
- c) Dissolução da sociedade por o seu objeto se ter tornado ilícito ou contrário à ordem pública.

Ao tema em análise apenas interessa o primeiro caso.

Em conclusão: para que o Ministério Público possa requerer a liquidação judicial da sociedade é necessário que os sócios tenham a obrigação de a ter iniciado e não o tenham feito, ou que se tenha esgotado o prazo legal da liquidação; e para tanto é necessário que o contrato de sociedade tenha sido declarado nulo (por não ter sido celebrado na forma legalmente prevista ou por o seu objeto ser ilícito ou contrário à ordem pública) ou que a sociedade se tenha dissolvido (por superveniência da ilicitude do objeto).

Ora, como vimos, o contrato de sociedade comercial só será nulo por falta de forma se já tiver sido registado (art. 42.º, n.º 1 e), do CSC). Antes do registo que confere a personalidade jurídica à sociedade, havendo atividade societária, com objeto comercial, sem que tenha sido celebrado contrato de sociedade comercial, com a forma imposta por lei, estamos perante uma sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC, à qual se aplicam as regras das sociedades civis, e não as regras do CSC.

## **5. Conformidade com as diretivas comunitárias**

### **5.1 Art. 36.º, n.º 2, do CSC *versus* art. 12.º da Diretiva 2009/101/CE (art. 11.º da revogada Diretiva 68/151/CEE)**

A primeira Diretiva comunitária sobre sociedades (68/151/CEE, de 09/03/68) destinou-se à harmonização das legislações nacionais em matéria de publicidade, validade das obrigações assumidas pelas sociedades e invalidade do contrato de sociedade, sempre no que respeita apenas às chamadas sociedades de capitais (no caso português, a sociedade anónima, a sociedade por quotas e a sociedade em comandita por ações). Esta Diretiva foi revogada pela Diretiva 2009/101/CE, de 16/09/2009. Os preceitos de uma e de outra que interessam à problemática que ora nos ocupa têm idêntico conteúdo – em particular, os arts. 7.º e 11.º, n.ºs 1 e 2, al. a), da primeira, que correspondem aos arts. 8.º e 12.º, als. a) e b), subalínea i), da atual.

O art. 12.º estabelece alguns limites dentro dos quais os Estados-membros podem regular o regime das invalidades do contrato de sociedade. Nomeadamente, *a invalidade deve ser reconhecida por decisão judicial* e os seus fundamentos são taxativos. Entre eles conta-se a *falta de ato constitutivo ou*

*inobservância quer das formalidades de fiscalização preventiva, quer da forma autêntica.*

Estas normas destinam-se a ser aplicadas apenas se, e quando, a sociedade comercial existir como tal, ou seja após o registo definitivo do contrato pelo qual se constitui, registo esse através do qual a sociedade adquire personalidade jurídica.

Antes desse momento, o direito comunitário não se interessa pelas soluções que as várias legislações nacionais deem à sociedade que funciona sem contrato registado.

Foi neste sentido o acórdão do TJCE, de 20 de setembro de 1988, no processo n.º 136/87, caso Ubbink Isolatie BV contra Dak-En Wandtechniek BV<sup>93</sup>, não se encontrando jurisprudência comunitária em sentido inverso.

Neste acórdão foi decidido que «o regime de invalidades das sociedades na aceção da primeira Diretiva 68/151 do Conselho, de 9 de março de 1968, não é aplicável no caso de os atos terem sido praticados em nome de uma sociedade de responsabilidade limitada cuja existência não consta do registo público devido ao facto de não terem sido cumpridas as formalidades de constituição exigidas pelo direito nacional».

Nos termos dos fundamentos 14 e 15 do acórdão, o regime de invalidades das sociedades estabelecido pela diretiva só é aplicável quando os terceiros tiverem sido levados, pelas informações publicadas, a considerar que existe uma sociedade na aceção da primeira diretiva. Os terceiros não se encontram em tal situação, quando as formalidades de constituição exigidas pelo direito nacional não foram cumpridas, nem foi efetuada qualquer formalidade de publicidade.

O que faz sentido: antes da sociedade ter personalidade jurídica, a responsabilidade pelos atos praticados em seu nome está sempre garantida pelos patrimónios dos sócios; apenas após a aquisição da personalidade se porá a questão da limitação da responsabilidade daqueles, pelo que é nesse momento que se tem que assegurar que a sociedade foi regularmente constituída, que adquiriu validamente o património integrado pelas entradas dos sócios, e que,

---

<sup>93</sup> Consultável em <http://eur-lex.europa.eu>.

caso a sociedade (pessoa jurídica) não assuma os atos antes praticados em seu nome, aqueles continuam a ser por eles responsáveis.

Isto não significa que as legislações nacionais não possam livremente criar os regimes de invalidade que entendam para contratos de sociedade que ainda não deram origem a uma pessoa jurídica, porque ainda não foram registados. Mas apenas que a interpretação do direito nacional efetuada neste texto tem na sua base argumentos idênticos àqueles que estão na origem do desinteresse do direito comunitário pelo período anterior à constituição da sociedade enquanto pessoa coletiva.

### **5.2 Art. 36.º, n.º 2, do CSC *versus* art. 8.º da Diretiva 2009/101/CE (art. 7.º da revogada Diretiva 68/151/CEE)**

O art. 8.º da atual Diretiva estabelece que, tendo sido praticados atos em nome de uma sociedade em formação, antes de ela ter adquirido personalidade jurídica, caso a sociedade (após o registo/aquisição de personalidade) venha a declinar as obrigações deles decorrentes, as pessoas que os realizaram serão solidária e ilimitadamente responsáveis por tais atos, salvo convenção em contrário.

Em nenhuma das diretivas se encontra a definição de *sociedade em formação*, sendo legítimo questionar se, para o direito comunitário, o conceito se preenche apenas com as sociedades já constituídas pelo competente contrato de sociedade comercial, ou se abrange também aquelas em que não foi celebrado contrato de sociedade comercial, sobre as quais nos debruçamos. Na doutrina estrangeira, há quem se pronuncie no primeiro sentido<sup>94</sup>. Alguns ordenamentos de Estados-membros definiram a *sociedade em formação* como abrangendo apenas as já constituídas por contrato de sociedade comercial<sup>95</sup>.

A legislação portuguesa, como vimos, não autonomizou a *sociedade em formação* daquela que já abandonou a intenção de concluir o processo formativo,

---

<sup>94</sup> CHRISTIAN KERSTING, citado por MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., p. 27, nota 22.

<sup>95</sup> Caso do ordenamento espanhol – vide art. 15.º do Real Decreto Legislativo 1564/1989 (nota 13), e M. ISABEL SAÉZ LACAVE, ob. cit., p. 105; sobre outros ordenamentos, veja-se a referência de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «As sociedades em formação: sombras e luzes», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 14, 2006, pp. 25-42 (33).

ou que nunca teve tal propósito. Umas e outras gozam do mesmo regime, que se distingue consoante ainda não tenha sido, ou já tenha sido, celebrado o contrato de sociedade comercial. No primeiro caso, o regime é o previsto no art. 36.º, n.º 2, e, no segundo, os regimes previstos nos arts. 37.º a 40.º.

Não vemos razão, nem face à lei portuguesa, nem perante o direito comunitário para restringir o art. 8.º da Diretiva aos atos praticados no período entre o contrato de sociedade comercial e o registo<sup>96</sup>.

Assumindo, portanto, que a imposição do art. 8.º se reporta a todos os atos praticados antes do registo, e, como tal, também aos praticados antes do contrato de sociedade comercial, importa averiguar se o regime instituído pelo CSC para estes últimos respeita a consequência consignada naquela disposição da Diretiva. Ou seja, caso a sociedade comercial, depois de adquirir personalidade jurídica através do registo, não assuma os atos praticados em seu nome antes da celebração do contrato de sociedade, *quid juris?*

Segundo a lei portuguesa são responsáveis os sócios, pessoal e solidariamente (art. 997.º do CC *ex vi* do art. 36.º, n.º 2, do CSC). Ainda que a sociedade venha a especificar no contrato e a ratificar expressamente, obrigações emergentes de negócios jurídicos concluídos antes do ato de constituição (art. 19.º, n.º 1 c), ou que a administração venha a assumir essas obrigações e a comunicar a decisão à contraparte nos 90 dias subsequentes ao registo (art. 19.º, n.º 2), ainda assim mantêm-se responsáveis os sócios pelo período anterior à celebração do contrato de sociedade comercial (art. 19.º, n.º 3, *a contrario sensu*).

De acordo com o art. 8.º da Diretiva respondem, solidária e ilimitadamente, as pessoas que praticaram os atos. Há, portanto, uma diferença entre os dois regimes.

No caso da sociedade do art. 36.º, n.º 2, assente em contrato *informal*, dificilmente essa diferença se manifestará, porquanto, não havendo convenção em contrário, a administração está a cargo de todos os sócios (art. 985.º, n.º 1, do CC). Assim, em regra, só estes atuarão em nome da sociedade (ainda que o

---

<sup>96</sup> No mesmo sentido, MANUEL ANTÓNIO PITA, *in O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., pp. 26-8 e 376; e ENGRÁCIA ANTUNES, ob. cit., p. 37, nota 65, parte final.

possam fazer por intermédio de terceiros). Consequentemente, tende a haver coincidência entre sócios e pessoas que agem em nome da sociedade.

Se, em situações concretas, vier a verificar-se falta de identidade, ainda que parcial, entre as pessoas dos sócios e as que agiram em nome da sociedade, terá de ser ponderado o princípio da primazia do direito comunitário segundo o qual, na aplicação do direito, «as jurisdições nacionais estão obrigadas: a interpretar o direito nacional à luz do texto e da finalidade da diretiva, para que seja atingido o resultado pretendido (...); e a excluir (...) a aplicação de normas internas contrárias ao dispositivo da diretiva»<sup>97</sup>.

Tem sido neste sentido a jurisprudência do TJCE, nomeadamente nos casos Von Colson (caso 14/83, de 10/04/1984), Marleasing (caso C-106/89, de 13/11/1990), Wagner-Miret (caso C-334/92, de 16/12/1993) e Dorsch (caso C-111/97, de 24/09/1998)<sup>98</sup>. Consistentemente, o tribunal tem afirmado que, ao aplicar o direito nacional, quer as normas em causa tenham sido adotadas antes quer depois da diretiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189.º, terceiro parágrafo, do Tratado.

## **6. Questões processuais – personalidade judiciária, representação e competência do tribunal**

Por fim, revela-se útil perceber como o sistema adjetivo se articula com o art. 36.º, n.º 2, do CSC.

Nos termos do art. 12.º do CPC (que repete a redação do art. 6.º do anterior Código, com a redação que tinha sido introduzida pelo DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro), têm personalidade judiciária, entre outras, as sociedades civis [alínea c)] e as sociedades comerciais, até à data do registo

---

<sup>97</sup> JOÃO MOTA DE CAMPOS, *in Direito Comunitário*, vol. II, 5.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 127-8. *Idem* em JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *in Manual de Direito Comunitário*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 326.

<sup>98</sup> Todos consultáveis em <http://eur-lex.europa.eu>.

definitivo do contrato pelo qual se constituem, nos termos do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais [alínea d)].

A sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC não sendo comercial, não se subsume à hipótese da alínea d), ficando antes sob a alçada da alínea c) do art. 12.º do CPC, por via do art. 36.º, n.º 2, do CSC.

A personalidade judiciária é ativa e passiva.

A sociedade é representada em juízo pelos seus administradores (arts. 996.º, n.º 1, do CC e 26.º do CPC) que, na falta de convenção em contrário, são todos os sócios (art. 985.º, n.º 1, do CC). Assim, ao demandar a sociedade, o autor identificará os seus sócios, intentando a ação contra «X, sociedade com objeto comercial mas ainda não constituída pelo respetivo contrato, que funciona na morada y, representada pelos seus administradores, os sócios, A, B e C», todos identificados nos termos do disposto no art. 552.º, n.º 1, a) do CPC.

Uma vez que *pelas dívidas sociais respondem a sociedade e, pessoal e solidariamente, os sócios* (art. 997.º, n.º 1, do CC), querendo fazer valer o seu direito de crédito também contra estes últimos, e não apenas contra o património autónomo afeto à atividade comum, o credor terá de os demandar, também a eles, em seu nome pessoal. O litisconsórcio entre a sociedade e os sócios não é necessário, mas é aconselhável<sup>99</sup>. Com isso poderá salvaguardar-se também a hipótese de não ser bem sucedida a prova dos factos que permitem enquadrar a situação no art. 36.º, n.º 2, do CSC. Estando esta sociedade imbuída da já descrita *informalidade*, pode revelar-se particularmente penosa a prova da sua existência, podendo suceder que o caso judicialmente assente seja qualificado noutra figura (por exemplo, numa associação em participação<sup>100</sup> ou em responsabilidade pré-contratual).

Provavelmente consciente da volatilidade destas sociedades e para evitar a ocupação de recursos na discussão sobre a realidade social, o CIRC determina

---

<sup>99</sup> Já a demanda apenas dos sócios ou de um deles, quando a causa de pedir integra a existência de uma sociedade irregular, é desaconselhável perante a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios prevista no art. 997.º, n.º 2, do CC (no entanto, foi a situação ocorrida no acórdão do STJ de 18/06/1991, relatado por Miguel Montenegro, BMJ 408/608).

<sup>100</sup> Nos acórdãos do STJ de 15/05/2003, proc. 03B1255, relatado por Araújo de Barros, e de 08/11/2005, proc. 05A2740, relatado por Azevedo Ramos, discutiu-se a qualificação do contrato entre sociedade irregular e associação em participação.

que os rendimentos gerados pela atividade comum também sejam tributados como rendimentos apenas da pessoa que formalmente é titular do estabelecimento ou do bem cuja exploração cria riqueza. A sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC só será diretamente sujeito de IRC se os rendimentos não forem tributáveis em imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) ou em imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (IRC) diretamente na titularidade de pessoas singulares ou coletivas; não ocorrendo a tributação por esta via, serão então tributados como rendimentos da sociedade sem personalidade (art. 2.º, n.º 1, b) do CIRC (conjugado com o n.º 2 do mesmo artigo).

Tem-se suscitado a questão de saber qual o tribunal competente para decidir litígios relativos a sociedades previstas no art. 36.º, n.º 2, do CSC. A questão coloca-se apenas perante a existência, na instância central, de uma secção especializada de comércio.

Nos termos do disposto no art. 128.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário)<sup>101</sup>, e para o que ora releva, compete às secções de comércio preparar e julgar:

- «b) As ações de declaração de inexistência, nulidade e anulação do contrato de sociedade;
- c) As ações relativas ao exercício de direitos sociais;
- d) As ações de suspensão e de anulação de deliberações sociais;
- e) As ações de liquidação judicial de sociedades»<sup>102</sup>.

Se o contrato subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC fosse, como muitos defendem, um contrato de sociedade comercial nulo por não ter sido celebrado na forma legalmente prescrita, não haveria dúvidas sobre a competência dos tribunais de comércio para preparar e julgar as ações referentes àquelas sociedades.

---

<sup>101</sup> A Lei n.º 62/2013 entrou em vigor no dia 1 de setembro de 2014, com a entrada em vigor do DL n.º 49/2014, de 27 de março (Regime Aplicável à Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), conforme decorre dos arts. 188.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2013, e 118.º, al. a), do DL n.º 49/2014.

<sup>102</sup> A competência das atuais secções de comércio coincide com a que era atribuída antes aos tribunais e aos juízos de comércio, conforme se alcança da leitura do art. 89.º da Lei n.º 3/99, sobre a competência dos tribunais de comércio, e do art. 121.º da Lei n.º 52/2008, sobre a competência dos juízos de comércio.

No entanto, quase sempre as ações relativas ao contrato subjacente à sociedade irregular do art. 36.º, n.º 2, são propostas nos tribunais cíveis, e aí tramitadas e decididas sem que se suscitem, a requerimento ou oficiosamente, incidentes de incompetência material do tribunal. Nos casos em que foi levantada a questão da competência material, os tribunais decidiram ser da competência do tribunal comum, e não do tribunal de comércio, as ações relativas à existência e/ou à nulidade de uma sociedade não constituída por contrato de sociedade comercial<sup>103</sup>.

## 7. Conclusões

O acordo de constituição de sociedade comercial previsto no art. 36.º, n.º 2, do CSC, a partir do momento em que é acompanhado de atividade social, constitui um contrato associativo *sui generis*, que não é, nem pode vir a ser, contrato de sociedade comercial nem contrato de sociedade civil.

Tal acordo é necessariamente celebrado por uma *forma que fica aquém* da que é imprescindível à celebração de um contrato de sociedade comercial; dirige-se à prática de atos *de comércio*; e é acompanhado de *atividade*.

Verificando-se essas características, as relações estabelecidas entre os sócios e com terceiros sujeitam-se *apenas* às disposições sobre sociedades civis, estando completamente fora do alcance do quadro normativo das sociedades comerciais.

O acordo societário que nos ocupa não está sujeito a qualquer espécie de sanção, nomeadamente relacionada com a sua forma, que vá além da insuscetibilidade de personalidade jurídica da organização que com base nele se desenvolve.

---

<sup>103</sup> Ac. TRP de 27/03/2007, relatado por Marques de Castilho, proc. n.º 0622437: «É da competência do Tribunal comum a ação em que se pede a declaração de nulidade de uma sociedade irregular»; e, decisão do Presidente do TRP sobre conflito negativo de competência, de 28/05/2008, proc. n.º 0833291: «A competência material do Tribunal de Comércio conforme legalmente preceituado limita-se às ações de declaração de inexistência, de nulidade e anulação do contrato de sociedade (...) e não às ações de declaração de existência de uma sociedade e/ou de nulidade da sociedade, e mais limita-se aos contratos relativos a sociedades comerciais».

As normas do CSC, incluindo as que regem sobre invalidades do contrato e liquidação da sociedade, aplicam-se a contratos de sociedade comercial (necessariamente celebrados pela forma prevista no art. 7.º) ainda não registados (art. 41.º) ou já registados (arts. 42.º a 51.º), ou a contratos de sociedade que, não obstante não terem aquela forma, lograram obter registo definitivo assim conseguindo a criação de uma pessoa jurídica e a desresponsabilização dos sócios com base num contrato insuficiente (arts. 42.º, n.º 1, e) e 172.º)<sup>104</sup>.

Acresce que nada justificaria a aplicação das normas sobre invalidades do contrato de sociedade comercial e sobre liquidação da sociedade comercial, contidas no CSC, à sociedade do art. 36.º, n.º 2, uma vez que os sócios desta última são, para sempre, pessoal, solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações contraídas antes da celebração do contrato constitutivo da sociedade comercial, estando assim os credores da atividade social definitivamente protegidos.

O que os sócios conseguem com o acordo de que tratamos é apenas o desenvolvimento de uma atividade comercial através de uma sociedade desprovida de personalidade coletiva, e de cujas responsabilidades nunca se livrarão<sup>105</sup>.

A situação não é desejável, sobretudo para os próprios sócios cujos patrimónios pessoais estão para sempre expostos à necessidade de satisfação das dívidas contraídas em nome da sociedade, mas também só a eles é imputável a situação societária. ■

**Higina Orvalho Castelo**  
Juíza de Direito

---

<sup>104</sup> Supra 3.2. e 4.

<sup>105</sup> Art. 19.º, n.º 3, do CSC *a contrario sensu*, acima analisado em 3.2 e 5.2.



**Data**  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 05 • Janeiro 2016

