Data Venia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

8

JUNHO 2018

Data Venia

Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano **06** | N.º **08**
Periodicidade semestral
Junho de 2018

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

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

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a 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 da sua administração.

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

índice

DIREITO E PROCESSO CIVIL
005 *O ónus de prova na responsabilidade civil médica*
Luís Filipe Pires de Sousa, Juiz Desembargador

CONTRATAÇÃO PÚBLICA
025 *A alocação dos riscos nas parcerias público-privadas*
Vítor Hugo Soares Dias, Advogado Estagiário

DIREITO DOS TRANSPORTES
157 *Regulamento (CE) n.º 261/2014 – Direitos dos passageiros de transporte aéreo*
Renato Grazina, Juiz de Direito

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA
195 *As competências do Juiz Presidente do Tribunal de Comarca*
Luís Miguel Vaz da Fonseca Martins, Juiz de Direito

DIREITO JUDICIÁRIO CONSTITUCIONAL
225 *A natureza constitucional dos Julgados de Paz*
Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito

PROCESSO CONSTITUCIONAL
289 *"Ontogenia" da fiscalização abstrata sucessiva*
Angelina Teixeira, Advogada

DIREITO DA NACIONALIDADE
307 *As alterações de 2015 e 2017 ao regime jurídico da nacionalidade portuguesa*
António Manuel A.F.X. Beirão, Procurador da República

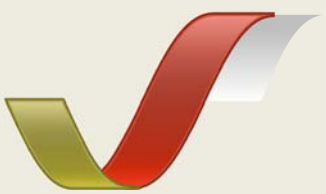
DIREITO COMERCIAL E DAS EMPRESAS
343 *Contrato de consórcio*
Hugo da Silva Tavares, Advogado

DIREITO COMERCIAL E DAS EMPRESAS
365 *Responsabilidade pelo pagamento das prestações de condomínio*
Filipa Moreira Azevedo, Advogada

RESPONSABILIDADE CIVIL
389 *O outro lado do bilhete do espetáculo*
Angelina Teixeira, Advogada

DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES
413 *(In)observância dos requisitos da decisão que aplica a coima*
Filipa Moreira Azevedo, Advogada

CONTRATAÇÃO PÚBLICA
431 *Gestor do contrato: uma mão cheia de deveres*
Angelina Teixeira, Advogada



O ónus de prova na responsabilidade civil médica

Luís Filipe Pires de Sousa
Juiz Desembargador

Sumário: I. A presunção de culpa do devedor (artigo 799.º, n.º 1, do CC). II. Mecanismos simplificadores/facilitadores da atividade probatória que incumbe ao autor. II.A. A prova *prima facie*. II.B.A Teoria *res ipsa loquitur* ou do dano desproporcionado. II.C. A inversão do ónus da prova por falta de documentação. II.D. A inversão do ónus de prova por falta de esclarecimento. III.Situações que merecem tratamento específico. III.A. Casos de presunção de culpa. III.B. A cirurgia estética e/ou desprovida de finalidade terapêutica. III.C. Intervenções de fácil execução e de difícil execução.

I – A presunção de culpa do devedor (artigo 799.º, n.º 1, do CC)

O problema da repartição do ónus da prova da culpa em processo de responsabilidade, segundo a teoria clássica, apoia-se na regra da culpa presumida na responsabilidade contratual e na regra da culpa provada na responsabilidade extracontratual.

É, assim, que nos termos do Artigo 799º, nº1 do CC, incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua, o que implica o estabelecimento de uma presunção de culpa em relação ao devedor de que o incumprimento lhe é imputável, dispensando-se o credor de efetuar a prova correspondente (Artigo 351º, nº1 do CC).

Como explicitam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, II Vol., 3ª Ed., p. 55, "Só o devedor está, por via de regra, em condições de fazer a prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem como dos motivos que o levaram a não efetuar a prestação a que estava vinculado".

Em oposição à teoria clássica, inovou RENÉ DEMOGUE, segundo o qual a obrigação que recai sobre o devedor não é sempre da mesma natureza: umas vezes, o devedor promete determinado resultado; outras, promete adotar certas medidas que, geralmente, são de molde a trazer um resultado. Nas obrigações de resultado, se a prestação prometida não foi lograda, o devedor presumir-se-á em culpa, cabendo-lhe demonstrar que não procedeu com culpa, provando o caso fortuito ou de força maior. Diversamente, nas obrigações de meios, competirá ao credor provar a culpa do devedor, ou seja, que este não empregou a diligência, a prudência e a perícia exigidas pela obrigação assumida [1]. Naquelas, o conteúdo da obrigação é determinado e o resultado não é aleatório, ou é-o em menor grau. Nestas, o conteúdo da obrigação será indeterminado, sendo a prestação individualizada pelo próprio devedor norteando-se pelo fim da atividade que lhe é exigida, sendo o resultado aleatório [2].

A jurisprudência vem entendendo que o médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, assume uma obrigação de meios. Neste tipo de obrigações, o médico não responde pelo resultado, mas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes à prestação devida em função do serviço que se propôs prestar (STJ 16.9.2009, 287/09). «Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais,

[1] Cfr. RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra Editora, 2010, p. 99.

[2] NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, I Vol., Almedina, 2005, p. 146. FERREIRA DE ALMEIDA, "Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico", in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, 1996, pp. 110-112, critica a qualificação da obrigação dos médicos como de meios, entendendo que tal tipologia não é necessária nem satisfatória no direito português. Para este autor, o contrato de prestação de serviços médicos é um contrato de particularização sucessiva da prestação caraterística, respondendo o médico pela escolha das prestações concretas que faz, as quais deve executar de acordo com as *legis artis ad hoc*.

somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar» (STJ 15.12.2011, 209/06). Nos termos deste aresto, importa ponderar a natureza e objetivo do ato médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado. «(...) afigura-se que uma tal ponderação – obrigação de meios / obrigação de resultado - não deve ser feita de forma apriorística em função da mera categorização do tipo de atividade médica, mas sim de forma casuística centrada no exato contexto e contornos de cada situação, sem prejuízo do apelo a alguns fatores indiciários, sabido como é que o carácter aleatório e complexo dos atos médicos dependem de diversas condicionantes que nem sempre se revelam na tipologia de determinada especialidade» (STJ 23.3.2017, 296/07).

Acolhendo — como vem insistindo a jurisprudência — a bipartição das obrigações entre as de meios e as de resultado (no seu sentido mais corrente), certo é que nas obrigações de meios o devedor (médico) está em melhores condições para provar que não atuou culposamente do que o credor (paciente) para provar o contrário. Nesta medida, deve transferir-se o ónus da prova da falta da culpa para o devedor em homenagem à ideia de uma melhor posição do devedor perante a prova [3].

Conforme refere ÁLVARO GOMES RODRIGUES, "Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos", in *Revista Direito e Justiça*, 2000, XIV, p. 209:

> "O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso. Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos. Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo,

[3] RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Op. Cit.*, p. 103.

geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente."

Por sua vez, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, pp. 425-426, sustenta que a natureza da obrigação de meios só tem por consequência que o paciente tenha de provar o incumprimento das obrigações do médico, isto é, tem de provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2002, *Afonso de Melo*, 02A4057, enfatizou-se que não se vê qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no Artigo 799º, nº1, o que se reputou de equitativo porquanto a facilidade da prova está do lado do médico.

Esta linha jurisprudencial foi reiterada em diversos arestos[4] invocando-se, no essencial, que não se justifica afastar a regra do Artigo 799º, nº1 face:

- À especial dignidade dos interesses afetados pelo (in)cumprimento;
- Ao desequilíbrio estrutural da relação estabelecida entre o médico e o doente;
- À particular dificuldade da tutela dos interesses do doente, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados, enquanto parte contratual mais fraca.

Caberá ao autor alegar e provar a desconformidade objetiva entre os atos praticados/omitidos e as *legis artis* (o incumprimento ou cumprimento defeituoso), bem como o nexo de causalidade entre tais atos e o dano. O lesado

[4] Acórdãos do STJ de 22.5.2003, *Neves Ribeiro*, Proc 03P912, no Acórdão da Relação do Porto de 20.7.2006, *Gonçalo Silvano*, Proc 0633598, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.9.2007, *Rosa Coelho*, CJ 2007 – IV, pp. 77-81 (diagnóstico errado em análise por médico anatomopatologista), no Acórdão da Relação de Évora de 15.12.2009, *Jaime Pestana*, CJ 2009- V, pp. 234-236, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9.3.2010, *Rosário Morgado*, acessível em www.colectaneadejurisprudencia.pt .

tem de identificar e demonstrar a diligência devida, tem de individualizar uma concreta falta de cumprimento (ilícita) – CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil*, p. 81. Ou seja, o lesado/doente tem de demonstrar a inobservância de um dever específico por parte do devedor/médico.

O ponto de partida essencial para qualquer ação de responsabilidade médica é a desconformidade da concreta atuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura [5]. «Não basta (...) ao lesado provar que não ficou em melhor estado de saúde ou que, porventura esse estado se agravou, ou mesmo que veio a falecer; terá de provar que o médico não cumpriu os seus deveres de atuação técnica, não respeitou as *legis artis*.»[6]

O STJ tem vindo a densificar esse ónus da prova em sucessivas formulações de que destacamos as seguintes:

- Tem o paciente/lesado de demonstrar que o médico não praticou todos os atos normalmente tidos por necessários para alcançar a finalidade desejada (STJ 15.12.2011, 209/06);

- O doente tem de provar que um certo diagnóstico, tratamento ou intervenção foi omitido e conduziu ao dano, sendo certo que se outro ato médico tivesse sido (ou não tivesse sido) praticado, teria levado à cura, atenuado a doença, evitado o seu agravamento ou mesmo a morte, consoante o caso (STJ 1.7.2010, 398/1999);

- Em sede de obrigações de meios, incumbe ao credor lesado (paciente), provar a falta de cumprimento do dever objetivo de diligência ou de cuidado, nomeadamente o requerido pelas leges artis, como pressuposto de ilicitude (STJ 23.3.2017, 296/07);

[5] Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.9.2007, *Alves Velho*, CJ 2007 – III, pp.54-57.

[6] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 712.

- Recai sobre o médico o ónus da prova de que agiu com a diligência e perícia devidas (STJ 26.4.2016, 6844/03).

Há que atentar que a tutela do paciente pode ser alargada por via dos deveres laterais de prestação do médico. Com efeito, a proteção da integridade física do paciente integra o âmbito de proteção (deveres laterias de proteção da pessoa da contraparte) de um contrato de prestação de serviços médicos. Tendo sido celebrado um contrato de prestação de serviços médicos para a realização de uma colonoscopia, no decurso da qual ocorreu a perfuração do intestino, face à ligação entre a realização da prestação principal e o risco de perfuração do intestino, deve aplicar-se o regime da responsabilidade contratual. Assim, cabia ao réu médico demonstrar os procedimentos que empregou e a sua adequação, bem como a atuação que levou a cabo para evitar a ocorrência da perfuração (n.º 1 do art. 344.º e n.º 2 do art. 799.º, ambos do CC); não o tendo feito, prevalece, em caso de dúvida, a presunção de culpa (STJ 1.10.2015, 2104/05).

No que tange à definição do conteúdo material das *legis artis*, realce-se o contributo da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (vigente em Portugal desde 1.12.2001 [7]) que veio dispor no seu Artigo 4º que "*Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como as regras de conduta aplicáveis ao caso concreto*". Daqui decorre o reforço do valor jurídico dos "Protocolos", "Guidelines" e das "Reuniões de consenso", os quais consubstanciam documentos criados pelos médicos que contribuem diretamente para a definição das *regras de conduta* a que se deverá subordinar a sua atividade. Deste modo, tais documentos colhem uma aplicação indireta. A respetiva violação faz presumir uma violação das *legis artis* [8].

Feita a prova da violação das *legis artis*, opera a presunção de culpa.

[7] Acessível em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html.

[8] ANDRÉ GONÇALVES DIAS PEREIRA, "Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência", in *Lex Medicinae*, Ano 4, Nº 7, Jan- Jun (2007), p. 59.

A culpa [9] deve ser entendida não só como *deficiência da vontade*, como falta de cuidado, de zelo, de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza), mas também como *deficiência da conduta*, abrangendo-se aqui a falta de senso, de perícia[10], de aptidão (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade). O critério do *bonus pater famílias* no domínio médico reconduz-se ao médico normalmente, prudente, diligente, sagaz, cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe [11].

Na área do exercício da medicina, o médico deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. O que pressupõe que o médico se mantém razoavelmente atualizado sobre a evolução dos conhecimentos médicos [12]. Ou seja, exige-se ao médico que atue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional da mesma especialidade, agindo em circunstâncias semelhantes. Desta forma e no âmbito da responsabilidade profissional, o critério do bom pai de família é substituído pelo *critério do bom profissional da categoria e especialidade do devedor à data da prática do facto*.

---

[9] Segundo MANUEL ROSÁRIO NUNES, *Da responsabilidade civil por atos médicos – Alguns Aspetos*, Universidade Lusíada, 2001, p. 35, "Autores como PLANIOL, DE MARTINI, CONVICINI, PENNEQU, GONZÁLEZ MORÁN ou ATAZ LÓPEZ confluem na definição da culpa médica como a infração por parte do médico ou do cirurgião, de algum dever próprio da sua profissão e, mais concretamente, do dever de atuar com a diligência objetivamente exigida pela natureza do ato do médico que se executa, segundo as circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar."

[10] «A utilização da técnica incorreta dentro dos padrões científicos atuais traduz a chamada imperícia do médico, pelo que, se o médico se equivoca na eleição da melhor técnica a ser aplicada no paciente, age com culpa e, consequentemente, torna-se responsável pelas lesões causadas ao doente.» - STJ 7.10.2010, 1364/05.

[11] ANDRÉ GONÇALVES DIAS PEREIRA, "Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência", in *Lex Medicinae*, Ano 4, Nº 7, Jan- Jun (2007), p. 56.

[12] Segundo o Artigo 9º do atual Código Deontológico, "*O médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (leges artis*)".

Nessa medida, o médico não deverá ser responsabilizado por riscos atípicos nem tampouco quando na sua atuação optou por utilizar um dos procedimentos ou das técnicas validamente alternativas em termos científicos. Nesta matéria, deve entender-se que a responsabilidade médica termina onde começam as discussões científicas. Por outras palavras, sempre que determinados problemas da medicina suscitem discussão científica com existência de opiniões médicas díspares na comunidade cientifica, não cabe ao juiz tomar partido por uma delas, caindo no ridículo de mediar entre Hipócrates e Galeno [13]. O médico não responderá pelo facto de ter seguido uma das orientações em conflito, atendíveis na comunidade científica, desde que formule o diagnóstico de acordo com as *legis artis*.

O nível de diligência exigível não será o mesmo para um especialista ou para um médico de clínica geral, para a realização de diagnóstico por um médico a exercer numa zona rural ou por um médico a exercer num hospital em que se disponha de meios e técnicas necessárias para emitir um diagnóstico mais preciso.

A operância da presunção de culpa impõe ao Réu – caso queira eximir-se da sua responsabilidade – que prove que a desconformidade (com os meios que deveriam ter sido utilizados) não se deveu a culpa sua por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas ou por não ter podido empregar os meios adequados. Ou seja, cabe ao médico provar a conformidade entre a sua conduta efetivamente observada e a atuação que lhe era exigível. Cabe ao médico o ónus da prova da falta de culpa, ou seja, «a prova de que naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente».[14]

Poderá também o médico provar que o dano se deve a caso fortuito ou de força maior, assentando o primeiro na ideia de imprevisibilidade (podendo prevenir-se o dano se tivesse sido previsto) e o segundo na ideia de inevitabilidade

[13] Cf. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 5ª Ed., 2007, p. 106.

[14] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 704.

(acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências) [15].

Atentas as complicações que podem produzir-se no corpo humano, a possibilidade de ocorrência de situações reconduzíveis a caso fortuito é maior em medicina do que em outras atividades humanas. Em Espanha, o Supremo Tribunal já decidiu, por exemplo, que os riscos de complicações urinárias causadas por uma ligadura no uréter eram previsíveis e evitáveis, segundo os conhecimentos comuns de urologia [16].

Contudo, não constitui causa de exculpação a demonstração singela de que, na sequência de um determinado tipo de cirurgia, ocorre uma franja de casos (por ex., 5%) em que se produzem determinadas sequelas no paciente (percentagem racional de risco típico).

A estatística em causa nada esclarece sobre a proporção que, dentro dessa percentagem de risco, deve ser imputável a uma deficiente aplicação da técnica cirúrgica [17]. Caberá sempre apurar a causa efetiva de tais sequelas.

O médico eximir-se-á da sua responsabilidade se demonstrar que se encontram reunidos os pressupostos do denominado erro escusável ou falibilidade médica. «Comprovando-se que o médico, ao examinar o doente, agiu de acordo com as regras técnicas atualizadas da ciência médica, diagnosticando, de forma consciente e cuidadosa, afasta-se o erro e, consequentemente, a culpa, sendo certo que um eventual dano, porventura, ocorrido nessas situações, observadas as circunstâncias de prudência que o caso concreto justifica, é de qualificar como

---

[15] Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 5ª Ed., 1991, p. 914.

[16] Cf. . FERNÁNDEZ HIERRO, *Op. Cit.*, pp. 154-155.

[17] Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, *Op. Cit.*, pp. 158-159.

Conforme referimos em *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2017, 3ª Ed., pp. 256-257, «Em termos gerais, as frequências estatísticas permitem apenas estabelecer uma relação de causalidade geral ou de incremento de risco entre a ocorrência do evento x e o resultado y, ou seja, demonstram que a produção de um evento de certo tipo faz mais provável a ocorrência da produção de um evento de outro tipo. Todavia, essa causalidade geral não demonstra a causalidade individual. A estatística serve para fazer previsões sobre a ocorrência de certo tipo de eventos mas não serve para determinar se um facto particular ocorreu ou não.»

erro escusável ou *faut du service*, invencível para a mediana cultura médica e que afasta a responsabilidade civil da intervenção, por recair no âmbito da denominada falibilidade médica.» - STJ 24.5.2011, 1347/04.

II- Mecanismos simplificadores/facilitadores da atividade probatólria que incumbe ao autor

II.A – A prova prima facie

A prova de primeira aparência ou *prima facie* baseia-se no decurso típico dos acontecimentos, assentando numa presunção judicial ou natural: é do que, segundo a experiência da vida, acontece normalmente, que é possível inferir a veracidade do facto presumido [18]. Ou seja, existe uma relação de probabilidade típica, assente em regras da experiência comum [19] ou regras técnicas, entre um facto e a sua causa. Parte-se de um resultado verificado e, de acordo com uma ideia de verosimilhança, considera-se verificado o curso normal típico que a ele conduz [20].

Na explicitação de FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 2007, p. 125, "Se entiende que en la medicina, aunque el resultado buscado y propuesto no pueda garantizarse de modo absoluto, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado".

A prova *prima facie* atua, deste modo, ao nível da valoração livre da prova.

---

[18] Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, Lex, 1995, p. 212.

[19] Segundo a definição de STEIN, as máximas da experiência são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral , desligados dos factos concretos que se julgam no processo , procedentes da experiência, embora independentes dos casos particulares de cuja observação se deduziram e que, acima destes casos, pretendem ter uma validade para outros casos novos – cf. NUNES, Manuel Rosário, *Op. Cit*., p. 34, Nota (53); RUI RANGEL, *O ónus da prova no processo civil*, Almedina, 2000, pp. 237-238.

[20] Cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, p. 343.

Por exemplo, se uma pessoa que foi radiografada apresenta uma queimadura de terceiro grau, presume-se *prima facie* que foi ministrada uma dose muito elevada de raio-X. Se uma pessoa contactar com outra portadora de doença contagiosa, v.g. escarlatina, tuberculose, e depois contrair tal doença, presume-se que esse contacto foi causal da doença.

Caberá ao médico provar que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre o dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento [21]. Ou seja, incumbe-lhe infirmar o juízo de probabilidade bastante, assente nas lições práticas da vida e na experiência do que acontece normalmente [22].

II.B- A teoria res ipsa loquitur ou do dano desproporcionado

Segundo esta teoria, quando os factos, atentas as circunstâncias em que se produziram, falam por si mesmos não é necessário que fale o homem. Presume-se a negligência médica quando, na sequência da prática de um ato médico, o paciente sofre um dano que é de tal modo desproporcionado que só pode explicar-se se se entender que é o resultado de *mala praxis*. Presume-se a culpa do causador do dano quando este é um facto excecional de acordo com o normal suceder e com as máximas da experiência, de tal modo que o dano revele indutivamente a penúria dos meios empregues ou a falta de diligência, segundo o estado da ciência e as circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreu.

A aplicação desta regra probatória pressupõe uma avaliação casuística, não devendo fazer-se generalizações [23].

Constituem exemplos desta situação as seguintes constelações fácticas:

- Danos causados por uma ventosa na cabeça e abdómen do bebé que veio a falecer algumas horas após o parto (cf. STJ 7.10.2010);

[21] Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Op. Cit.*, p. 143.

[22] Cf. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, 1990, p. 388.

[23] Cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Op. Cit.,* p. 347.

- Objetos deixados no interior do paciente após a realização de uma intervenção cirúrgica;
- Extração de uma parte do organismo que não devia ser extraída;
- Queda de dentes pelo tubo digestivo;
- Infeções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados;
- Omissão da realização de radiografias em casos que indiciam a existência de fraturas [24];
- A ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite;
- A ocorrência de uma infeção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite;
- Uma intoxicação alumínica em doente hemodialisado.

Perante a ocorrência destes factos, caberá ao médico – para eximir-se da culpa e para afastar o nexo de causalidade – provar que a causa do dano esteve fora da sua esfera de ação [25] , que não é responsável pelo nexo causal gerador do dano. Ou seja, cabe-lhe silenciar a eloquência dos factos, apresentando uma explicação razoável para os danos sofridos pelo autor, expurgada de qualquer intervenção negligente da sua parte.

II.C- A inversão do ónus de prova por falta de documentação

No desempenho da sua atividade, o médico está obrigado a "*registar, de forma aclara e detalhada, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo*" (Artigo 40º, nº1, do Regulamento de Deontologia Médica,

[24] Cf. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Op. Cit*., p. 347.

[25] Cf. NURIA FACHAL NOGUER, "Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas", in *Objecto y carga de la prueba civil*, Bosch Procesal, 2007, p. 208.

DR II Série, nº 139/2016, de 21.7.2016), considerando-se mesmo que a ficha clínica do doente constitui a memória escrita do médico ("*A ficha clínica é o registo dos dados clínicos do doente, das anotações pessoais do médico e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre profissionais que tratem o doente*" - nº2 do mesmo preceito).

O dever de documentação decorre também do Artigo 1161º, alínea d) do CC (dever de prestar contas) bem como dos Artigos 573º e 575º do Código Civil .[26] Tendo em conta que a prestação de cuidados de saúde se funda numa relação de serviço público, poderá ainda invocar-se – neste circunspecto – o disposto nas Base II, nº2, alíneas d) e e) e Base XIV da Lei nº 48/90, de 21.8 (Lei de Bases da Saúde) para consubstanciar este dever [27]. Mais recentemente, o Artigo 6º, nº5, da Lei nº 25/2012, de 16.6 (Diretivas Antecipadas de Vontade) veio estabelecer expressamente que qualquer decisão de iniciar, não iniciar ou interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante.

O dever de documentação dos procedimentos médicos decorre, em primeira linha, da diligência ou cuidado exigíveis a um médico, constituindo uma obrigação inserta nas *legis artis* [28]. Tal *standard* de diligência não implica a documentação de todas as circunstâncias atinentes à sua atuação, abrangendo primacialmente os elementos que, num juízo de prognose, poderão contribuir para o esclarecimento dos factos no âmbito de um processo, eventual e futuro.

No caso de o autor requerer a notificação do Réu (médico ou clínica) para juntar documentação clínica (Art. 429.º do Código de Processo Civil), em caso de incumprimento não justificado desse dever de cooperação para descoberta da verdade, tal omissão será livremente apreciada pelo tribunal, podendo levar

[26] VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2013, p. 40.

[27] Neste sentido, RUI PATRÍCIO CASCÃO, "O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil", in *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano IV, nº 8.

[28] Neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004, p. 526.

mesmo à inversão do ónus da prova (arts. 430.º e 417.º, nº 2, do Código de Processo Civil). Tal omissão, em regra, é valorada no sentido de que a parte (Réu) – no plano subjetivo – receia o resultado daquela diligência probatória.

O mesmo raciocínio será de aplicar, *mutatis mutandis*, quando o Réu/médico se recuse a fornecer cópia legível do processo clínico. Por força da inversão do ónus da prova, passa a ser o réu a suportar o risco da falta de prova dos factos cuja prova incumbia originariamente ao autor.

III.D- A inversão do ónus de prova po falta de esclarecimento

«No direito português (...) defendemos a implementação da doutrina do consentimento informado, no sentido de que o consentimento para ser válido e eficaz carece de informação adequada com vista a uma decisão consciente. Se essa informação não existir, poder-se-á presumir que o doente não teria aceite a intervenção e, naturalmente, as lesões corporais serão imputáveis ao médico.

Todavia, não nos parece que da violação do dever de esclarecer se deva tirar consequências relativamente a uma infração das legis artis» - ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, p. 785.

III- Situações que merecem tratamento específico

III.A – Casos de presunção de culpa

Nos termos do Artigo 493º, nº2 do Código Civil, quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir. Esta norma representa uma responsabilidade subjetiva agravada ou objetiva atenuada de modo que o lesante só fica exonerado quanto tenha adotado todos os procedimentos idóneos, segundo o estado da ciência e da técnica ao tempo que atua, para evitar a eclosão dos danos.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.3.2007, *Nuno Cameira*, CJ 2007 – I, pp. 122-124, entendeu-se que uma transfusão de sangue é uma atividade perigosa por sua própria natureza e pela natureza dos meios utilizados. Argumentou o Tribunal que a inversão do ónus da prova determinada pelo Artigo 493º, nº2 do CC tem como consequência que tanto se presume a culpa como a ilicitude porquanto a imputação da violação das *legis artis* a que a transfusão de sangue efetuada devia obediência converte essa falta em elemento da ilicitude: ao presumir-se a culpa está a presumir-se de igual modo a ilicitude, o incumprimento dos deveres. Todavia, o Tribunal acabou por absolver os Réus por, à data dos factos, a ciência médica não permitir a despistagem do vírus da hepatite C.

O STA no seu Acórdão de 1.3.2005, *Alberto Oliveira*, 01610/03, considerou como atividade excecionalmente perigosa [29] a transfusão de sangue que veio a causar a infeção com vírus da sida ao doente, condenando o hospital em causa.

Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9.12.2008, *Mário Cruz*, 08A3323, a atividade médico-cirúrgica que envolva a abertura do abdómen – atenta a natureza de atividade perigosa quer pelo objetivo prosseguido quer pelos meios utilizados – constitui uma das situações subsumíveis à presunção do Artigo 493º, nº2 do CC.

ANDRÉ DIAS PEREIRA critica esta jurisprudência, afirmando que são necessários critérios mais apertados e rigorosos na aplicação deste regime, sob pena desta norma «se tornar na válvula de escape para uma justiça casuística e a-dogmática com meros objetivos ressarcitórios, o que seria um desenvolvimento contraditório com o sistema de responsabilidade civil em vigor.»[30] Entende que, apesar de a atividade cirúrgica não caber, em regra, no âmbito da aplicação do nº2 do art. 493º, «pode uma dada intervenção, em concreto, pela sua especial

[29] Para efeitos do Artigo 8º do Decreto-lei nº 48.051, de 21.11.1967, segundo o qual :" *O Estado e demais pessoas coletivas públicas respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos excecionalmente perigosos ou de coisas e atividades da mesma natureza, salvo se, nos termos gerais, se provar que houve força maior estranha ao funcionamento desses serviços ou ao exercício dessas atividades, ou culpa das vítimas ou de terceiro, sendo neste caso a responsabilidade determinada segundo o grau de culpa de cada um".*

[30] ANDRÉ DIAS PEREIRa, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 761.

periculosidade ou pelo seu caráter inovador ou experimental justificar a aplicação deste regime mais gravoso.»[31]

TEIXEIRA DE SOUSA, "O ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica", in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 138, subsume a este regime os casos em que o médico utilizou aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento, exemplificando com um aparelho de anestesia, logo ressalvando que o médico não pode assumir a garantia do funcionamento sem falhas dos aparelhos utilizados mas tem o ónus de prova que os danos por eles causados não resultaram de negligência própria.

Serão igualmente subsumíveis à previsão do artigo 493º, nº2 do CC: a realização de tratamentos médicos com raios X e ondas curtas; a utilização de aparelhos de ressonância magnética, de hemodiálise, de incubadoras [32].

III.B- A circurgia estética e/ou desprovida de finalidade terapêutica

Constitui afirmação recorrente que, nos atos médicos que visam, não a cura do doente, mas a melhoria do seu aspeto físico ou estético ou a transformar uma atividade biológica como é a sexual, a obrigação do medico é de resultado e, por isso, se o resultado sucumbir, caberá ao médico provar que tal desconformidade não lhe é imputável a título de negligência [33]. Sustenta-se que, nestes casos, o labor médico visa a obtenção de um resultado específico, qual seja, a melhoria do aspeto físico ou estético [34].

---

[31] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 760.

[32] Cf.. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.4.2007, *Rui Vouga*, CJ 2007 – I, pp. 105-113.

[33] Cf.., entre outros, SUSANA PAZOS MÉNDEZ, "Los critérios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil", in *Objecto e Carga de la Prueba Civil*, Bosch Procesal, 2007, p. 92; MERCEDES FERNÁNDEZ LÒPEZ, *La carga de la prueba en la prática judicial civil*, La Ley, 2006, p. 154.

[34] ESTHER MONTERROSO CASADO, *Diligencia médica y responsabilidad civil*, pp. 3-4.

Neste tipo de intervenções, o consentimento informado do paciente adquire uma especial importância, cabendo ao médico informar o paciente de todos os riscos possíveis advenientes da intervenção.

Não deverá confundir-se aquilo que, nas relações sociais, é entendido como uma manifestação perfeitamente admissível de confiança no êxito no tratamento (uma genérica certeza de que *tudo correrá pelo melhor*) com uma assunção de garantia do resultado, sob pena de violação da boa fé [35].

ANDRÉ DIAS PEREIRA entende que este tipo de intervenções «apenas se pode tornar uma obrigação de resultado em virtude do modo como a operação foi apresentada, ou seja, das informações que o médico forneceu ao doente. Explicando melhor, uma intervenção pode ver transformada a sua natureza jurídica, de obrigação de meios em obrigação de resultado, por força do modo como foi prestado o esclarecimento sobre os seus fins».[36]

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2009, *Pires da Rosa*, 544/09, considerou-se que, em cirurgia estética,

> "Se esta pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se *em absoluto* com a melhoria estética desejada (e acordada entre ambos), é seguramente uma obrigação de ***quase resultado*** porque é obrigação em que só o resultado *vale a pena.* Só o resultado *vale a pena,* quer para a autora quer para o réu.
>
> Noutro tipo de intervenções a alternativa será, para o paciente, entre o risco assumido de uma intervenção eventualmente não conseguida, e/ou a degradação de um estado de doença a que se pretende pôr termo ou atenuar, e em relação ao qual a inércia parece ser o pior dos males; aqui não há dois polos de uma mesma

[35] JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1996 p. 254.

[36] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 721.

> alternativa, porque ou se concretiza o resultado ou não valia a pena correr o risco de pôr em risco o que era um estado de ... saúde.
>
> Portanto *aqui*, em intervenções médico-cirúrgicas deste tipo, *em cirurgia estética*, a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico-devedor."

O Tribunal justificou a nomenclatura adotada de *quase resultado* argumentando que há sempre algo de imprevisível na natureza humana a introduzir sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica, por mais simples que seja.

Ora, a imprevisibilidade das reações do organismo humano constitui, precisamente, um dos argumentos dos que criticam a configuração destas obrigações como de resultado. Na verdade, ainda que o cirurgião tenha empregue toda a técnica, recursos disponíveis e perícia no caso concreto, podem advir consequências indesejadas. Cada corpo humano, na sua individualidade, pode apresentar hipersensibilidades, reações diversas imprevisíveis, não sendo a evolução dos quadros clínicos sempre igual [37]. A boa cicatrização, por exemplo, é sempre um fenómeno aleatório. Não há cirurgia sem riscos [38]. Acresce que o sucesso da cirurgia plástica depende muito dos cuidados pós-operatórios tomados pelo próprio paciente, o que escapa – em grande parte – ao controlo do médico.

---

[37] Cf. EDUARDO DANTAS, "A responsabilidade civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio", in *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, Nº 7, 2007, p. 77; MANUEL CORNET, *Responsabilidad civil del cirujano plástico*, acessível em http://acader.unc.edu.ar.

[38] Nas elucidativas palavras do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.10.1998, *Bettencourt de Faria*, CJ 1998-IV, pp. 130-131, "A medicina não é uma ciência exata, a reação de um organismo vivo não é totalmente previsível. O médico pode não obter o resultado pretendido. Isso não é censurável, se atuou segundo a normalidade da prática clínica ou cirúrgica. Não estamos perante um erro, uma vez que este pressupõe uma indevida configuração da realidade e, em Biologia, no estado atual dos conhecimentos, não há uma Realidade, há realidades. Em medicina, quando se foi cuidadoso não existem erros, mas resultados inesperados".

O paciente que se presta a este tipo de intervenções tem uma consciência (*a priori* genérica e, após cumprimento do dever de informação pelo médico, mais concretizada) dos riscos envolvidos no procedimento. Eximi-lo deste risco, assumido voluntariamente, em favor de uma responsabilidade "*objetiva"* do médico será contraproducente. No limite, poder-se-á questionar se o consentimento, a conduta e o comportamento do paciente poderão ser, mais do que atenuantes, excludentes da responsabilidade do médico [39].

III.C– Intervenções de fácil execução e de difícil execução

A jurisprudência italiana vem adotando uma classificação das intervenções médicas, cindindo-as entre as de fácil execução e as de execução difícil. Nas intervenções de fácil execução, «provada pelo paciente a não difícil execução da intervenção requerida, compete ao profissional o ónus de demonstrar que o insucesso da operação não é devido à sua própria negligência ou imperícia; enquanto no segundo caso [*intervenções de difícil execução*], uma vez provado pelo profissional que a intervenção implica problemas técnicos de particular dificuldade, é o paciente que deve demonstrar que as técnicas utilizadas não eram idóneas à execução da intervenção ou dos cuidados pós-operatórios».[40]

Esta diferenciação parece estar subjacente a alguma doutrina quando enuncia, como estando abrangidos na categoria dos atos médicos com assunção de obrigação de resultado, os casos de: vasectomia; de laqueação das trompas[41]; intervenções relativamente simples (v.g. remoção de um quisto sebáceo, apendicite), colocação de um aparelho de prótese dentária; análises sanguíneas para determinação do fator rhésus[42], de ureia, colesterol, glicémia e outros.

---

[39] Cf. EDUARDO DANTAS, *Op. Cit*., p. 76.

[40] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 716.

[41] Cf. GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo*, Marcial Pons, 2004, p. 78.

[42] C. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.11.2013, *Teresa Albuquerque*, 2428/05.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008, 08A183, o Supremo considerou que o facto de os exames laboratoriais serem uma atividade médica com alto nível de especialização exige a certeza dos resultados. Mais aí se afirmou que os exames médicos na área da bioquímica, radiologia e, sobretudo, análises clínicas seguem o regime das obrigações de resultado porquanto tais atos médicos não comportam, no atual estado da ciência, senão uma ínfima margem de risco.

ANDRÉ DIAS PEREIRA critica esta posição, afirmando que «definir *a priori* uma especialidade médica como realizando exames simples e especialidades com procedimentos complexos não pode ser aceite, porque não corresponde à realidade da medicina.»[43] Assim, no âmbito das análises laboratoriais e dos exames de anatomopatologia, nem sempre é possível garantir um resultado e em certos casos a interpretação do resultado depende da interpretação do especialista. Propugna que «só casuisticamente podemos decidir que uma determinada intervenção medida deve ser sujeita ao regime das obrigações de resultado.

Por outro lado, deve ser aqui relembrada a obrigação de informação, sendo que por essa via se poderá encontrar a resolução dos casos mais complexos» (p. 725). ■

[43] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p. 725.

A alocação dos riscos nas parcerias público-privadas (*)

Vítor Hugo Soares Dias
Advogado-Estagiário

Resumo: Este estudo propôs-se analisar o conceito, as diferentes modalidades de parcerias público-privadas e a sua função como instrumento de governação pública da economia, baseando-se na síntese entre os diferentes objectivos prosseguidos pelos sectores público e privado. Em particular, este trabalho foca-se no papel desempenhado pela alocação dos riscos na prossecução de ganhos de valor, quando comparada a abordagem PPP com a contratação pública tradicional.

Palavras-chave: parcerias público-privadas – contratação pública – concessões - "*Value for Money*" – alocação dos riscos – infra-estruturas

Abstract: This study aimed to analyze the concept, the different forms of public-private partnerships and its role as an instrument of public governance of the economy, based on the synthesis between the different objectives pursued by public and private sectors. In particular, this work focuses on the role of risk allocation in pursuit of Value for Money when compared the PPP approach with traditional procurement.

Key-words: public-private partnerships – public procurement – concessions - *Value for Money* – risk allocation - infrastructures

Capítulo I. As parcerias público-privadas, em geral

1.1. Enquadramento histórico

A génese das parcerias público-privadas (PPP) remonta ao início da década de 90, no Reino Unido, num quadro político-económico de restrições orçamentais e redução da dívida pública sob o governo conservador de John

(*) Dissertação de Mestrado. Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras; Especialidade: Parcerias Público-Privadas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, janeiro de 2014.

Major[12]. No seguimento das políticas de desregulação dos mercados e privatização do sector estatal empreendidas por Margaret Thatcher, a participação de parceiros privados na construção de infra-estruturas e prestação de serviços tradicionalmente prestados por entidades públicas era entendida, não só como uma forma de captação de financiamento privado, mas também como um modo de chamar à Administração a suposta maior eficiência inerente à gestão privada. Porém a contenção orçamental, ainda que naquele contexto condição "*sine qua non*" ao equilíbrio das contas públicas, constatando-se a incapacidade do estado britânico em aumentar a receita fiscal, não se coadunava com a necessidade crescente de investimentos públicos.

Consequentemente, é lançada pelo governo de John Major, em novembro de 1992, a "*Private Finance Initiative*" (PFI), como resposta à redução do investimento público gerada pela "*Quarta-Feira Negra*" e à queda abrupta da bolsa de Londres, associados ao abandono do Sistema Monetário Europeu. Este

---

[1] Relativamente a antecedentes históricos das parcerias público-privadas, refere PAUL LIGNIERES, "*Partenariats Public-Privés*", Litec, Paris, 2000, p. 5, que na Antiguidade Clássica Romana os sectores públicos e privados estabeleciam formas de cooperação através de regimes de concessão de infra-estruturas públicas, como portos e mercados. Refere-se NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias Público-Privadas*", Cadernos IDEFF, nº 9, Almedina, Coimbra, 2009, pp.11 e ss., ao sector da construção de estradas, no Reino Unido, e às concessões de obras públicas, em França. Remonta a 1663 a primeira "*turnpike*" no Reino Unido: tratava-se de um modelo de estradas com portagem total ou parcialmente pagas pelo utilizador, numa lógica precursora da actual figura do utilizador-pagador de infra-estruturas ou serviços. Em França, surgiram as primeiras concessões de obras públicas de pontes e canais (como veremos, bastante próximas da caracterização e abordagem PPP) no século XVII, através das quais era dada a possibilidade aos privados de assegurarem a provisão de serviços públicos durante um determinado período de tempo ("*franchise*").

[2] Até 1989, a política orçamental britânica restringia o recurso ao financiamento privado na construção de infra-estruturas como medida de controlo das contas públicas. Este entendimento surgiu da chamada "*Ryrie Rules*" de 1981. De acordo com MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*As Parcerias Público-Privadas: instrumento de uma nova governação pública",* Almedina, Coimbra, 2009, p. 125, as regras de RYRIE estabeleciam, em primeiro lugar, que os projectos financiáveis com recurso a capital privado tinham de ser testados, tendo como comparação o modelo de financiamento público tradicional, devendo a iniciativa mostrar "*Value for Money*"; em segundo lugar, os fundos privados não representavam um investimento adicional, traduzindo-se numa redução do investimento público, deduzido o montante do financiamento privado (princípio da não-adicionalidade). A este propósito, veja-se YESCOMBE, "*Public-Private Partnerships: principles of policy and finance*", Butterworth-Heinemann, Burlington, 2007, p. 33.

programa governamental permite a gestão e modernização de infra-estruturas, com recurso ao conhecimento técnico e financiamento privados, através de modalidades concessórias e alternativas de financiamento, como o "*Project Finance*" e a emissão de "*Project Bonds*" nos mercados de capitais. Desta forma, a PFI vai além da privatização dado que introduz na prática contratual da Administração não a mera venda de bens públicos, mas tanto a aquisição de prestação de serviços, como o recurso aos capitais privados. As linhas de orientação desta nova abordagem, como veremos, baseiam-se no estabelecimento de parcerias entre o sector público e os parceiros privados, que pressuponham uma eficiente alocação do risco, nomeadamente através da sua transferência para o sector privado, assegurando "*Value for Money*" na utilização dos recursos públicos.

Em 1993, é constituído o "*Private Finance Panel*": uma comissão composta por representantes dos sectores público e privado, que tinha como principais objectivos promover a participação dos agentes económicos no programa governamental PFI e identificar novas áreas de envolvimento dos parceiros privados no sector público[3].

Com a ascensão do partido trabalhista ao governo britânico, a partir de 1997, surgiu um processo de reforma e modernização da Administração Pública assente num compromisso de estabilidade orçamental e investimento público. O governo promoveu a associação de recursos dos sectores privado e público, sendo que o financiamento privado constituiria um complemento do investimento público e não um seu sucedâneo[4]. Num contexto de uma política de

[3] No referente à génese da "*private finance initiative*" e criação do *"private finance panel"*, GRAHAME ALLEN, "*The Private Finance Initiative (PFI)",* Research Paper 01/117, House of Commons Library, Londres, 2001, pp. 13-15.

[4] A este propósito, MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Temas de Direito da Economia*", Almedina, Coimbra, 2013, pp. 259 e ss. nota que a subida ao poder do "*New Labour*" de Tony Blair afirmou a PFI em novos moldes, relançando a iniciativa num contexto de uma nova agenda política. O foco da PFI, como resultado da primeira avaliação da Comissão Bates, deixa de residir no recurso ao financiamento privado para se centrar na figura da parceria entre sectores público e privado, assumindo a prossecução da satisfação das necessidades colectivas. Uma das consequências da Comissão Bates foi a criação de uma "*taskforce"* no Ministério das Finanças *("HM TREASURY"*) com o intuito de melhorar a técnica PFI. Assim, um dos primeiros documentos a ser publicados

modernização de infra-estruturas, o recurso ao modelo PFI foi incentivado e afirmou-se como alternativa inovadora à contratação pública tradicional. Mesmo atendendo à precedência do modelo de concessão, que nunca desapareceu da actividade contratual da Administração na Europa continental, relativamente à nova modalidade PFI, esta não se confunde com a anterior, na medida em que os contraentes privados disponibilizam as infra-estruturas à própria Administração que assegura a remuneração do contraente privado através de pagamentos regulares durante a vigência do contrato de parceria[5].

A prática PFI/PPP britânica tornam o Reino Unido uma referência incontornável no respeita à aplicação deste modelo alternativo de contratação noutros países. Sem prejuízo, também em França existe uma longa experiência de formas de cooperação entre sector público e sector privado, especialmente no domínio da concessão de infra-estruturas públicas. Uma das formas mais utilizadas é o "*franchise*" que, tratando-se de uma das modalidades contratuais de concessão, que se caracteriza pelo parceiro privado explorar uma infra-estrutura construída previamente pela Administração, sem o recurso a capitais privados. Assim, tradicionalmente não se considera um modelo PFI/PPP dado que não envolve a construção de qualquer equipamento, somente a sua exploração. Outra forma de contratualização entre privados e o sector público francês é o contrato de "*affermage*" que pressupõe a exploração e manutenção da infra-estrutura pelo parceiro privado, mas desta vez assumindo também o risco da procura (*demand*

---

por este comité ("*Standardisation of PFI Contracts"*) teve como objecto a definição de requisitos comuns a contratos PFI/PPP. Mais tarde, no ano 2000, no seguimento da segunda avaliação Bates, a "*Treasury Taskforce*" cedeu lugar à "*Partnerships UK*", como vínculo entre sectores privado e público. A abordagem PFI/PPP foi reformulada com a publicação do documento "*Public Private Partnerships- The Governments Aproach"*, no qual era veiculada a natureza horizontal do modelo, transversal aos diferentes sectores do Estado.

[5] Como afirma PEDRO SIZA VIEIRA, "O Código do Contratos Públicos e as parcerias público-privadas", *Estudos de Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2008, pp. 485, nem mesmo quando sob o modelo PFI a infraestrutura era disponibilizada ao público se confundia a prática PFI com a figura da concessão tradicional na medida em que a remuneração do parceiro privado era assegurada pela Administração (por exemplo, no caso das infra-estruturas rodoviárias em regime de "*shadow toll"* ou portagens virtuais, em que o ente público paga uma remuneração determinada em função do número de utentes - o caso paradigmático no universo nacional das concessões sem cobrança de portagem ao utilizador ou SCUT).

risk - como veremos, um dos tipos de risco geridos pelo contraente privado através da abordagem PFI/PPP) e o cumprimento de objectivos de performance estabelecidos pelo ente público[6]. Apesar de alguns aspectos em comum com os contratos de "*franchise*" e "*affermage*", somente em 2002 o governo francês adoptou o modelo PPP para a construção de infra-estruturas na área da saúde e estabelecimentos prisionais; após indefinição quanto à moldura jurídica a adoptar, em 2004 foi aprovada legislação para acolher o "*contrat de partenariat public-privé*s", com o objectivo de superar o atraso na implementação desta forma de contratualização em relação a outros ordenamentos, instituindo um modelo singular entre a contratação pública tradicional e a delegação de serviço público[7].

1.2. Conceito e caracterização das PPP`s.

Numa acepção ampla, "*parceria público-privada*" pode ser definida como todas as formas de colaboração entre a Administração e o sector privado que integrassem a forma de uma economia concertada[8]. Não é, no entanto, este conceito que aqui nos interessa: é antes a identificação das PPP`s como um modelo de contratualização entre o sector público e privado, em que o primeiro delega no segundo a responsabilidade de financiamento, execução, manutenção ou prestação de uma infra-estrutura ou serviço público, no quadro de um contrato duradouro.

Em termos gerais, novamente, a palavra "*parceria*" significa um esforço de colaboração entre partes de forma a atingir objectivos acordados. No entanto,

[6] E.R.YESCOMBE, "*Public Private…*", pp, 43 e ss.

[7] MARIA EDUARDA AZEVEDO, Parcerias Público-Privadas: instrumento de uma nova governação pública, Almedina,Coimbra, 2008, pp.139 e ss. refere que o *"contrat du partenariat"* configura um novo tipo de contrato ao qual o recurso depende da verificação de duas condições cumulativas: a urgência e complexidade dos projectos e a comparação entre a solução em parceria e a contratação pública tradicional em termos de ganhos de valor e alocação do risco (exigência inspirada no no comparador do sector público ou "*public sector comparator"*).

[8] EDUARDO PAZ FERREIRA/MARTA REBELO, "O novo regime das parcerias público-privadas em Portugal", in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, IDEFF, Lisboa, 2004, p. 7.

uma parceria envolvendo o sector público e o sector privado deve ser cuidadosamente estruturada dado que cada um dos intervenientes tem diferentes sistemas de valores: existe uma tensão entre o objectivo de maximização do lucro por parte dos privados e a prossecução do interesse público por parte da Administração, através de uma disponibilização de serviços e bens, derivados de uma contratualização que represente "*Value for Money*"[9][10].

A expressão "*parceria público- privada*" é originária dos Estados Unidos, nos meados do séc. XX, para englobar o financiamento privado no sector da educação, sendo que, posteriormente, na década de 60, estendeu-se o uso da expressão a outras formas de colaboração noutros serviços públicos e à constituição de "*joint ventures*", na área da renovação urbanística. É, portanto, uma ideia, ainda que com antecedentes em outras formas contratuais, relativamente recente. No Reino Unido, com a chegada do partido trabalhista ao poder, em 1997, a expressão "*public-private partnership*"[11] substituiu a antiga "*private finance initiative*", esta última com uma conotação conservadora própria do contexto histórico em que surgiu[12].

Trata-se de uma alternativa à contratação pública tradicional, em que o sector público financia a construção de infra-estruturas através da receita fiscal ou emissão de dívida pública. A Administração, neste caso, é responsável pelo "*design*" do equipamento e contrata a sua construção com um parceiro privado, remunerando-o por isso. O encargo financeiro corre totalmente por conta do

---

[9] H. ROBINSON/P. CARRILLO/C.J.ANUMBA/M. PATEL, "*Governance and Knowledge Management for Public-Private Partnerships",* Wiley Blackwell, Oxford, 2010, p. 4.

[10] Sem prejuízo de abordar mais aprofundadamente a noção, H.R.YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 349, define *value for money* como o cálculo de uma combinação de transferências de risco, custos globais do projecto e serviços prestados pela infra-estrutura, como base decisória no sentido de atingir ganhos de valor para a Administração.

[11] A Comunicação da Comissão relativa ao financiamento de projectos da Rede Europeia de Transportes, COM (97) 453, da iniciativa do Comissário NEIL KINNOCK, foi a primeira publicação a referir o termo "*parceria público-privada*", na vertente do financiamento partilhado dos projectos pelo sector público e privado.

[12] Veja-se PAUL LIGNIERES, "*Partenariat…*", pp. 2-3. Novamente, E.R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", pp. 2-3.

ente público, incluindo o risco de derrapagens nos custos e o risco de exploração, notando que o parceiro privado não assume responsabilidade pela performance a longo prazo do equipamento. Como refere ANTÓNIO FIGUEIREDO POMBEIRO, na contratação pública tradicional o sector público paga pela aquisição, produção, construção, manutenção e desenvolvimento de todos os activos e meios técnicos e/ou humanos do serviço cujo provimento lhe cabe assegurar. Nesta modalidade de contratação, as aquisições são feitas segundo especificações que incidem não apenas naquilo que se quer ver produzido, construído ou fornecido, mas igualmente no "*como* "deverá ser produzido, construído ou fornecido, na técnica a utilizar e nos materiais que deverão ser aplicados. Se, nas palavras do mesmo autor, o "*procurement*" tradicional se identifica com a simples aquisição dos bens ou serviços, sem qualquer co-responsabilidade do fornecedor, produtor ou prestador pela economia, eficiência, eficácia e impacto do empreendimento na satisfação da necessidade pública, já na contratação sob modelo PPP não se verifica o mesmo[13]. Neste caso, envolve a provisão de serviços ao sector público, pelo sector privado, com parâmetros de eficiência, qualidade, disponibilidade e níveis de serviços e utilização previamente definidos, sendo que a remuneração é variável em função do grau de realização desses parâmetros. É total a co-responsabilização do fornecedor, produtor ou gestor no sucesso do empreendimento por toda a vida do contrato: o parceiro privado responde directamente pela economia, eficiência, eficácia e impacto do projecto, partilhando o risco do empreendimento com o sector público.[14]

---

[13] EDUARDO PAZ FERREIRA, "*Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito*", Almedina, Coimbra, 2005, p. 239, insere os modelos de parcerias público-privadas experimentadas em Portugal num quadro de "fórmula intermédia", entre soluções como o "*contracting out*" ou a entrega da gestão de serviços públicos a entidades privadas (situação em que não há transferência de riscos para os privados) e a das privatizações, através das quais se transfere o risco e a própria propriedade para os privados.

[14] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, "*As PPP/PFI: as Parcerias Público-Privadas e sua auditoria*", Áreas Editora, Lisboa, 2003, pp. 44 e ss. DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, "*Public Private Partnerships and Public Procurement*", Agenda, vol. 14, nº 2, 2007, pp. 171 e ss, realçam que, mesmo no domínio da contratação pública tradicional, o envolvimento do sector privado na realização de infra-estruturas, na provisão da manutenção ou gestão dos serviços é desde sempre uma realidade. Com efeito, a Administração pode contratar a concepção e construção de uma infra-estrutura com uma entidade privada, de acordo com as respectivas

Num contrato PPP, o ente público especifica os requisitos em termos de "*outputs*", ou seja, especifica o interesse público subjacente à infra-estrutura, o que se pretende com a sua construção, em preterimento de especificar os meios com que se pode atingir esse fim. Desta forma, são alocadas ao parceiro privado, sob autonomia técnica, as tarefas de desenhar, financiar, construir e explorar a infra-estrutura, de modo a cumprir os "*outputs*" definidos pela Administração no contrato sob modalidade PPP.

Distinguem-se as parcerias público-privadas de outras formas de relacionamento económico entre os sectores públicos e privados, quer seja a privatização ou a liberalização. Segundo PAUL LIGNIERES, a privatização é a transferência parcial ou integral de acções, activos ou actividades do sector público para o sector privado e a liberalização de um sector da economia consiste na supressão de monopólios legais, através da abolição de barreira jurídicas à introdução de novos agentes económicos que promovam a concorrência. Com efeito, segundo o mesmo autor, se o Estado privatiza ou liberaliza determinado sector económico, retira-se das funções de agente, afastando a intervenção directa na economia, para operar segundo princípios de mera regulação. Como se constata, não há um pressuposto directo de parceria público-privada na privatização e na liberalização, dado que o Estado não contratualiza nenhum

especificações contratuais (sob a modelo de contratação pública tradicional essas especificações poderão ser consideradas requisitos ao nível de "*inputs*"). Porém, depois do momento de concepção e construção, o sector público assume responsabilidade pela exploração e manutenção do activo, ressalvando-se, contudo, a possibilidade de novamente recorrer ao envolvimento do sector privado através de contratos de "*outsourcing*" de tais actividades. Assinalam os autores que um dos principais elementos que diferencia o contrato PPP da contratação pública tradicional é o "*bundling*" contratual, que se traduz no facto de as diferentes actividades estarem reguladas sob um contrato único ou uma união de contratos celebrados com uma sociedade privada constituída "*ad hoc*" ("*special purpose vehicle*"). No respeitante à união de contratos, trata-se de uma teia de relações contratuais (construção, exploração, manutenção, etc.) que, a nosso ver, se reconduz à caracterização de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, "*Das Obrigações em geral*", vol. I, Almedina, Comibra, 2000, pp. 282 e ss, quando escreve " *Trata-se de dois ou mais contratos que, sem perda da sua individualidade, se acham ligados entre si por certo nexo. (…) sucede que os contratos, mantendo embora a sua individualidade, estão ligados entre si, segundo a intenção dos contraentes, por um nexo funcional que influi na respectiva disciplina.* "

modelo de cooperação através da regulação de sectores da economia[15]. Não obstante, tais operações podem ter similitudes com o modelo PFI/PPP e ter como corolário, subsequentemente, a celebração de contratos abrangidos sob o conceito amplo de parceria público-privada. Num processo de privatização a escolha do parceiro privado e o processo de transacção de activos públicos decorre de forma algo análoga à escolha de um parceiro privado num contrato de parceria. Sem prejuízo da posição de PAUL LIGNIERES (dado que distingue parceria público-privada de privatização em sentido restrito), PAZ FERREIRA, chamando à colação uma acepção ampla do conceito de privatização, enquanto fenómeno que se identifica com todas as formas de redução do universo público em benefício do privado, inclui tipos contratuais entre o sector público e o sector privado, que se configuram como sendo abrangidos pelo instituto PPP (refere o autor a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos)[16].

DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS, a propósito da distinção entre PPP e privatização, assinalam que, quando um activo público é privatizado, a entidade privada assume a provisão do serviço. Não obstante, a Administração não é

[15] A este propósito, refira-se que H.R.YESCOMBE, "*Public-Private…*",p. 16, defende que o fenómeno das parcerias público-privadas deve ser entendido num contexto de reforma do sector público britânico, conhecido como "*New Public Management*". Esta política da Administração encoraja a descentralização do governo, a separação da responsabilidade pela aquisição de serviços públicos da responsabilidade pela sua provisão, requisitos contratuais centrados no "*output*" e performance, "*contracting-out*" de serviços públicos para o sector privado e privatizações. Os pressupostos económicos subjacentes ao "*New Public Management*" remontam à década de 80 e sufragavam um Estado menor e a introdução de agentes privados no sector público, como forma de promover a eficiência dos serviços e a concorrência, o que provisionaria melhor bens e serviços a mais baixo custo e ganhos de valor para os cidadãos. Quanto ao assunto, refira-se NAZARÉ COSTA CABRAL, "*As Parcerias…*", pp. 34-37, que insere as parcerias público-privadas no enquadramento da reforma da gestão pública, corolário da afirmação do liberalismo conservador "*thatcheriano*", marcado, nas ilustrativas palavras da autora, pela "tríade privatização/liberalização/desregulamentação" da economia. O movimento concretiza uma reorganização administrativa baseada na ideia de gestão profissional da Administração, a introdução de uma cultura de performance e gestão por objectivos, a fragmentação das grandes unidades administrativas e o princípio, transversal a todos os sectores, de "*fazer mais com menos dinheiro*" – "*Value for Money*".

[16] EDUARDO PAZ FERREIRA, "*Lições de Direito da Economia*", AAFDL, Lisboa 2001, pp. 384 e ss.

indiferente à qualidade dos serviços provisionados pela entidade recém-privatizada. Ressalvando a hipótese de a entidade privatizada constituir um monopólio natural, no plano do mercado de produtos ou serviços, os privados estão sujeitos à concorrência de outros agentes económicos, bem como, no aspecto do financiamento, sujeitos aos mercados de capitais. Ainda assim, no caso da existência de um monopólio natural, a Administração pode aprovar regulação que incida sobre o sector de actividade económica em que a entidade opere, o que configura um factor de certa forma distintivo entre privatização e a modalidade PPP: o tipo de "intervenção económica" estatal no quadro das parcerias advém, primordialmente, de especificações contratuais detalhadas sobre a performance dos serviços provisionados ou requisitos de "*outputs*". Nas palavras dos autores, trata-se de uma "*regulação pelo contrato*"[17].

Relativamente à liberalização de sectores da actividade económica, a remoção de obstáculos jurídicos à entrada de novos agentes no mercado pode dar lugar a formas contratuais entre sector público e privado, sob modelo de parceria, nomeadamente contratos de concessão, em particular no sector da energia e transportes ferroviários[18].

Torna-se complexo definir em sentido estrito parceria público-privada atendendo ao grau à amplitude e abrangência do conceito. Como refere MARIA EDUARDA AZEVEDO, as PPP`s, ainda que difundidas em diversos ordenamentos, não oferecem "*um conceito jurídico único e universal, tanto no plano dos Estados, como das Organizações Internacionais, capaz de configurar esta forma peculiar de colaboração entre universos público e privado*"[19]. Na posição da mesma autora, as parcerias integram uma abordagem de direito da economia (ainda que, para

[17] DARRIN GRIMSEY, MERVIN K.LEWIS, "*Public Private Partnerships, The World Revolution in Infrastructure*

Provision and Project Finance", Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2004, p. 55.

[18] PAUL LIGNIERES, "*Partenariat…*",p. 3. Nota o autor que, pelo contrário, o sector bancário é aquele em que operações de privatização ou liberalização nunca promovem a celebração de contratos PPP.

[19] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Temas…*", p. 243.

alguma doutrina, as PPP não representem sequer objecto de direito, enveredando por um entendimento na linha do "*Private Finance Panel*" britânico, em que a PFI tinha como princípio subjacente " *make deals, not rules*"); por outro lado também não integram o ramo do direito dos negócios, visto que este tem como objecto a actividade negocial das empresas, num plano estritamente microeconómico.

As parcerias público-privadas concretizam-se em diversos tipos, logo a construção de uma definição universal e consensual aplicável ao modelo revela-se complexa. De facto, as PPP`s assumem um leque variado de modalidades contratuais e molduras jurídicas[20]. Ainda assim podemos afirmar que o modelo típico de PPP se configura num contrato entre o sector público e o sector privado (uma empresa ou um "*special purpose vehicle*"[21]), no qual a Administração se compromete a remunerar a contraparte pela provisão de uma infra-estrutura ou serviço, durante um período duradouro pré-especificado no contrato de parceria, assumindo o privado a responsabilidade do financiamento e provisão do serviço e correndo os riscos associados a essa actividade por sua conta. Um modelo alternativo, tratado por vezes como PPP, é aquele no qual o ente público concessiona determinada infra-estrutura ao parceiro privado, ficando este acometido à provisão dos serviços associados. Finalmente, podemos

[20] Sobre as modalidades e aspectos económicos dos contratos de parceria, leia-se TIMO VALILA, "How expensive are cost savings? On the economics of public-private partnerships", in *European Investment Bank Papers*, 2005, pp. 98-99. O autor refere que no limite poderia existir uma modalidade de parceria com uma base DBDFOMOT ("*design, build, finance, operate, maintain, own and transfer*"). Normalmente, porém, o privado assume a responsabilidade e risco numa base "*design,build, finance, operate*" (DBFO).

[21] Sobre a caracterização de *special purpose vehicle*, veja-se novamente H.R.YESCOMBE, "*Public…*", pp.108-109, que nos diz : " *the project company lies at the centre of all the contractual and financial relationships. Where project finance is being used, these relationships have to be contained inside a separate box, known as SPV(...) the project company as an SPV cannot carry out any other business that is not part of the project (...) it ensures that the business of the project company is not affected by problems with any other unrelated businesses*". NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*" p. 94, a propósito do "*special purpose vehicle*" na estrutura do contrato PPP, refere que no desenvolvimento da operação é comum a criação de uma sociedade instrumental, para cujo capital social contribuem as empresas promotoras do empreendimento em causa, cuja função é gerir o projecto, sendo que em caso de incumprimento, apenas poderão ser executados os capitais próprios dessa sociedade constituída de forma "*ad hoc*".

constatar casos de "*joint-ventures*"[22], caracterizados por uma relação associativa entre o parceiro público e o parceiro privado, que asseguram a provisão de serviços públicos; as denominadas parcerias institucionalizadas.

No plano comunitário, o *Livro Verde da Comissão Europeia sobre as parcerias público- privadas e o direito comunitário em matéria de concessões de contratos públicos e concessões*, de 2004, no seguimento do entendimento generalizado da doutrina, opta por colocar a enfase na caracterização do modelo de parceria, preterindo uma definição cabal e contundente que, em todo o caso, não se coadunaria com a flexibilidade e carácter fragmentado da figura. Ainda assim, avança que "é *uma expressão que em geral se refere a formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de um infra-estrutura ou prestação de serviço*"[23].

O documento reúne um conjunto de características típicas: a duração relativamente longa da relação, que se traduz numa cooperação entre o parceiro público e o parceiro privado nas diversas fases do contrato de parceria; o financiamento assegurado em parte pelo parceiro privado através de "complexas montagens financeiras" envolvendo diversos intervenientes - *project finance*[24], aos

[22] Nas palavras de H.R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 342 : " *joint-venture PPP is a PPP in which the public authority is a shareholder in the project company, along with private sector investors*".

[23] COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, COM(2004) 327, Bruxelas, 2004, pp. 3 e ss.

[24] Adiante será abordado o tema do financiamento de projectos mais detalhadamente, nomeadamente no respeitante ao risco financeiro e respectiva alocação; não deixamos, no entanto, de avançar com uma definição geral de "*project finance*": "*an arrangement in which the money or loans put up for a particular project are secured on that project, rather than forming part of the general borrowing of the company concerned. In case of default, the lender has no recourse to the other assets of the company*", no seguimento de OXFORD UNIVERSITY, "*Dictionary of Finance and Banking*", Oxford University Press, 2008. PAUL LIGNIERES, "*Partenariat…*", define "*project finance*" como um tipo de financiamento adaptado a um projecto específico e às suas características próprias, contrapondo-o ao "*corporate finance*". Mais especificamente direccionado ao contexto PPP, EDUARDO PAZ FERREIRA, "*Manual…*", pp. 8 e ss, reconduz a noção de "*project finance*" a uma modalidade de financiamento garantida pelas receitas, activos e direitos de concessão de um projecto específico, baseando-a na atractividade de um dado projecto

quais podem adicionados financiamentos públicos; a participação do parceiro privado, participa em diferentes fases do projecto (concepção, construção, exploração, financiamento), sendo que o papel predominante da Administração é a definição dos fins da infra-estrutura ou o interesse público prosseguido através da provisão do serviço, ou seja, estipula requisitos no domínio da performance e qualidade dos serviços públicos; a distribuição dos riscos entre as partes, sendo que, se na moldura contratual tradicional os riscos são suportados pelo sector público, sob o contrato de parceria os riscos são suportados pelas partes em função da sua capacidade de os avaliar, controlar e gerir[25].

Quanto ao tratamento dado pelo legislador nacional à figura das parcerias, sob a aprovação do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, surge de forma inovadora um instrumento normativo totalmente dedicado à regulação deste tipo de modalidade alternativa de contratação pública.[26] Dado que o que nos interessa neste ponto é aflorar as várias definições e caracterizações de PPP, não propriamente o regime aplicável, assinale-se que o legislador nacional adoptou uma orientação metodológica que, em última instância, responde às preocupações de diversos autores e instituições sobre os inconvenientes de uma legislação e definição legal demasiado limitadoras de uma abordagem, cuja essência se constitui de elementos flexibilizantes e maleáveis. Adopta assim uma noção ampla de PPP[27], convocando essencialmente dois elementos dignos de

(capacidade de o projecto gerar receita que garanta o pagamento e remuneração do capital investido), e não na análise de crédito da entidade privada, como sucede no "*corporate finance*".

[25] A COM (2004) 327, p. 8, tinha como objectivo "*apresentar o alcance das regras comunitárias aplicáveis à fase de selecção do parceiro privado e à fase posterior, com o objectivo de detectar eventuais incertezas e de analisar se o quadro comunitário é adequado aos imperativos e características específicas das PPP*". Note-se que a COMISSÃO EUROPEIA, já em 2000, tinha tomado uma iniciativa no âmbito do modelo PPP, no domínio dos contratos públicos (Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário - JO C 121, de 29 de abril de 2000).

[26] Tocaremos adiante, sob um prisma estritamente financeiro, o tratamento orçamental concedido ao instrumento PPP, pela Lei de Enquadramento Orçamental (Lei nº 91/2001, de 20 de agosto de 2001). Não obstante, refira-se que o artigo 16º, nº 2, deste diploma confere pela primeira vez cobertura legal à modalidade PPP.

[27] Artigo nº 2, nº 1, Decreto-Lei 86/2003. Define PPP como "*um contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à*

nota: um de ordem metodológica, novamente, no tocante à clarificação da noção pela identificação de elementos nucleares[28]; o segundo prende-se com a responsabilidade do parceiro privado, no todo ou em parte, pelo financiamento e exploração. Com a entrada em vigor do Decreto-Lei 111/2012, de 23 de Maio, o legislador, sem se afastar abruptamente do mesmo teor conceptual, torna, no entanto, a definição mais precisa, acrescentando a expressão "*mediante contrapartida*", quando se refere à remuneração do contraente privado pelo "*desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva*"; em segundo lugar, acrescentando também a expressão "*riscos associados*", quando se refere à delegação do financiamento e exploração do activo no contraente privado, ou seja, faz uma referência explícita à transferência de riscos como pressuposto contratual das PPP.

Esta linha metodológica é acompanhada por diversos autores. E. R. YESCOMBE enumera um conjunto de elementos-chave na caracterização de PPP: um contrato de longa duração entre a Administração e o parceiro privado; o "*design*", a construção, o financiamento e a exploração são assumidos pelo contraente privado; a remuneração do contraente privado advém de pagamentos regulares feitos pela Administração ou receita gerada pela utilização da infra-estrutura por utilizadores-pagadores[29]; a infra-estrutura ou permanece na propriedade do estado ou reverte para este no final da vigência do contrato de parceria.

Como assinala MARIA EDUARDA AZEVEDO, as PPP`s constituem um conceito polissémico, não existindo uma posição consensual sobre que definição do conceito adoptar. Na linha da mesma autora a busca dessa definição cabal

---

satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado".

[28]PEDRO SIZA VIEIRA, "*O Código…*", pp.505 e ss.

[29] Exemplo paradigmático da modalidade de contrato de parceria com pagamentos regulares feitos pela Administração são os contratos de "*shadow toll*" ou portagem virtual, inspirados no PFI britânico, em particular nos contratos de "*design, build, finance and operate*" (DBFO): o contraente privado concebe, constrói, financia e explora a infra-estrutura e pode ser remunerado, não unicamente pelo utilizador, mas pela própria Administração.

acarreta o perigo da generalização e prejudica o carácter dinâmico e inovador da figura, considerando que a adopção de uma noção precisa constituiria um elemento necessariamente limitador[30]. Logo, reforça a necessidade de colocar a questão da abordagem PPP em elementos-chave caracterizadores do modelo e nos objectivos que lhe subjazem.

Ainda assim, atendendo às considerações sobre a perigosidade de uma definição geral e universal, perfilha a autora a preferência por enquadrar o alcance da abordagem PPP numa perspectiva "*stricto sensu"*, em detrimento de uma perspectiva "*lato sensu"*. Se a segunda abrange todas as formas de colaboração entre empresas privadas e entidades públicas[31], a perspectiva "*stricto sensu"* defendida pela autora engloba os seguintes elementos: associação duradoura entre sector público e privado, enquanto instrumento financeiro sob a forma contratual ou institucional; provisão de bens infra-estruturais e serviços públicos; recurso à capacidade de financiamento e gestão privadas[32].

NAZARÉ COSTA CABRAL considera a construção, o financiamento e o funcionamento de uma infra-estrutura como elementos delimitativos relativamente a outros acordos entre Administração e contraentes privados que tenham como finalidade a prossecução do interesse público, integrantes ou não

---

[30] No mesmo sentido, considerando a abordagem PPP maleável, mas, desta vez, a propósito do Decreto-lei 86/2003 (definidor do regime geral PPP), EDUARDO PAZ FERREIRA, "*Ensinar…*", p. 244, refere mesmo que seria preferível até omitir legislação genérica, em prol da manutenção da flexibilidade adjacente à figura, optando-se antes pela aprovação de diplomas legais específicos para cada operação.

[31] Como aponta NAZARÉ COSTA CABRAL, "*As Parcerias…",* p. 15, sendo uma parceria entre uma parte pública e privada, e salvaguardando que o parceiro privado pode assumir diversas formas societárias, como abordaremos adiante, a parte pública pode ser o Estado (Administração Central), podem ser outras entidade públicas de população e território (regiões, autarquias, etc.) e podem ser pessoas jurídicas autónomas integradas no Estado ou Administração Regional ou Local (institutos públicos e empresas públicas).

[32] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias Público-Privadas: instrumento…*", pp. 330-331. Note-se que, como veremos, no seguimento do *Livro Verde da Comissão Europeia* (COM (2004) 327), a autora distingue parceria enquanto instrumento financeiro sob forma contratual e sob forma institucional, respectivamente, parcerias tendo como base relações contratuais e parcerias tendo como base relações associativas - noutras expressões "*joint venture*s" ou sociedades de capitais mistos.

dos conceitos de contratos públicos, contratos económicos[33] ou formas de subcontratação ou "*outsourcing*".

ANTÓNIO FIGUEIREDO POMBEIRO entende por parceria público-privada uma qualquer forma estável e de longo prazo de associação empresarial ("*joint-ventures*") ou relação contratual entre pelo menos uma entidade pública e outra privada, com a finalidade de provisionar necessidades públicas que devam ser asseguradas pela Administração Pública e por ela suportadas total ou parcialmente. Assinala ainda que existe uma dualidade entre a prossecução do lucro, por parte da entidade privada, e a prossecução de ganhos de "*Value for Money*" relativamente ao comparador do sector público ou "*public sector comparator*", por parte da entidade pública. Outro elemento apontado pelo autor é o facto de os riscos e as funções de gestão serem partilhados, contra pagamentos, por dotações orçamentais públicas (variáveis em função do grau de realização dos objectivos, dos requisitos de disponibilidade, níveis de serviço oferecido e utilizados, contratualmente definidos pela entidade pública); e/ou contra a cobrança de tarifas aos utentes; e/ou contra a exploração acessória de activos ou mercados de domínio público em ordem à redução de encargos para os utentes ou para a Administração[34].

SANTOS/GONÇALVES/MARQUES associam PPP a uma relação, por um prazo determinado, entre duas ou mais organizações – uma ou mais de natureza pública e uma ou mais de natureza privada ou social – com o objectivo de alcançar objectivos negociais específicos, através da maximização da eficácia dos recursos de ambas as partes[35].

---

[33] Sobre o contrato económico, leia-se LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, "*Direito Económico*", Almedina, Coimbra, 2012, pp. 621 e ss. Refere o autor que o contrato económico, como conceito que traduz a contratualização das relações entre a Administração e os particulares no domínio da intervenção administrativa na economia, é uma figura derivada do compromisso entre um Estado intervencionista que satisfaz as exigências, nas palavras do autor, "desenvolvimentistas" do texto constitucional e uma ordem económica liberal assente no reconhecimento da livre iniciativa privada.

[34] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, "*As PPP/PFI…*" pp. 50 e 51.

[35] ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, "*Direito Económico*", Almedina, Coimbra, 2006, p. 195.

DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS caracterizam parceria público-privada como uma forma de cooperação entre sectores privado e público, baseada na partilha de riscos, no quadro de um projecto de construção de infra-estruturas e provisão de serviços, com uma finalidade previamente acordada. Os autores apontam o emprego de recursos financeiros e conhecimentos técnicos do sector privado na prossecução de projectos tipicamente alocados ao sector público como uma das marcas essenciais do modelo PPP[36].

No plano institucional, o BANCO MUNDIAL adopta uma definição abrangente de parceria, pela via da caracterização da modalidade: um acordo entre a Administração e uma entidade privada, sob o qual a entidade privada se compromete a disponibilizar um activo, um serviço ou ambos, sendo remunerada por tal pela Administração[37].

Na mesma linha, o MINISTÉRIO DA FINANÇAS BRITÂNICO ("*HM TREASURY*"), define parceria público-privada como um acordo que conjuga o sector público e o sector privado numa parceria de longa duração, com vista à prossecução de benefícios mútuos[38].

A ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO indica que ao conceito de parceria público-privado corresponde um acordo entre o sector público e um ou mais privados, nos quais se podem incluir, além do "*special purpose vehicle*", as instituições financiadoras do projecto, através do qual o sector privado provisiona um serviço público, de tal forma que as finalidades da Administração e o objectivo de maximização do lucro do sector

[36] DARRIN GRIMSEY, MERVIN K. LEWIS, "*Public-Private Partnerships: The Worldwide…*",pp. 59 e ss.

[37] THE WORLD BANK, "*Public-Private Partnerships Unit*", Washington, 2007, p. 13. Justifica o Banco Mundial a adopção de uma definição tão geral, tanto pela necessidade de flexibilidade e adaptabilidade do modelo PPP às diferentes estratégias de "*public procurement"* de cada país, como por um imperativo de coerência com os diferentes ordenamentos jurídicos, no domínio da contratação pública.

[38] *HM TREASURY*, "*Public Private Partnerships: The Government`s Approach*", Londres, 2000, p.10.

privado encontrem um alinhamento alicerçado numa eficiente alocação dos riscos entre os contraentes[39].

ROBINSON/CARRILLO/ANUMBA/PATEL apontam ainda como característica das parcerias o elemento concorrencial no procedimento de escolha do contraente privado[40]. No entendimento de PAUL LIGNIERES, o elemento concorrencial nesta fase pré-contratual, no plano da utilização óptima dos recursos públicos, assegura mesmo a melhor utilização possível dos recursos financeiros e infra-estruturais do Estado: os bens e serviços contratados com o parceiro privado são escolhidos entre os projectos que demonstrem uma melhor relação qualidade-preço; o procedimento concorrencial garante também que os bens e serviços contratados ou os activos públicos são geridos pelo parceiro privado com melhor performance. Relativamente à aplicação do direito da concorrência entre sujeitos privados e Administração, o elemento concorrencial garante as mesmas oportunidades comerciais aos parceiros privados proponentes, traduzindo-se na proibição de favorecer certas empresas em detrimento de outras, nomeadamente por motivações políticas que se sobreponham a critérios estritamente económicos. A concretização do Mercado Único[41] implica a abertura do mercado de contratação pública às empresas europeias, independentemente do estado-membro de origem de cada uma delas. Com efeito, entraves à contratação de infra-estruturas de bens e serviços com empresas de outros estados-membros são fundados, frequentemente, em considerações de ordem política. Por último, no seguimento de um

[39]ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, "*Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*", 2008, p.17.

[40]HERBERT ROBINSON, PATRICIA CARRILLO, CHIMAY J. ANUMBA, MANJU PATEL, "*Governance…*", p. 5.

[41] *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* (COM (2004) 327). Importa e este propósito introduzir, sem prejuízo de voltar ao assunto adiante, a distinção comunitária entre PPP de modelo concessivo e PPP de modelo PFI: refere a COMISSÃO EUROPEIA, apontado para o conceito de concessão, que as primeiras se caracterizam pela "*relação directa entre o parceiro privado e o utente final" e pelo modo de remuneração do co-contratante, que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço*", sendo que, no modelo PFI, a remuneração é assegurada pela Administração como compra de serviços ao parceiro privado.

entendimento largamente difundido, PAUL LIGNIERES escreve que, em matéria de contratação pública, procedimentos concorrenciais afastam o clientelismo estatal, promovendo a transparência no emprego dos dinheiros públicos[42].

Outra característica das parcerias, desta vez apontada por ARMIN RIESS, é o mecanismo de incentivos, como aspecto económico da modalidade contratual, recompensado e penalizando em termos remuneratórios, respectivamente, a boa e a má performance do contraente privado na concretização das várias fases do projecto. Afirma-se que as PPP`s são uma figura contratual "*performance based*" [43].

Um último elemento distintivo das parcerias é a figura do *"bundling"*. Como sublinha MARIA EDUARDA AZEVEDO, a contratação global consiste num "*bundling"*, uma associação da responsabilidade das diversas actividades inerentes às várias fases do projecto (quer seja concepção, construção, financiamento, exploração e gestão, conforme a modalidade contratual em causa) no parceiro privado, através de um único contrato ou de uma união de contratos (*vd. nota 14*)[44]. Considerando aspectos económicos, a contratação das várias tarefas com a mesma entidade privada, geralmente um "*special purpose vehicle"* criado especificamente para o projecto, gera ganhos de eficiência porque, como apontam DARRIN GRIMSEY/MERVIN K. LEWIS, a estrutura de incentivos montada num contrato PPP está ligada ao "*bundling"* contratual das actividades: se a mesma entidade é responsável pela construção e a provisão de serviços, sendo unicamente remunerada com base em critérios de performance, é determinante para a entidade privada, na prossecução da maximização do lucro, construir a infra-estrutura sem erros e ao mais baixo custo, sem prejudicar a qualidade dos serviços prestados[45].

---

[42] PAUL LIGNIERES, "*Partenariat…*", Paris, 2000, pp. 159 e ss.

[43] Sobre o tema, ARMIN RIESS, "Is the PPP Model applicable across sectors?", *European Investment Bank Papers*, vol. 2, 2005, pp. 11 e ss.

[44] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias Público-Privadas: instrumento…*" p. 202.

[45] DARRIN GRIMSEY, MERVIN K.LEWIS, "*Public-Private Partnerships: The Worldwide…*",pp. 129 e ss. No domínio da contratação pública tradicional, pelo contrário, o método é de *"unbundling"*: os contratos são celebrados com diferentes sujeitos, consoante as actividades e fases

Novamente, deparamo-nos com o elencar de pontos comuns, transversais aos vários tipos de contrato que a abordagem abrange. Contudo, independentemente das várias definições ou caracterizações, e dado se constatar que a figura da parceria não se reconduz a nenhuma figura contratual típica, podemos afirmar que a especificidade que constitui o núcleo de uma parceria público-privada, pese embora algo vaga e pouca distintiva de outras figuras contratuais, é a repartição de tarefas e riscos entre as partes, de modo a que se alcancem ganhos de eficiência, eficácia e economia na provisão do serviço público, com base num compromisso entre a maximização do lucro, por parte do parceiro privado, e a necessidade de regulação, por parte da Administração, assegurando-se "*Value for Money*" [46] na utilização dos recursos públicos.

1.3 Modalidades de PPP`s. Os diferentes tipos contratuais.

Como já avançamos anteriormente, as parcerias público-privadas podem assumir diversas modalidades ou tipos contratuais. Não obstante configurarem um compromisso de longa duração entre um parceiro privado e o sector público, tendo como finalidade acordada a concepção, construção, gestão e funcionamento de uma infra-estrutura e/ou a provisão de um bem e serviço

---

do projecto em causa. Sem querer alinhar pela trivialidade, os autores comparam o método de *"unbundling"* contratual a alguém que, querendo construir uma casa, contrata separadamente as diversas tarefas, desde a canalização à carpintaria, assinalando que tal método acarreta custos de transacção elevados (note-se, contudo, que os elevados custos de transacção são comuns à contratualização PPP, dada a complexidade das molduras contratuais e do procedimento PPP em geral). Sobre o tema, TIMO VALILA, "*How expensive…*" pp 104 e ss.

[46]Como trataremos adiante, aqui como nota introdutória, a transferência de riscos para o sector privado está intrinsecamente ligada à prossecução de "*Value for Money*". Pelo menos na teoria, tendo em conta a actual crise da dívida soberana, o custo de financiamento do contraente privado é mais elevado do que o custo de financiamento da emissão de dívida do Estado, dado que o risco de incumprimento ou "*default*" do Estado, à partida, seria menor do que o risco de incumprimento do ente privado envolvido num projecto de parceria. Logo, um dos argumentos a favor da prática PPP, considerando que o custo de financiamento não é um deles, passa por defender que ganhos de valor serão alcançados com a eficiente alocação do risco na parte que melhor o consiga gerir, através da qual, não só o custo global do projecto diminuirá, como também a provisão do serviço público será melhorada.

público, as PPP manifestam-se numa diversidade de formas contratuais e legais[47], ainda que sempre tendo em vista o instituto do "*Value for Money*", através de uma eficiente alocação dos riscos, consoante a capacidade de cada uma das partes para os controlar e mitigar.

O parceiro privado substitui a Administração na provisão e intervenção directa nos serviços, de modo a que o ente público assuma outras tarefas, nomeadamente no plano da monitorização do desempenho e planeamento estratégico.

Assim, tendo em conta que as parcerias são implementadas através de diferentes modelos, recorre-se a diversos sistemas de classificação de forma a categorizar os projectos PPP: sistemas de classificação baseados no investimento,

[47] Sobre a experiência em Portugal, em particular no sector das estradas, CARLOS OLIVEIRA CRUZ, RUI CUNHA MARQUES, "*O Estado e as Parcerias Público-Privadas*", Edições Sílabo, 2012, pp. 81 e ss, apontam que adopção de PPP's neste sector, por parte do Estado Português, englobou modelos e estruturas contratuais bastantes distintos. No seguimento dos autores, as primeiras concessões desenvolvidas em Portugal, numa altura em que a rede viária era escassa, decorreram ao abrigo de modelos de concessão tradicionais com portagens reais (a procura, consubstanciada na receita das portagens, assegurava o retorno necessário para remunerar os investidores). Com o desenvolvimento da rede de auto-estradas e com as SCUT, tornou-se necessário o co-financiamento do Estado, sendo que, no caso das SCUT, os pagamentos do Estado são efectivamente a única receita. Numa perspectiva de captação de tráfego, as últimas concessões correspondem aos troços menos interessantes dado que a rede viária já oferece outras alternativas a quem circula: neste contexto, os concessionários e, sobretudo, os bancos que integram os consórcios, exigem garantias de níveis mínimos de receita, que se traduz, por um lado, no pagamento pela disponibilidade da infra-estrutura ou na garantia de um pagamento mínimo (banda inferior de tráfego) e, em segundo lugar, pelas cláusulas de reequilíbrio económico-financeiro. Trata-se de questões atinentes à estrutura contratual da partilha de risco, nomeadamente, o risco da procura do serviço ou infra-estrutura. Apontem-se alguns casos em particular: a concessão Costa de Prata (em 2000, o Estado atribuiu uma concessão rodoviária, no entanto, em momento posterior à assinatura do contrato, foi incapaz de assumir os seus compromissos relativamente à obtenção das licenças ambientais necessárias, o que resultou num acordo de reequilíbrio económico-financeiro através do pagamento ao concessionário de 42 milhões de euros); a Concessão Norte (no contrato de concessão foram estipuladas duas fontes de receita, as portagens e pagamentos do Estado, uma vez que as receitas das portagens "*per si*" não permitiam o equilíbrio económico-financeiro da concessão; em 2010 alterou-se o modelo contratual, passando o Estado a assumir as receitas das portagens e efectuando os pagamentos ao parceiro privado em função da disponibilidade); a renegociação das SCUT (o Estado promoveu a alteração do modelo das SCUT, passando de portagens virtuais para portagens reais, no caso das concessões Costa de Prata, Beiras Litoral e Alta, Norte Litoral e Grande Porto).

na estrutura de remuneração-risco, no tipo de "*inputs*" ou no tipo de actividades inerentes ao projecto em apreço. Com efeito, deparamo-nos com níveis variáveis de envolvimento do contraente privado no projecto ou diferentes molduras de alocação de riscos, de acordo com o tipo de PPP a que a Administração recorra[48].

Importa listar os principais intervenientes num contrato PPP, dado que, ainda que existam diferentes tipos contratuais sob o conceito amplo de PPP, a enumeração que se segue pode ser considerada comum à generalidade dos contratos em causa. No seguimento de ANTÓNIO POMBEIRO, constatamos como intervenientes: o parceiro público/concedente/adjudicante, o parceiro privado/concessionário/adjudicatário/ "*special purpose vehicle*" (SPV), os financiadores, o construtor contratante, o provedor do serviço, os accionistas ou sócios da SPV ou consórcio, os técnicos exteriores e os consultores.

O parceiro público é a entidade pública com competência legal para assinar o acordo de projecto ou contrato PPP "*stricto sensu*". O parceiro privado, em contratos de maior valor e risco que obrigam à articulação de diferentes entidades para compor os meios financeiros, materiais técnicos e humanos em ordem à execução do contrato, é um SPV ou consórcio (trata-se de uma sociedade anónima, ou de responsabilidade limitada, especialmente constituída para o efeito, que agrega como sócios ou accionistas todas as entidades chave para a execução do projecto – o provedor principal do serviço, o construtor/produtor dos activos, por vezes o próprio parceiro público, os detentores de marcas, patentes ou direitos de propriedade intelectual e outros intervenientes decisivos. A vantagem desta sociedade instrumental reside no facto de confinar a responsabilidade financeira dos principais intervenientes, permitindo, não obstante um acesso directo à forma como o projecto está sendo gerido e ao fluxo financeiro. Quando o parceiro privado não é um SPV, o contratante é, normalmente, o principal provedor do serviço ou um dos principais empreiteiros para a construção/produção. Os financiadores do

[48] HERBERT ROBINSON, PATRICIA CARRILLO, CHIMAY J.ANUMBA, MANJU PATEL, "*Governance…*", pp. 6 e ss.

projecto concedem empréstimos ao SPV, cuja proporção de financiamento oscila entre os 80% e os 95%. Ainda que a alavancagem financeira seja elevada, se os riscos do projecto forem bem avaliados e tratados, este poderá se atractivo para os financiadores, visto que os proveitos e a sua cobrança são certos e garantidos por um longo período (ANTÓNIO POMBEIRO entende que o risco inerente à volatilidade da procura é quase nulo, entendimento que, com o devido respeito, não perfilhamos – *vd. cap. II, no referente aos tipos de risco*). O construtor contraente é a entidade com que o parceiro privado contrata a empreitada de construção/produção dos activos necessários ao provimento do serviço, usualmente em regime de empreitada (o SPV procurará passar para o construtor contraente todas as obrigações que assumiu na sua relação contratual com o parceiro público, relativas à concepção/construção dos activos – assinale-se que o construtor contraente não tem uma relação contratual directa com o provedor do serviço nem figura como parte do contrato PPP/PFI "*stricto sensu*", sendo que a articulação entre estas duas entidades é feita pelo SPV, visto que é parte em ambos os contratos). O provedor do serviço é a entidade que aprovisiona, produz, distribui e entrega a maior parte do serviço no âmbito do projecto, seja directamente ao parceiro público, seja como subcontraente do SPV ou de outro contraente[49].

Retomando o tema das diferentes tipologias PPP em específico, H. R. YESCOMBE assinala que as PPP`s podem ser classificadas pela natureza jurídica da participação do contraente privado no projecto[50], pelo tipo de actividade ou serviço público e estrutura de transferência de riscos inerente ao projecto. Indica, contudo, que a forma mais útil de classificar uma PPP será através do critério do tipo de actividade e estrutura de transferência de riscos, que se subdivide em duas categorias: a primeira baseada no tipo de exploração da infra-estrutura ou "*usage-based"* e a segunda baseada no tipo de disponibilização da

[49] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, As "*PPP/PFI…*",pp. 157 e ss.

[50] Expressões como BOT (*build*, *operate*, *transfer)*, DBFO ("*design*, *build*, *finance*, *operate"*) e BTO ("*build, transfer*, operate") reflectem, nomeadamente, a fase em que a propriedade da infra-estrutura é transferida para o sector público ou o tipo de incumbências a que o parceiro privado está vinculado no projecto.

infra-estrutura ou "*availability-based*". Por seu turno, o critério de disponibilização da infra-estrutura divide-se em 3 subcategorias: as categorias das parcerias de alojamento ("*acommodation*"), equipamentos e sistemas ou redes ("*equipment, systems or networks*")[51].

Quanto à perspectiva governamental britânica, o *HM TREASURY*[52] identifica três tipos principais de parceria: parcerias financeiramente auto-sustentadas ("*financially free-standing PPP*"), parcerias institucionalizadas ("*joint ventures PPP*") e parcerias de provisão de serviços ("*service provision PPP*").

Neste sentido, as parcerias financeiramente auto-sustentadas abrangem as parcerias em que o contraente privado aufere a remuneração através de taxas cobradas aos utilizadores da infra-estrutura[53] ou serviço, recuperando o

[51] Sobre o tema, E. R.YESCOMBE, "*Public…*", pp. 15 e ss. Quanto ao critério baseado na exploração ou "*usage-based*", a PPP sob modelo concessivo (uma auto-estrada com cobrança de portagens directamente ao utilizador, por exemplo) é entendida como o caso paradigmático de uma PPP em que o risco de utilização é transferido para o parceiro privado. Mesmo sob modelo PFI (auto-estrada com "*shadow tolls*"), o risco de exploração é igualmente transferido para o privado: ainda que os pagamentos sejam feitos pela Administração, sê-lo-ão de acordo com o tráfego utilizador da rodovia. Relativamente às subcategorias baseadas no critério da disponibilização da infraestrutura ou "*availability-based*", o autor aponta que quanto às parcerias de alojamento estas enquadram-se sobretudo em infra-estruturas sociais, como escolas ou hospitais, sendo que os pagamentos são efectuados pela Administração tendo por base a efectiva disponibilização da infra-estrutura. Quanto às subcategorias das parcerias de equipamento e redes sob modelo PFI, o exemplo dos projectos rodoviários DBFO é o mais comum: desta feita, os pagamentos são efectuados pelo ente público, não consoante o tráfego, mas consoante critérios adjacentes à disponibilização da infra-estrutura, nomeadamente calculando para o efeito, entre outros factores, o número de quilómetros de rodovia encerrados à circulação ou a velocidade a média a que o tráfego flui.

[52] HM Treasury, "*Accounting for PPP Arrangements Including PFI Contracts*", Financial Reporting Advisory Board, Londres, 2007.

[53] A propósito do conceito de infra-estrutura, leia-se NAZARÉ COSTA CABRAL, "*As Parcerias…*", p. 17. Define a autora infra-estrutura como o activo, instalação ou equipamento considerados necessários ao funcionamento da sociedade, assinalando que não constituem um fim em si mesmo, antes um instrumento de suporte à actividade económica e social de um país ou região. Distinguem-se infra-estruturas sociais e económicas, as primeiras assegurando serviços básicos para as famílias, as segundas garantindo serviços intermediários no apoio à actividade industrial e comercial. Por sua vez, na linha de vários autores, cada uma destas categorias subdivide-se em duas outras: infra-estruturas *hard* e *soft*. Infra-estruturas económicas hard são, exemplificativamente, as estradas, portos ou as vias férreas; as infra-estruturas económicas *soft* compreendem a formação profissional ou as instituições financeiras. Já são exemplos de infra-

investimento de capital envolvido na concepção e construção do activo, bem como os custos de exploração e manutenção adjacentes à utilização da infra-estrutura. As parcerias institucionalizadas implicam a cooperação entre sectores público e privado numa entidade distinta, prosseguindo, igualmente, a construção de uma infra-estrutura ou a provisão de um serviço. Configura-se a parceria através de uma entidade autónoma, normalmente uma sociedade de capitais mistos, constituída por activos do sector público e privado[54]. As parcerias de provisão de serviços pressupõem um acordo em que os serviços são provisionados pelo parceiro privado à Administração, tipicamente sob a forma de projecto DBFO ("*design, build, finance and operate*"), pode-se dizer que o sector público adquire um conjunto de serviços ao sector privado. Note-se que, principalmente no Reino Unido, é o modelo DBFO que subjaz a grande parte dos projectos PFI. Com efeito, a Administração incumbe o contraente privado da concepção, construção, exploração e financiamento dos activos, usualmente por um período variável de 20 a 30 anos[55]. O processo envolve a construção da infra-estrutura, sem prejuízo de a finalidade ser a "*venda*" de serviços ao sector

---

estruturas sociais *hard* as escolas e hospitais, sendo que como infra-estruturas socias *soft* podemos considerar a segurança social ou os serviços comunitários. Salvaguardam, no entanto, DARRIM GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS, "*Public…*", p. 21, que tais categorizações não podem ser entendidas como totalmente estanques, dado que diversas formas de infra-estruturas socias podem ter tanto influência na produtividade industrial como infra-estruturas de cariz estritamente económico (pense-se no caso de infra-estruturas socias que aumentem a moral, a motivação ou mesmo a condição física da força trabalhadora numa fábrica), podendo também suceder o contrário (as infra-estruturas económicas, mesmo que não construídas com esse propósito directo, podem ter um impacto na qualidade de vida das pessoas).

[54]Sobre parcerias institucionalizadas, veja-se AKINTOLA AKINTOYE, MATHIAS BECK, CLIFF HARDCASTLE, "*Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities*", Blackwell, Oxford, 2003, pps 10 e ss. Afirmam os autores que Administração e o parceiro privado assumem a co-responsabilidade e a compropriedade tanto do activo, como da provisão dos serviços: os entes público e privado constituem uma nova empresa ou assumem a compropriedade de uma empresa já existente (por exemplo, o sector público pode vender posições sociais ao parceiro privado). Segundo os autores, sob uma *"joint venture"*, a Administração age como regulador e accionista, dividindo os lucros da empresa com o accionista privado, mas, frequentemente, delegando-lhe a competência de gerir os activos.

[55] Uma das características dos contratos DBFO (e, como vimos, do conceito de parceira em geral) é a longa duração, de forma a permitir ao parceiro privado a amortização financeira do investimento de capital inicial.

público, sendo o privado remunerado de acordo com princípios pré-definidos atinentes à performance e nível dos serviços provisionados.

Em sede de direito comunitário, o *Livro Verde da Comissão Europeia sobre parcerias*[56], na mesma linha metodológica de grande parte dos autores e instituições[57], distingue entre PPP de tipo puramente contratual e PPP de tipo institucionalizado.

---

[56] *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* (COM (2004) 327). Note-se que o fenómeno da internacionalização dos mercados de contratos públicos não se restringe ao espaço da União Europeia: o Acordo sobre Contratos Públicos ("*Agreement on Public Procurement*"), concluído durante o Ciclo Negocial de Tóquio, em 1979, no quadro da ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO, estendeu princípios básicos do sistema GATT ("*General Agreement on Trade and Tarifs*"), como o princípio da não discriminação e o princípio da transparência, aos mercados de contratação pública internacional. O Acordo sobre Contratos Públicos foi renegociado duas vezes, mais recentemente no Ciclo Negocial do Uruguai, em que se estabelece no seu art. III, nº 1, al. a) e b), respectivamente, o princípio da obrigação do tratamento nacional ("…*cada parte concederá imediata e incondicionalmente aos produtos, serviços e fornecedores de outras Partes que ofereçam produtos ou serviços das Partes um tratamento não menos favorável do que o concedido aos produtos, serviços e fornecedores nacionais."*) e o princípio do tratamento da nação mais favorecida ("…*cada parte concederá imediata e incondicionalmente aos produtos, serviços e fornecedores de outras Partes que ofereçam produtos ou serviços das Partes um tratamento não menos favorável do que o concedido aos produtos, serviços e fornecedores de qualquer outra parte.")*. Sobre o assunto, *vd*. BERNARD M. HOEKMAN, MICHEL M. KOSTECKI, "*The Political Economy of the World Trading Organization",* Oxford University Press, 2001, pp. 369 e ss. Relativamente aos contratos de concessões de obras públicas, refere PEDRO INFANTE MOTA, "*O Sistema GATT/OMC*", Almedina, Coimbra, 2005, p. 222 que por resolver continua a questão da inclusão, ou não, no âmbito de aplicação do Acordo sobre Contratos Públicos dos "*contratos em que a remuneração das entidades que prestam o serviço ou fornecem produtos resulta dos seus próprios utilizadores (por exemplo, um contrato de construção e manutenção de uma estrada em troca do direito de cobrar portagens)* ": os Estados Unidos entendem que os contratos dessa natureza se encontram abrangidos pelo Acordo sobre Contratos Públicos, em sentido contrário, não os entendendo como abrangidos, pronuncia-se a União Europeia.

[57] A este propósito, ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, "*Direito…"*, 198, resumem a concretização das PPP`s a três formatos jurídicos (se os dois primeiros são assinalados por grande parte dos autores, o terceiro formato jurídico é mais discutível): o formato institucional (que se traduz na criação de uma sociedade ou de uma empresa municipal com capital privado ou na criação de uma associação, com pessoas colectivas públicas e privadas ou sociais como sócias); o formato contratual (normalmente um contrato administrativo); e o formato de concertação. Referindo-se a este último, escrevem os autores que se trata de um formato jurídico menos vinculativo, que suscita questões jurídicas como a de saber se um protocolo é um contrato; aproximam esta categoria de PPP a acordos de concertação, traduzindo-se numa intenção, nem sempre formalizada, de

Define o *Livro Verde da Comissão Europeia* PPP de tipo puramente contratual como uma "*parceria entre os sectores público e privado que assenta em relações exclusivamente convencionais*". Uma PPP de tipo institucional "implica a cooperação entre os sectores público e privado numa entidade distinta"[58].

As parcerias de tipo contratual, na perspectiva do direito comunitário, dividem-se em duas categorias: as PPP sob modelo de concessão e as PPP sob modelo PFI[59].

A categoria das PPP sob modelo de concessão abrange as parcerias com uma base contratual correspondente às clássicas concessões da Europa continental, nas quais se constata uma relação directa entre o parceiro privado e o utente final. Nas palavras do *Livro Verde da Comissão Europeia*, "*o parceiro privado presta um serviço ao público em vez do parceiro público, mas sob controlo deste*". O modo de remuneração do contraente privado é característica nuclear deste tipo de PPP, dado que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço, sob o princípio do utilizador-pagador. Comparando com a perspectiva das diferentes categorias de PPP veiculada pela *HM TREASURY*, a que fizemos alusão anteriormente, corresponde às parcerias financeiramente auto-sustentáveis ("*financially free-standing PPP*"), uma vez considerada a forma de remuneração do ente privado, ainda que, residualmente, a cobrança de taxas aos utilizadores finais possa ser acompanhada de subvenções por parte do sector público[60].

---

desenvolver um projecto comum, que pode vir a transformar-se num contrato ou numa sociedade.

[58] Convém ressalvar que abordaremos as parcerias de tipo institucional marginalmente. A análise que nos propomos fazer terá por objecto, essencialmente, as parcerias de tipo contratual.

[59] Pese embora os termos PPP e PFI aparecerem associados pela sigla PPP-PFI, estes não significam a mesma realidade: a PFI é apenas uma das formas através das quais as PPP se podem concretizar, aliás, como se constata pela categorização formulada pelo Livro Verde da Comissão Europeia, no qual apenas uma das sub-categorias das parcerias sob forma contratual se reconduz ao modelo PFI.

[60] Segundo H. R. YESCOMBE, "*Public…*", p. 5, a incumbência principal do sector público neste tipo de contratos PPP sob modelo de concessão clássica é estabelecer uma moldura jurídica (através da aprovação de uma lei geral aplicável às concessões ou uma lei específica aplicável ao contrato de concessão em causa), à qual o parceiro privado ou concessionário estará vinculado e

Trata-se de um tipo de contrato aplicado primordialmente à construção de grandes obras públicas, sendo que é através da cobrança de portagens que o concessionário se remunera. Sem prejuízo de voltar ao tema adiante, nomeadamente abordando o regime jurídico nacional das concessões clássicas e concessões sob modelo PFI, note-se que, em sede de terminologia comunitária, uma concessão, pressupondo o envolvimento do parceiro privado na construção de uma infra-estrutura, corresponde a "*works concession*" ou concessão de obras públicas. Por seu turno, ao "*franchise*", caracterizado como o acordo sob o qual o contraente privado ("*franchisee*") explora uma infra-estrutura pública previamente construída, ou seja, não envolvendo a fase da construção, corresponde a expressão "*service concession*" ou concessão de serviços públicos.

A categoria das PPP sob modelo PFI abrange as parcerias em que o parceiro privado é incumbido da construção e gestão de infra-estruturas para a administração pública, remunerando-se o contraente privado, não pela cobrança de taxas aos utentes da infra-estrutura ou do serviço, mas por pagamentos regulares efectuados pela Administração. Refere o Livro Verde da Comissão Europeia que os pagamentos podem ser fixos, mas podem igualmente ser "calculados de maneiras variáveis, em função da disponibilidade da infra-estrutura ou dos serviços associados, ou mesmo da frequência de utilização da infra-estrutura".

Impõe-se aludir ao significado e àquilo em que se consubstanciam os critérios de cálculo da remuneração do parceiro privado[61], ou seja, a "disponibilidade da infra-estrutura ou dos serviços associados" e a "frequência de utilização da infra-estrutura".

---

regular a celebração do contrato de concessão (através da especificação de requisitos no domínio da construção da infraestrutura e provisão do serviço).

[61] Uma estrutura sólida do mecanismo de determinação da remuneração num contrato de parceria justifica-se de forma a estabelecer uma efectiva alocação de riscos entre parceiros público e privado e como sistema de incentivos com vista a adequar a performance do contraente privado aos *outputs* pré-definidos no contrato.

No que diz respeito ao critério da disponibilidade[62] ("*availability*"), refira-se que existem projectos em que, pela natureza do tipo de serviços provisionados, o risco de exploração, associado à utilização da infra-estrutura, não pode ser alocado ao parceiro privado (veja-se o caso de infraestruturas sociais, como escolas ou hospitais). Consequentemente, o contraente privado é remunerado, não pela frequência de utilização, mas pela disponibilização da infra-estrutura à Administração durante a vigência do contrato PFI.

Relativamente ao critério da frequência de utilização da infra-estrutura (*"usage*"), este é aferido em função da procura do serviço ou do bem. O exemplo paradigmático é o mecanismo de pagamentos efectuados pela Administração ao parceiro privado nos projectos rodoviários, sob contrato PFI. Ainda que não se aplique o princípio do utilizador-pagador, atinente às concessões clássicas, o contraente privado é remunerado pela Administração com base no volume de tráfego que utiliza a rodovia. Assume, assim, o risco de exploração sob a forma de risco de tráfego ou de frequência da infra-estrutura, independentemente dos pagamentos serem efectuados pela Administração em substituição dos utilizadores finais. A propósito da conexão entre o risco de exploração e o mecanismo de pagamentos subjacente ao contrato sob modalidade de parceria, assinala PEDRO SIZA VIEIRA que um dos "*elementos decisivos na caracterização de uma parceria é a circunstância de os mecanismos de determinação da remuneração serem associados ao risco de exploração, seja em função da intensidade de utilização da infraestrutura ou serviço, seja em função da qualidade dos serviços*"[63].

---

[62] Entende-se que há disponibilidade da infra-estrutura quando esta tem a capacidade de provisionar o serviço estipulado contratualmente, atendendo à finalidade para a qual foi construída. Existem casos em que aferir da disponibilidade de uma infra-estrutura não se revela muito complexo (sem querer trivializar o assunto, veja-se o exemplo de uma central de energia eléctrica à qual se exige, para se considerar como infra-estrutura "disponível", a produção de um determinado valor de *megawatts* por um determinado período de tempo), porém referem-se a uma minoria do espectro de projectos PPP. Pode levantar dúvidas aferir da disponibilidade de uma infra-estrutura de serviços públicos, como uma escola ou hospital, ainda mais se considerarmos a qualidade do serviço, como integrante do critério de disponibilidade. A este propósito, novamente, H. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", pp. 236.

[63] PEDRO SIZA VIEIRA, "Os tipos contratuais subjacentes às Parcerias Público-Privadas em Portugal", *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004, p. 134.

Neste sentido, a doutrina francesa refere-se à expressão "*marché public*"[64] por oposição à expressão "*delegation de service public*", considerando que o elemento essencial da distinção é o mecanismo de determinação da remuneração em função do risco de exploração[65]. PAUL LIGNIERES enquadra a categoria dos contratos de "*delegation de service public*" como uma das formas privilegiadas de contratação encontrada pelo sector público sob o modelo PPP. O regime deste tipo contratual resulta, no ordenamento interno francês, da aprovação da lei que ficou conhecida como "*Loi Sapin*"[66]. Pese embora o texto legal não defina "*delegation de service public*", o autor refere que se trata de um tipo de contrato através do qual o sector público delega no parceiro privado a gestão e provisão de um serviço público ou a exploração de uma infra-estrutura, atendendo a que, contrariamente ao verificado na contratação tradicional configurada pelo "*marché public*" em que a remuneração é certa e pré-determinada, o risco de exploração do serviço ou da infra-estrutura corre por conta do contraente privado. A figura da "*delegation de service public*" abrange os contratos de "*concession*", que se

[64] ANDRÉ DE LAUBADÈRE, "*Direito Público Económico*", Almedina, Coimbra, 1985, pp. 380 e ss. define mercados públicos (na expressão francesa "*marchés publics*", sendo que no ordenamento nacional poderia ser traduzida por contrato público tradicional) como contratos concluídos pelas pessoas públicas com pessoas privadas e cujo objecto é o fornecimento de prestações (realização de obras, entrega de mercadorias, execução de serviços) mediante um preço. O autor refere também que são contratos cujo objecto é essencialmente económico, interessando à economia pelo impacto que podem ter sobre ela e pela possibilidade de serem utilizados pelo Estado como meio de política económica. Não obstante distinguir a figura dos mercados públicos da figura da concessão, salientado que a última engloba vários institutos como a concessão de obras públicas (cujo objecto é a construção e exploração de uma obra pública) e a concessão de serviços públicos (cujo objecto é o funcionamento de um serviço público),engloba ambas no domínio do direito público económico, em especial a concessão dado tratar-se de uma modalidade contratual de relações da administração com o sector privado económico, muitas vezes incidindo sobre serviços públicos industriais e comerciais.

[65] Cite-se DIDIER LINOTTE, ALEXANDRE GRABOY-GROBESCO, "*Droit Public Économique*", Dalloz, 2001, p. 275. "*La prise de risque économique issu du fonctionnement et de l`exploitation du service (que la rémunération provienne en tout ou partie de l´usager ou de la collectivité) permer ainsi d`identifier et de caractériser le régime de la conventionde délégation de service public e de le distinguer de celui du marché public (qui suppose, comme cela a déjà été vu, un prix - fixe et forfaitaire - payé para la collectivité au cocontractant)*".

[66] L. nº 93-122, de 29 de janeiro de 1993, relativa à prevenção da corrupção e à transparência nos procedimentos de contratação pública tradicional e sob a modalidade de "*delegation de service public*".

reconduzem à modalidade contratual clássica da concessão de obras públicas dado que incumbe ao parceiro privado a construção da infra-estrutura necessária à provisão do serviço; abrange os contratos de "*affermage*", em que o parceiro privado ("*fermier*") explora uma infra-estrutura pública construída previamente pela Administração, que se reconduzem à modalidade contratual da concessão de serviços públicos; e abrange, por último, os contratos de "*régie intéressée*", através dos quais o contraente privado é remunerado pela Administração e não pelos utentes do serviço ou infraestrutura, mas em que a determinação da remuneração está associada ao risco de exploração (pelos elementos caracterizadores do contrato, trata-se de um tipo contratual muito próximo do PFI britânico)[67].

A *Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia em matéria de concessões* assume o mesmo critério de distinção. Esclarece a Comunicação que, no tocante à delimitação entre o contrato de empreitada de obras públicas e o contrato de concessão de obras públicas, o critério do direito de exploração permite deduzir indícios para distinguir entre um contrato público tradicional e uma concessão de obras públicas[68]. Direito de exploração deve ser entendido como risco de exploração para o efeito da determinação da remuneração do privado; como se depreende a determinação de uma remuneração em função de factores externos envolve necessariamente um grau de incerteza, ou seja, uma álea, daí se falar, a este propósito, em risco de exploração[69]. Nas palavras de MARIA JOÃO

[67] Sobre o tema em geral e sobre a delimitação de "*marché public*" e "*delegation de service public*" para efeitos de aplicação dos regimes procedimentais do "*Code de Marchés Public*" e da "*Loi Sapin*", leia-se Paul Lignieres, "*Partnariat…*",pp. 191 e ss. e DIDIER LINOTTE, ALEXANDRE GRABOY-GROBESCO, "*Droit…*", pp. 273 e ss.

[68]COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário* (2000/C 121/02),Bruxelas, 2000, p.2

[69] LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, "Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo", in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º4, 2012, numa interessante nota histórica sobre a evolução das concessões, escrevem que, por força de várias vicissitudes de ordem política, económica e financeira, a figura da concessão reapareceu pujantemente a partir de finais do séc. XX, com uma fisionomia que, sem prejuízo das abissais diferenças de contexto, faz lembrar a sua feição original do séc. XIX. Os autores indicam que se dá um certo regresso ao passado mais distante (Estado liberal), pelo menos no sentido de se ter retomado a ideia de que na concessão cabe por norma ao co-contratante, como contrapartida do lucro que almeja,

ESTORNINHO, "na *perspectiva da Comissão, sem álea económico-financeira, sem risco, não há concessão*"[7071].

Note-se que, adiante, tanto abordaremos os aspectos económicos e contratuais da alocação de riscos entre parceiro público e privado, como os regimes jurídicos (não apenas delimitações conceptuais) nacional e comunitário dos diversos contratos; aqui apenas se aprofunda a temática do risco de

suportar os riscos normais do contrato (a concessão resgatou a sua função financeira original, tendo o risco de exploração da obra ou serviço pelo concessionário sido mesmo exigido, como vimos, ao nível da jurisprudência e prática administrativa europeias da última década e meia, como traço qualificador do instituto).

[70] MARIA JOÃO ESTORNINHO, "*Direito Europeu dos Contratos Públicos*", Almedina, Coimbra, 2006, p. 94. Como escreve PEDRO SIZA VIEIRA, "Regime das Concessões de Obras Públicas e Serviços Públicos", in *Revista de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007, pp. 47 e ss., " *existe concessão – quer de obras, quer de serviços públicos – quando seja atribuído a um particular um encargo ou uma tarefa, inicialmente a cargo das administrações públicas, em que a remuneração do particular esteja, de alguma forma, ligada à exploração de um activo ou determinado serviço público*". O mesmo autor concretiza, de seguida dois elementos fundamentais da caracterização de concessão em sede de direito comunitário, sendo que o segundo se reporta à álea económico-financeira inerente à remuneração do contraente privado, de que fala MARIA JOÃO ESTORNINHO: " *para o direito comunitário existe concessão quando, em primeiro lugar, o concessionário assume o risco de construção, o que sucede se o contrato lhe atribuir o risco associado a sobrecustos ou atrasos na conclusão da construção de uma obra ou na montagem de um serviço não lhe conferindo o direito a qualquer remuneração antes de a obra ou o serviço estarem aptos a prestar as utilidades a que se destinam. Em segundo lugar, existe concessão se o regime contratual estabelecer que a remuneração do concessionário está vinculada, por um lado, à intensidade de utilização do bem ou serviço por ele explorado – risco de procura- ou, em alternativa, à disponibilidade do bem ou serviço segundo as especificações contratuais – risco de disponibilidade, sendo indiferente se a remuneração do concessionário é devida pelos utentes ou pela própria Administração concedente*" – realçando que, para este efeito, é indiferente se a concessão segue modelo clássico continental ou o modelo PFI britânico.

[71] Ainda que o CCP, contrariamente ao direito comunitário, seja omisso quanto a uma conceptualização de concessão de obras públicas e de serviços públicos que integre de forma explícita o elemento da aleatoriedade económico-financeira da remuneração do parceiro privado, existem vários indícios ao longo do CCP que apontam nesse sentido. PEDRO SIZA VIEIRA, "*Regime das Concessões.…*", p. 49, elenca algumas normas exemplo disso: art. 410º, n. 1º (estabelece que o prazo de vigência do contrato deve ser fixado durante o período considerado adequado, para em condições normais de rendibilidade da exploração, amortizar e remunerar o capital investido pelo concessionário), art. 413º (relativos à transferência de riscos para o concessionário), art.. 420, n.º1 (sobre a fixação de tarifas por parte da entidade pública contratante).

exploração com a finalidade única de compartimentar tipologias contratuais próximas ou mesmo integrantes do conceito de PPP.

Novamente em sede de direito comunitário, e visto que as concessões não são definidas pelo Tratado, há que recorrer à *Directiva sobre Empreitadas de Obras Públicas* [72] , através da qual se define concessão de obras públicas a partir

[72] Directiva 93/37 CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitada de obras públicas. A concessão de obras públicas é a única modalidade de concessão considerada pelas directivas relativas a contratos públicos, nomeadamente, para efeitos de aplicação de direito comunitário em matéria de requisitos procedimentais na fase de adjudicação. Não obstante, apesar de não existir um regime comunitário pré-contratual que se lhe aplique, a concessão de serviços públicos está sujeita às regras e aos princípios do Tratado, designadamente, assentar em procedimentos não discriminatórios em razão da nacionalidade do contraente privado (na medida em que são actos imputados aos Estados e têm por objecto a prestação de actividades económicas). A este propósito, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, "*Direito…",* pp. 90 e ss. Refere a autora que decisivo nesta matéria da aplicação do direito comunitário às concessões é o *Acordão Teleaustria* (Proc.C-324/98 de 7-12-2000), que corrobora a não aplicação das directivas às concessões de serviços públicos, afirmando, no entanto, que estas ficam vinculadas aos princípios fundamentais do Tratado. Sobre as regras comunitárias em matéria de contratação pública aplicáveis aos tipos contratuais abrangidos pelo conceito amplo PPP, veja-se também SUE ARROWSMITH, "Public-Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in conflict",, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, nº 2, Kluwer Law International, 2000, pp. 709 e ss. Há ainda que referir a Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Procede a uma actualização do regime comunitário em matéria de contratação pública, nomeadamente, no que toca à implementação para cada tipo contratual de limiares quantitativos em função dos quais se aplica ou não o novo regime; no entanto, no que respeita à definição de concessão e de contrato de empreitada obras públicas, mantem, em grande medida, a mesma delimitação conceptual. Em matéria de procedimento pré-contratual, interessa sublinhar que através da Directiva 2004/18/CE foi dada resposta a uma necessidade de flexibilização das regras aplicáveis à celebração de alguns contratos públicos, de modo a potenciar uma maior interacção entre as entidades adjudicantes e o mercado, com vantagens reconhecidas para a satisfação das necessidades públicas, traduzindo-se na consagração de um novo procedimento pré-contratual denominado diálogo concorrencial. No ponto 31º da Directiva 2004/18/CE, o legislador explicita as razões que justificaram a consagração do procedimento de diálogo concorrencial, referindo que "*as entidades adjudicantes que realizam projectos especialmente complexos podem, sem que tal seja imputável a carências da sua parte, estar na impossibilidade objectiva de especificar os meios aptos a satisfazer as suas necessidades ou de avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas e/ou soluções financeiras/ jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se no caso da realização de grandes infraestruturas (…) convém prever um processo flexível que salvaguarde simultaneamente a concorrência entre operadores económicos e a necessidade de as entidades adjudicantes debaterem com cada um dos candidatos todos os aspectos do contrato*". Como refere CLÁUDIA VIANA, "O Diálogo

da noção de empreitadas de obras públicas[73]. Desta definição resulta que, além do contraente privado ser remunerado pelas obras atribuindo-se-lhe o direito de exploração da infra-estrutura, o que constitui o traço distintivo da noção de concessão de obras públicas, esse direito de exploração pode ser também acompanhado de um preço.

Com efeito, pode acontecer que o Estado suporte o custo da exploração da concessão a fim de reduzir o preço a pagar pelo utilizador, podendo esta prática revestir diferentes modalidades. No entanto, no sentido dado pela *Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia em matéria de concessões*, estas intervenções não modificam a natureza do contrato, desde que o preço pago cubra apenas uma parte do custo da obra e da sua exploração.

O legislador nacional, tanto no revogado Decreto-Lei 86/2003, de 26 de abril, como no vigente Decreto-lei 111/2012, de 23 de maio, elenca, de forma idêntica, várias figuras contratuais clássicas que traduzem a abrangência e flexibilidade do esquema PPP[74].

Concorrencial", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, CEDIPRE/Universidade de Coimbra, 2011, p. 111., a especial complexidade jurídica e/ou financeira do contrato coloca-se, com especial acuidade, no âmbito das PPP`s, razão pela qual o diálogo concorrencial, pela flexibilização que comporta, constitui um procedimento especialmente adequado à sua fase pré-contratual, porquanto admite a opção entre várias soluções jurídicas e/ou financeiras, que tanto podem culminar na celebração de um contrato tradicional, como na celebração de um contrato de concessão de obras públicas ou serviços públicos. No quadro do Código dos Contratos Públicos as regras de escolha do diálogo concorrencial estão previstas no art. 30º do CCP, estabelecendo que o recurso a este procedimento só pode ser empreendido quando, cumulativamente se verificar a complexidade técnica do contrato e a impossibilidade objectiva de a entidade adjudicante dirimir essa complexidade.

[73] O artigo 1º, alínea a), da Directiva 93/37 CEE prevê que as empreitadas de obras públicas são " *contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante (...), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras (...) quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante*." A alínea d) do artigo 1º da mesma directiva define a concessão de obras públicas como *"um contrato que apresente as mesmas características que as referidas na alínea a), com excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço*".

[74] Artigo 4º, nº 1, Decreto-Lei 86/2003, de 26 de abril.

São elas, de forma meramente indicativa: a concessão de obras públicas[75], a concessão de serviço públicos[76], o contrato de fornecimento contínuo[77], o

[75] A concessão de obras públicas, prevista no art. 407º, n.º 1, do CCP é o contrato administrativo pelo qual um particular (concessionário) se obriga perante a administração pública a executar, ou a conceber e executar, uma obra pública, tendo como contrapartida necessária o direito de exploração da obra durante um período determinado (normalmente mediante a cobrança de taxas aos utilizadores), por sua conta e risco e no interesse geral, e, em contrapartida, o pagamento eventual de um preço (trata-se de uma definição muito próxima da prevista na Directiva 18/2004 CEE, e que já resultava do DL 59/99, de 2 de Março). Os contratos de concessão de obras públicas regem-se, fundamentalmente, pelas normas aplicáveis aos contratos de obras públicas (art. 2º, nº 2, do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP)), com algumas especificidades (arts. 243º - 252º RJEOP). No seguimento de MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, "*Direito Administrativo Geral*", t. III, Dom Quixote, 2006, p. 297. DIOGO FREITAS DO AMARAL, "*Curso de Direito Administrativo*", vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 570 e ss. assinala que para grandes obras, exigentes de avultados investimentos de capital, e cuja realização possa pela sua natureza beneficiar dos capitais e da agilidade empresarial própria da iniciativa privada, emprega-se o processo da concessão de obras públicas (associa a figura contratual a umas das formas mais notórias de ultrapassar o dilema causado pelo descomunal peso económico que a realização de grandes obras de infra-estruturas acarreta para o défice orçamental e o endividamento público). O autor, além de distinguir a concessão de obras públicas da empreitada de obras públicas pelo modo de remuneração do co-contratante (na primeira, remunerando-se a entidade privada através de taxas a pagar pelos utentes e, na segunda, através de um pagamento fixo por parte da Administração, que se torna proprietária e exploradora da infra-estrutura), refere que, no caso da concessão, não é necessário que o concessionário seja um sujeito habilitado profissionalmente para exercer a actividade de empreiteiro de obras públicas, o que não sucede no processo de empreitada de obras públicas. Realça também o facto de, contrariamente ao que sucede na empreitada de obras públicas (que se cinge à realização de um certo tipo de trabalho), o processo de concessão de obras públicas compreender duas fases distintas: a execução da obra e a sua posterior exploração. Ainda assim, partindo da definição de concessão de obras públicas veiculada por MARCELLO CAETANO, "*Manual de Direito Administrativo*", vol. II, Almedina, Coimbra, 2013, p. 986, como " *contrato pelo qual uma pessoa colectiva de direito público transfere para outra pessoa o poder de construir, por conta própria, determinadas coisas públicas artificiais, destinadas ao uso público directo ou ao estabelecimento de um serviço público, as quais ficarão na posse do concessionário durante certo número de anos para que este cobre aos utentes as taxas que forem fixadas*" e comparando-a com a definição avançada pelo art. 1º, nº 3, da Directiva 18/2004/CE ("*... é um contrato com as mesmas características de que um contrato de empreitada de obras públicas, com a excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*"), JORGE ANDRADE DA SILVA, "*Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*", Almedina, Coimbra, 2013, constata um afastamento da orientação tradicional, cuja linha advogava uma separação conceptual entre concessão e empreitada de obras públicas de forma estanque, em virtude primordialmente da forma de remuneração do contraente privado. Conclui o autor que essa separação conceptual actualmente se esbateu, pois que no

contrato de prestação de serviços[78], o contrato de gestão[79] e o contrato de colaboração[80]. Como esclarece CABRAL DE MONCADA, a propósito da

contrato de concessão de obras públicas o recurso à cobrança de taxas aos utentes pelo concessionário deixou de ser, ao menos potencialmente, a sua única forma de remuneração.

[76] A concessão de serviços públicos, prevista no art. 407º, n. 2º, do CCP, é o contrato administrativo pelo qual alguém é investido por uma pessoa colectiva pública na tarefa de gerir, ou de montar e gerir, um serviço público, por sua conta e risco e no interesse geral. Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, "*Direito..*" p. 573, " *característica idiossincrática da concessão de serviços públicos é a atribuição ao concessionário da competência, por certo período de tempo, de gestão do serviço público concedido. Quer dizer, por ela transfere-se da esfera do público para a do privado o essencial do poder decisório relativo à organização e ao "modus operandi" de certa actividade. A não ser assim, poderá estar-se apenas perante um contrato de aquisição de serviços (nomeadamente, aquisição de serviços para fins de utilidade pública) ". MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, "*Direito…*", pp. 297 -298, assinalam que se trata de um contrato nominado, mas legalmente atípico, aplicando-se-lhe o regime geral dos contratos administrativos, não existindo normas jurídicas específicas que lhe sejam aplicáveis, em sede de ordenamento interno. Sobre a definição de concessão de serviços públicos adoptada pelo CCP, PEDRO SIZA VIEIRA, "*Regime das Concessões…*", p. 49, entende que se trata de uma definição que se afasta, e bem, da adoptada pela Directiva nº 18/2004 CE (" *contrato que apresenta as mesma características que um contrato público de serviços mas em que a remuneração não assenta no pagamento de um preço, mas no direito à exploração de um serviço, acompanhado ou não do pagamento de um preço*"), dado que sublinha que o que está em causa numa concessão de serviços públicos é a transferência da responsabilidade pela gestão de uma actividade de serviço público. O autor, referindo-se ao conceito legal de concessão adoptado no CCP, tanto de concessão de serviços públicos, como de concessão de obras públicas, sublinha que se reconduz a uma concessão atribuída necessariamente por contrato (afastando a ideia de que uma concessão poderia ser atribuída por acto administrativo) e cuja elasticidade permite abarcar múltiplos contratos com conteúdos diversos, sendo que o CCP passa a ser entendido como a base legal para a Administração atribuir concessões (as entidades referidas no CCP ficam desde logo habilitadas a conceder concessões, independentemente da base legal específica).

[77] O contrato de fornecimento contínuo é aquele mediante o qual alguém (normalmente um particular), se compromete a entregar regularmente à administração pública, durante um certo período de tempo, bens necessários ao funcionamento de um serviço público. O contrato de fornecimento não é integralmente disciplinado por lei, mas aplica-se à sua fase de formação o regime contemplado no Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública. No seguimento de, MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, "*Direito…*", pp. 301-302.

[78] O contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública trata-se de um tipo contratual de natureza residual, dado que os contratos de empreitada e fornecimento, e parcialmente os contratos de concessão de obras públicas, de serviços públicos e de exploração de domínio público são contratos de prestação de serviços em sentido amplo. Não obstante, tradicionalmente, entendia-se que o contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública integrava apenas dois subtipos: o contrato de transporte e o contrato de

abrangência do instituto, as PPP não se reconduzem a uma forma contratual típica, desdobrando-se em vários tipos de contratos, referindo que parte apreciável das PPP`s entram na categoria do "*contrato administrativo*" regulada pelo Código dos Contratos Públicos[8182], não obstante as suas particularidades

provimento. Actualmente, existem diversos outros contratos administrativos qualificáveis como de prestação de serviços como, por exemplo, o contrato para acções de fiscalização os contratos de aquisição de serviços. *Vd*. MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, "*Direito…*", p. 302.

[79] O contrato de gestão não estava previsto no normativo do revogado art. 178º, nº 2, CPA como contrato administrativo, porém, considerando que a enumeração do diploma não é taxativa, entende-se o contrato de gestão como integrante da categoria de contrato administrativo. Como assinala MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", p. 280, o contrato de gestão é o contrato sob o qual o parceiro privado assume a gestão de um serviço público, mantendo e gerindo um determinado equipamento, sem suportar nem os encargos da instalação do serviço, nem o risco financeiro da operação que continua a pertencer ao parceiro público.

[80] Os contratos de colaboração tratam-se daqueles em que o parceiro privado proporciona à administração pública uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas, mediante remuneração. V. MARIA EDUARDA AZEVEDO, ...ob.cit., pp. 280.

[81] Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. JOÃO CANTO E CASTRO, "A regulação das parcerias público-privadas no Código dos Contratos Públicos", in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 4, CEDIPRE/Universidade de Coimbra, 2012, quanto à regulação das PPP`s no CCP, distingue dois grandes grupos de normas: as normas que expressamente regulam contratos que configuram parcerias público-privadas e as normas que são manifestação clara da preocupação de adequar o CCP à prática contratual vigente em sede parcerias público-privadas. A propósito da aplicação do CCP, no quadro das PPP`s, uma questão de fundo que foi levantada por variada doutrina prendia-se com a revogação integral, ou não, do Decreto-lei 86/2003. Ainda que actualmente a questão não se coloque, pela aprovação do Decreto-lei 111/2012, a tese que sustenta a revogação baseia-se no art. 14º , nº 2, do Decreto-lei 18/2008 (CCP), que prevê " *é igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível*". JOÃO CANTO E CASTRO entende que apenas algumas normas do Decreto-lei 86/2003 teriam sido revogadas, aludindo à vocação diversa dos dois diplomas: o Decreto-lei 86/2003 regularia fundamentalmente uma fase anterior ao próprio procedimento pré-contratual, ou seja, aspectos relativos essencialmente à preparação e lançamento das PPP`s. PEDRO SIZA VIEIRA, "*O Código…*", p. 517, além de concluir que o CCP revogou integralmente o Decreto-lei 86/2003, parecendo antecipar a aprovação de um novo Regime Geral das PPP`s (o que se veio a verificar com a entrada em vigor do Decreto-lei 111/2012 - "*O CCP impõe regras aplicáveis aos procedimentos de formação e execução de contratos que se qualifiquem como PPP e que se justificam apenas nos casos de PPP contratuais em que a remuneração fique a cargo do parceiro público; essas regras exigem a aprovação de legislação própria PPP, que estabeleça uma definição de PPP para efeitos do Código*"), advoga ainda que para efeitos de aplicação do CCP e, em particular, do respectivo regime em matéria de procedimentos pré-contratuais, a definição de PPP cinge-se aos Contratos PFI ("*Os demais contratos que se reconduzem ao conceito amplo de PPP – as Concessões Clássicas- não reclamam o especial*

intrínsecas[83]. No mesmo sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO assinala que " *o legislador do Código dos Contratos Públicos havia esboçado uma definição de parceria em versões do ante-projecto, que parecia ir na linha do modelo PFI/DBFO inglês ou do "contrat de partenariat public privé*" francês, porém acabou por abdicar dessa intenção, encarando as PPP`s como um modelo de contratação capaz de se reconduzir a vários tipos contratuais e não como uma nova modalidade contratual autónoma[84].

---

*enquadramento que o CCP aplica às PPP, designadamente porque, sendo a remuneração do parceiro privado constituída por taxas cobradas aos utentes, não existem quaisquer encargos de devam ser submetidos à concorrência").*Trata-se de um argumento, de alguma forma, análogo aquele que, como veremos, subjaz à preterição do teste do comparador do sector público, em sede de análise do "*Value for Money*", quando estamos perante contratos sob modelo de concessão clássica continental, dado que o sector público não incorre em qualquer encargo que justifique este tipo de avaliação. Parece-nos, contudo, pela similitude conceptual de PPP nos regimes gerais de 2003 e 2012, que o legislador continua a pretender adoptar um conceito amplo de PPP, abarcando os modelos concessivos clássicos e os modelos PFI.

[82] MARIA JOÃO ESTORNINHO, "*Curso…*", Almedina, Coimbra, 2012, pp. 212. e ss., procede a uma classificação dos contratos públicos em função de diversos critérios, enquadrando tipos contratuais de PPP`s em diferentes categorias. De acordo com o critério do fim ou da causa-função do contrato público, a autora faz referência aos contratos de colaboração (aqueles que visam associar o co-contratante, geralmente um particular, ao desempenho regular de atribuições administrativas) e assinala que um caso paradigmático desta categoria é o contrato de concessão de serviços públicos. Outra categoria é aquela compreendida pelos contratos de delegação de funções ou serviços públicos e afins (aqueles contratos que atribuem a um particular a responsabilidade pela execução de uma função ou de um serviço público, ficando o particular encarregado de actuar em vez da Administração na prossecução de determinados fins de interesse público), integrando os contratos de concessão de obras públicas e os contratos de concessão de serviços públicos nesta delimitação. Tradicionalmente estes contratos têm por objecto a gestão de serviços públicos ou de obras públicas, ou seja, de actividades públicas de natureza comercial e económica cuja fruição implica contraprestação por parte do utente, assumindo o contraente particular deveres contratuais em face da Administração e também deveres regulamentares em face dos utentes do serviço público. Segundo o critério da relação com outras formas de actuação, a autora indica os contratos com relações de complementaridade (contratos públicos que surgem em relações de complementaridade quer com outros contratos, quer com outros actos administrativos, condicionando, respectivamente, quer a sua celebração, quer a sua prática) e assinala que um exemplo integrante desta categoria são as PPP`s ("*bundling*" contratual).

[83] CABRAL DE MONCADA, "*Direito…*", pp. 664 e ss.

[84] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "O enquadramento legal das parcerias público-privadas", in *Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais*, 2009, p. 129.

Ainda no que toca aos modelos de implementação das parcerias, estas acarretam, como vimos, uma série de actividades que podem ou não ser delegadas ao parceiro privado: concepção, construção, exploração, financiamento. Constatamos, portanto, que existem diversas fórmulas de construção de infra-estruturas ou provisão de serviços públicos por parte do sector privado. Em função do grau de transferência de risco entre os dois contraentes, ou noutra acepção, considerando o grau de envolvimento do contraente privado nas actividades públicas, podemos identificar diversas categorias de contratos. Exemplificativamente, quando se fala de um contrato sob modelo DBO ("*design, build, operate*") a designação indica as tarefas sobre as quais o contraente privado se vai responsabilizar: neste caso o privado concebe, constrói e explora a infra-estrutura[85].

Não obstante existirem múltiplos tipos contratuais, JOÃO PONTES AMARO aponta quatro categorias de PPP (apesar da primeira delas não ser consensual e depender, em grande medida, de uma aferição da duração do contrato o seu enquadramento numa abordagem PPP) em função de um crescente grau de envolvimento do contraente privado no projecto a desenvolver: contrato de "*outsourcing*" ou "*service contract*", contrato "*design and build"* (DB), contrato "*design*, *build and operate*" (DBO), contrato "*design, build, finance and operate*" (DBFO)[86].

Importa distingui-los. O contrato de "*outsourcing*" ou "*service contract*" trata-se de um contrato sob o qual o sector privado presta um ou mais serviços ao sector público (por exemplo, serviços de limpeza, *catering* ou serviços de segurança). Neste tipo de contrato a partilha de riscos circunscreve-se aos riscos

[85] OCDE, "*Public…*",p. 22. Sobre os diferentes tipos de contrato, elenca: BOM (Build, Own, Mantain), BOO (Build, Own, Operate), BDO (Build, Develop, Operate), DCMF (Design, Construct, Manage, Finance), DBO (Design, Build, Operate), DBFO (Design, Build, Finance, Operate), BBO (Buy, Build, Operate), LOO (Lease, Own, Operate), LDO (Lease, Develop, Operate), WAA (Wrap, Around Addition), BOT (Build, Operate, Transfer), BOOT (Build, Own, Operate, Transfer), BROT (Build, Rent, Own, Transfer), BLOT (Build, Lease, Operate, Transfer), BTO (Build, Transfer, Operate).

[86] JOÃO PONTES AMARO, "Modelos de Parceria Público-Privada", in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004, p.105.

operacionais, aproximando-se de um contrato de prestação de serviços. De qualquer modo, parece-nos que o "*outsourcing*" não se enquadra na tipologia dos contratos de parceria dado que o grau de cooperação é diminuto, nem mesmo se atendermos ao facto de em certos ordenamentos, como na Irlanda do Norte, esta categoria de contratos ser considerada uma PPP quando a sua vigência seja superior a 5 anos. Uma PPP pressupõe, não só uma relação duradoura a par de uma moldura de transferência de riscos e delegação de actividades plasmadas no contrato, mas também que ao longo da duração do acordo as partes comuniquem e partilhem conhecimentos técnicos com vista a satisfazer diferentes pretensões: maximização do lucro, pela parte privada, e prossecução do interesse público, pela Administração. Ora, muito dificilmente se pode considerar que este tipo de contrato preencha os elementos caracterizadores, que distinguem uma PPP de outras formas de relacionamento entre sectores público e privado.

O tipo de contrato "*design and build*" abrange os contratos em que o parceiro privado é responsável pela concepção e construção da infra-estrutura, de acordo com o estipulado contratualmente com a Administração, nomeadamente o preço e os "*outputs*" visados com a parceria. No final da construção o Estado torna-se proprietário do activo; que assumiu o financiamento do projecto e assegura a sua gestão. Num termo de comparação com a contratação pública convencional, o contrato "*design and build*" tem como grande vantagem evitar atrasos na entrega da obra e as sucessivas derrapagens orçamentais. Distingue-se do contrato de empreitada pelo elevado grau de cooperação entre as partes, principalmente na fase do planeamento do projecto[87].

[87] Contudo, como assinalam LINO TORGAL, MARISA MARTINS FONSECA, "Contributo para um Regime de Contratação de Concessões de Obras e de Serviços Públicos na Sequência de Propostas Não Solicitadas", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 527, apesar de o entendimento clássico da figura da empreitada de obras públicas se reduzir à mera execução de trabalhos já cuidadosamente estudados, projectados e programados pela Administração, numa fase a montante da elaboração do caderno de encargos e do programa de concurso, actualmente este entendimento não pode ser seguido incondicionalmente. Com efeito tem-se optado pela contratação de trabalhos de concepção ou, mais especificamente, de empreitadas de concepção-construção (o contraente, cumulando os

Sob o contrato "*design, build and operate",* o contraente privado é responsável pela concepção, construção e exploração da infra-estrutura. A construção é financiada pelo Estado que retém a propriedade da mesma, porém transfere o risco de gestão do activo para o sector privado.

O contrato "*design, build, finance, operate*", como já avançamos, é particularmente aplicável à construção de grandes infra-estruturas rodoviárias; sob a modalidade DBFO, o parceiro privado assume a concepção, financiamento, construção e exploração do activo, sendo por isso remunerado ao longo da vigência do contrato, pese embora a propriedade se mantenha usualmente na esfera do sector público

ANTÓNIO FIGUEIREDO POMBEIRO, tendo por base a classificação proposta pela "*United States Environment Protection Agency- Public Private Partnerships Case Studie (1990)*", agrupa os tipos principais de PPP nas seguintes 4 categorias: PPP com activos pré-existentes, cedidos pela Administração Pública e produzidos por esta por sua conta e risco, em regime de contratação pública tradicional (ou, nas palavras do autor, em regime de "*procurement*" tradicional); PPP com activos concebidos, construídos ou produzidos especialmente para o efeito; por conta e risco do concessionário do provimento; PPP por créditos de capacidade ou contrapartida pelo licenciamento; PPP constituída em simples licenciamento para a exploração de um serviço público, com activos, passivos e resultados de exploração correndo por conta e risco do licenciado, eventualmente com algum benefício fiscal ou outra compensação mínima concedida pela Administração.

O mesmo autor escreve ainda que a estas categorias de PPP correspondem, respectivamente, 4 tipos de contratos, incluindo um deles os contrato PFI: os "*contract services*" ou contrato de exploração de um serviço público com activos públicos (aqui se incluem os contratos de concessão para o provimento de necessidades públicas, com base em activos fixos pré-existentes, propriedade da

papéis de empreiteiro e projectista, compromete-se a elaborar certos planos e as especificações da obra ("*design*") e a realizá-la ("*build*").

Administração, sendo que os riscos de financiamento, concepção, construção, e manutenção dos activos imobilizados correm por conta da entidade pública e os riscos de exploração correm por conta da entidade privada); os chamados "*turnkey projects*"[88] ou contratos de concepção, projecto, construção ou produção e exploração de um serviço, nos quais de incluem os contratos PFI (são contratos que incluem, em maior ou menor grau, a concepção, projecto, planeamento, construção, manutenção e operação dos activos para exploração concessionada do provimento de necessidades públicas e, eventualmente, para a exploração acessória de activos ou mercados do domínio público, com ou sem reserva de propriedade para o sector público e com ou sem financiamento do sector privado); os contratos "*developer financing*" ou acordo de contrapartidas para licenciamento (neste tipo de acordo de parceria o "*private developer*" financia a construção ou expansão das infraestruturas requeridas pela entidade pública a troco do licenciamento pretendido); os contratos "*merchant facilities*" ou contrato de licenciamento comercial para a exploração de um serviço público (a entidade privada assume integralmente os riscos de mercado, de financiamento, manutenção e propriedade dos activos)[89].

MARIA JOÃO ESTORNINHO faz corresponder as PPP`s a diferentes modelos, consoante o respectivo modelo financeiro e de repartição de riscos. Distingue modelo prestativo (concretizado através de contratos de prestação de serviços ou de fornecimento contínuo adequado, por exemplo, a tarefas de cobrança de portagens, prestação de bens de interesse geral, fornecimento e manutenção de veículos ou outros equipamentos); modelo de alienação de gestão (concretizado através de contratos de concessão de serviço público ou de contratos de gestão, transferindo-se para o sector privado a responsabilidade pela gestão e administração de activos públicos ou bens de propriedade pública); modelo BOO "*Build, Own, Operate*" (no qual o bem construído é propriedade privada

[88] JOÃO PONTES AMARO, "*Modelos…*", p. 106, enquadra os "*turnkey projects*" na categoria dos "*design and build contracts*", em que o contraente privado planeia e constrói as infraestruturas de acordo com as especificações definidas pela entidade estatal, evitando-se atrasos na entrega da obra e sucessivas derrapagens no seu custo.

[89] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, "*As PPP/PFI…*", pp. 52 e ss.

mas é usado para prestar uma actividade de interesse público); modelo BOT "*Build, Own, Tranfer*" (no qual uma única relação contratual abrange as fases do projecto da construção e da exploração, permitindo diluir os custos iniciais pelo ciclo de vida da infraestrutura – "*life cycle costing*"); modelo DBFO (caso, por exemplo, da concessão de obras públicas, no qual a propriedade da obra é pública, configurando, como já mencionamos, o principal instrumento de PPP`s que envolvam investimentos de capital avultados por parte do sector privado – o particular projecta, constrói, financia e explora a longo prazo a infraestrutura, recebendo as receitas da exploração e devolvendo os activos no final da concessão)[90].

1.4. Aspectos político-económicos das PPP`s

1.4.1. Doutrinas e políticas económicas. A evolução da intervenção estatal na economia.

Como introdução histórica às funções económicas do Estado e da teoria económica, abordaremos algumas questões sobre três escolas de pensamento económico e respectivos períodos de transição: ESCOLA CLÁSSICA, KEYNESIANA e NEOLIBERAL / MONETARISTA, tentando traçar um paralelismo com a evolução da intervenção estatal na economia (desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Social ou Providência, até ao chamado Estado Pós-Social dos nossos dias), que, em última instância, é do que se trata a abordagem PPP. Com efeito, parece-nos importante, de forma a enquadrar este tipo de contratualização "*sui generis*" no sistema económico actual, tanto pelo seu objecto envolver frequentemente infra-estruturas com notória influência sobre a economia, como por ser baseada na síntese da dualidade sector público/sector privado, tecer uma matriz evolutiva da intervenção central sobre o sector económico.

[90] MARIA JOÃO ESTORNINHO, "*Curso…*", p. 220.

Os fundamentos do pensamento económico liberal, enraizados na perspectiva da Escola Clássica[91], foram, em grande medida, abalados pela Grande Depressão[92], que se prolongou pela primeira metade da década de 30, nos Estados Unidos, e que se repercutiu a grande parte das economias ocidentais. O pensamento económico anterior à Grande Depressão baseava-se na defesa de um Estado não-intervencionista em que o princípio básico da actuação do sector público se pautava por deixar actuar os mercados supostamente concorrenciais, o chamado princípio do "*laissez faire*" que tem, como concretização no plano jurídico, como indica PAZ FERREIRA, o princípio do "*laisser contracter*" (existência de uma liberdade de contratação que integra três realidades distintas: a liberdade de celebração do contrato, a da selecção do tipo contratual e a da

[91] Uma escola de pensamento económico que tem como precursor o economista escocês ADAM SMITH e a sua obra "*An Inquiry into Nature and Causes of the Wealth of the Nations*" (1776), tendo-se desenvolvido com o trabalho de DAVID RICARDO e THOMAS R MALTHUS, já no séc. XIX. A ESCOLA CLÁSSICA, quanto ao papel do Estado na sociedade e na economia, defendia uma actuação minimalista: considerando a concorrência entre os agentes económicos actuantes no mercado como fundamento do seu pensamento, acreditavam que os indivíduos, motivados pelo egoísmo, maximização do lucro e a ambição pessoal, contribuíam para o benefício da comunidade como um todo, guiados por uma "mão invisível", desde que assegurados pressupostos concorrenciais e mínimo de interferência por parte do Estado na economia. Neste sentido, a "mão invisível" a que se refere ADAM SMITH só é possível se houver livre concorrência no mercado, condição essencial de uma economia eficiente. Outro elemento caracterizador é o facto de o objecto de estudo da ESCOLA CLÁSSICA prender-se com a microeconomia (o estudo de como os indivíduos tomam decisões e como essas decisões interagem) e dar pouco relevo a questões macroeconómicas (o estudo da economia que tem por método uma análise agregada de todas as unidades económicas ou, na definição de PAUL KRUGMAN, "*Economics*", Macmillan, 2012, p. 598, "*macroeconomics examines the overall behavior of the economy, how the actions of all the individuals and firms in the economy interact to produce a particular economy-wide level of economic performance*"). Nas palavras de PAUL SAMUELSON, "*Economia*", Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1981, p. 870 ADAM SMITH foi um "profeta do regime de *laissez faire*", típico das sociedades liberais do séc XIX, tendo "*entrevisto no mundo social da economia aquilo que Isaac Newton tinha constatado no mundo físico do cosmos: uma ordem natural que se auto-regulava*".

[92] Até hoje se debatem as razões subjacentes à Grande Depressão dos anos 30: para uns simplesmente o resultado do *crash* bolsista de 1929, seguido de efeitos de contágio; na perspectiva keynesiana, trata-se de uma quebra autónoma na despesa e no consumo; na perspectiva monetarista de MILTON FRIEDMAN, a incapacidade da Reserva Federal norte-americana de contrabalançar a retracção da oferta de moeda causada pela "corrida aos bancos", enfatizando as responsabilidades dos bancos centrais no controlo da moeda em circulação. Sobre o tema, FERNANDO ARAÚJO, "*Introdução à Economia*", Almedina, Coimbra, 2005, p. 636.

estipulação do tipo contratual)[93]. Problemas como o desemprego seriam corrigidos através da actuação da "mão invisível", de que fala ADAM SMITH, em 1776, na sua obra "*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*"[94], e qualquer intervenção governamental, como resposta contra-cíclica a uma crise económica, seria ineficaz[95].

A ESCOLA CLÁSSICA, constituída por economistas de língua inglesa na transição do séc. XVIII para o séc. XIX, perfilhava uma perspectiva sobre a teoria do valor e a teoria da distribuição. Considerava que o valor de um produto dependia dos seus custos de produção, sendo que o "*output*" ou produto da economia era distribuído pelos diferentes grupos sociais de acordo com os custos suportados por esses mesmos grupos. Contudo esta teoria trazia algumas dificuldades, dado que os preços no mercado não reflectiam necessariamente o

[93] EDUARDO PAZ FERREIRA, "*Direito…*"p. 36. De forma aparentemente paradoxal, aponta o autor que nunca as Constituições Liberais prescindiram da regulação jurídica do Estado, tomando como exemplos as normas de direito comercial e as normas sobre contratos ou títulos de crédito, fundamentais para a implementação do modelo económico capitalista.

[94] Relativamente ao egoismo individual canalizado em prol do bem comum pelos mecanismos concorrenciais de mercado, cite-se esta conhecida passagem de ADAM SMITH, "*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*", Book I, Penguin Books, 1999, p. 119, "*It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages*." Sobre a intervenção central na economia privada, escreve o autor , p. 446, "*It is the highest impertinence and presumption, therefore, in kings and ministers, to pretend to watch over the economy of private people , and to restrain their expense, either by sumptuary laws, or by prohibiting the importation of foreign luxuries. They are themselves always , and without any exception, the greatest spendthrifts in the society. Let them look well after their own expense, and they may safely trust private people with theirs. If their own extravagance does not ruin the state,that of their subjects never will*."

[95] ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, Noção e Objecto da Economia Política, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 64 e ss. sublinha que , apesar de ADAM SMITH ser considerado o "pai" da doutrina do Estado mínimo, há que considerar que este pensamento surge num período histórico muito específico: ADAM SMITH critica as estruturas do poder político do estado absolutista, ao serviço de interesses de tipo feudal, considerando-as ineficientes e improdutivas. O autor entende que é este Estado parasita e perdulário que ADAM SMITH pretende reduzir a Estado mínimo, fazendo uma analogia com os Estados actuais dominados por oligarquias corruptas ou sistemas ditatoriais. Assinala ainda a preocupação do economista escocês em responsabilizar o Estado por serviços públicos que , embora benéficos para a sociedade, são, contudo, de uma natureza tal que o lucro nunca poderia compensar a despesa para qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos.

valor, tal como definido pela ESCOLA CLÁSSICA. Adoptou-se posteriormente, entre 1870 e 1880, no período que pode ser visto como o surgimento da variante ESCOLA DA UTILIDADE MARGINAL, uma teoria do valor com base numa relação entre o custo de produção e elementos subjetivistas: a oferta e a procura[9697].

Inspirada pelo pensamento da ESCOLA CLÁSSICA e dominada pela necessidade de consolidar a liberdade económica de uma burguesia em ascensão, a esta fase corresponde um período de puro liberalismo em que o papel de Estado é restrito e a iniciativa privada é o instrumento fundamental do progresso na actividade económica[98].

Como assinala SOUSA FRANCO, a privatização da economia é a grande característica do modelo liberal, entendendo-se que ao Estado apenas compete criar as condições que permitam à sociedade manter-se organizada e estável

[96] O problema do valor, que actualmente se apelida de formação dos preços, sofreu uma alteração de rumo com a doutrina da Escola da utilidade marginal. À pergunta " por que razão vale 10 o bem A e 100 o bem B?", responderiam os economistas da ESCOLA CLÁSSICA alegando que se incorporam 10 unidades de trabalho na produção do primeiro e 100 unidades de trabalho na produção do segundo; já os utilitaristas responderiam alegando que o bem A é abundante em relação às necessidades, podendo usar-se em consumos de ordem inferior, e o bem B é tão escasso que se tem que reservar apenas para consumos que arrastem grande utilidade. É neste enquadramento doutrinal que ALFRED MARSHAL escreve, em 1890, "*Principles of Economics"*, desenvolvendo os métodos da determinação dos preços pela conjugação das curvas da oferta (custo) e da procura (utilidade). No seguimento de FRANCISCO PEREIRA DE MOURA, Lições de Economia, Almedina, Coimbra, 1979, p. 91 e ROY WEINTRAUB, "*Enciclopédia de Economia*", Principia, 2000, pp.139 e ss.

[97] JEAN-BAPTISTE SAY foi o precursor da perspectiva subjectivista-marginalista, estabelecendo uma variante da perspectiva clássica no que toca à teoria do valor e à teoria da distribuição do rendimento. O autor francês defende que os fundamentos do valor são a utilidade e os custos de produção, identificando a teoria da distribuição do rendimento com a teoria da formação dos preços dos factores de produção, em função da oferta e da procura nos respectivos mercados. Sobre o assunto, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES," *Noção…*"pp. 101 e ss.

[98] ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, "*Os Sistemas Económicos*", Almedina, Coimbra, 1975, pp. 156 e ss. escreve que na concepção liberal, a esfera económica e a esfera política não se confundem: só esta última diria respeito ao Estado, cabendo ao cidadão, em último termo, o poder político. A esfera económica diria respeito apenas à esfera privada dos indivíduos, enquanto produtores e consumidores. O estado liberal do séc. XIX fica, por isso, remetido para a posição de simples *estado guarda-nocturno*, apenas lhe cabendo intervir para garantir a defesa da ordem social.

(defesa, segurança e administração geral)[99]. À iniciativa privada compete a tomada de todas as decisões relativas à produção, consumo e à repartição. O sector público é reduzido substancialmente, imperando o princípio do mínimo, segundo o qual a actividade financeira deve reduzir-se ao mínimo imprescindível[100].

No mesmo sentido, JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO refere que não figurava entre os fins do Estado o de interferir na economia privada, considerando-se que esta, através dos mecanismos de mercado, geralmente assegurava o máximo de produção e a distribuição dos rendimentos. Concretizando, o Estado não podia cobrir receitas e pagar despesas com o fim de alterar a procura e a oferta dos produtos e dos elementos produtivos, nem corrigir a distribuição de rendimentos que daí resultava[101].

Os princípios económico-financeiros típicos do liberalismo são o princípio da neutralidade das finanças públicas e o princípio da abstenção económica do Estado. O primeiro advoga que a actividade financeira do Estado deve ser organizada de forma a não perturbar a actuação livre dos sujeitos económicos: a actividade financeira deve ser empreendida de forma que não cause distorções da actividade económica privada, consubstanciando-se na neutralidade económica do imposto e da receita (nas palavras de SOUSA FRANCO, "*deve deixar a economia*

---

[99] JORGE MIRANDA, "*Manual de Direito Constitucional*", t. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 87 e ss., entende que o Estado Liberal assenta na ideia de liberdade e, em nome dela, deu-se neste período uma limitação do poder político, tanto internamente (pela sua divisão), como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade). O mesmo autor lembra que não se pode desprender a realização histórica do Estado Liberal de uma determinada situação socioeconómica e sociopolítica, visto conotar-se como verdadeiro Estado burguês, identificando-se como com os valores e interesses da burguesia que, então, conquista, no todo ou em grande parte, o poder político e económico.

[100] ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, "*Finanças Públicas e Direito Financeiro*", Vol. I e II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 52 e ss. Refere o autor que o sector público no liberalismo não ultrapassava os 15% do produto nacional, dado que o Estado se absteve de prosseguir muitas das actividades que até esse período desenvolvia.

[101] JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, "*Lições de Finanças Públicas*", Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 40. Entre outros, sobre a Escola Clássica e o período liberal, leia-se SOARES MARTINEZ, Economia Política, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 194 e ss.

como estava antes de pagar o imposto ou suportar a despesa")[102]. Sob a égide do princípio do equilíbrio orçamental, um dos traços marcantes das finanças liberais, impunha-se que as despesas normais fossem financiadas por receitas normais, podendo apenas recorrer-se ao crédito em situações de guerra ou calamidade. Trata-se da chamada *regra de ouro* das finanças liberais, visando que gerações futuras não ficassem oneradas pelo recurso ao crédito, por parte do Estado, e evitando um desvio de dinheiro do sector público para o sector privado[103].

A catástrofe económica que representou a Grande Depressão despoletada pela crise bolsista de 1929, deixando um quarto da população activa norte-americana desempregada e colocando mesmo em risco o modelo de economia de mercado e o próprio modelo democrático (como se veio a verificar na Europa continental, com a ascensão de regimes totalitários ao poder), levantou questões sobre as razões da crise económica e motivou uma revisão dos fundamentos teóricos do individualismo económico, defendido pela ESCOLA CLÁSSICA, nomeadamente no que toca ao papel do sector público como impulsionador da procura agregada na economia[104].

Em 1936, o economista britânico JOHN MAYNARD KEYNES abre um novo capítulo na história da teoria económica, particularmente no que concerne à resposta macroeconómica a dar a ciclos depressivos, com a obra "*The General*

---

[102] ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, "*Finanças…*"p. 55. JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, "*Lições…*", p. 41, entende por finanças neutras aquelas que não modificam as posições relativas dos particulares e que, portanto, tiram a cada indivíduo, através da cobrança de impostos, tanta utilidade quanto a que lhe restituem através da prestação de bens públicos, ressalvando, contudo, que não existem finanças verdadeiramente neutras porque, em geral, não há equilíbrio entre a utilidade que perde e a utilidade que ganha cada indivíduo.

[103] MARIA D`OLIVEIRA MARTINS, Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro, Almedina, Coimbra, 2012, p. 17.

[104] O grande sinal de mudança do paradigma económico, no sentido da intervenção estatal na economia, deu-se com a aprovação, em 1933, do programa de investimentos públicos "*New Deal*", nos Estados Unidos, sob a presidência ROOSEVELT. Diversos projectos foram realizados, nomeadamente na área das grandes obras públicas, de forma a impulsionar a economia, deprimida pelo *crash* de 1929, e criar emprego. No entanto, o programa de investimentos conheceu forte oposição interna pelo perigo de acarretar o aumento do défice público.

Theory of Employment, Interest and Money"[105]. KEYNES advoga que a intervenção governamental, através da política monetária (alterando a quantidade de moeda a circular para influenciar as taxas de juro) e da política orçamental (alterando a política fiscal, do lado da receita, e o investimento público, do lado da despesa, para influenciar a procura agregada)[106], de forma algo céptica na primeira, mais contundentemente na segunda, é a solução para uma economia em estado recessivo, visto que, do ponto de vista keynesiano, uma recessão ou, nos caso mais graves e prolongados, uma depressão são resultado de uma procura agregada inadequada[107]. Com efeito, afirma-se que o keynesianismo é uma teoria

[105] Podemos dizer que o interesse pelos temas macroeconómicos nasceu com a Grande Depressão dos anos 30, apontando-se para soluções entendidas como extra-mercado: a intervenção do sector público numa área até aí considerada tendencialmente fora do seu campo de actuação. A depressão dos anos 30 chamava a atenção para algo estranho, ou até absurdo, à análise da Escola Clássica dado que se constatava uma situação de carência no meio de uma relativa abundância de recursos e havia uma incapacidade de alocar esses mesmos recursos desempregados às situações de carência. FERNANDO ARAÚJO, "*Introdução…*", p. 635, assinala que foi JONH MAYNARD KEYNES que constatou que elevados níveis de poupança, em vez de sinalizarem apenas disponibilidade de fundos para investir, poderiam antes, paradoxalmente, sinalizar aos empresários baixos níveis de consumo por parte dos aforradores, sendo que por isso um elevado nível de poupança, em vez de facilitar uma elevação do nível de investimento, poderia ao invés determinar uma retração do investimento, agravando a disparidade entre os dois valores e gerando o desemprego desses fundos disponíveis. Ao não se dar esta coincidência global entre poupança e investimento, teriam que ser os produtores a suportar sozinhos este amortecimento das variações do consumo através de flutuações dos "*stocks*", variando entre escassez e excessos indesejados em função do consumo e da poupança. Sobre a teoria económica keynesiana, leia-se a detalhada passagem de SOARES MARTINEZ, "*Economia…*", pp. 321 e ss.

[106] Na óptica pós-keynesiana apenas se justificará qualquer consideração isolada de equilíbrio orçamental na medida em que não agrave as condições de realização dos objectivos gerais da política económica. Considera-se a política orçamental como um meio de uma política económica, norteada por objectivos de pleno emprego, de crescimento ou de outra finalidade ditada pela política do Estado. Neste sentido, também a tesouraria deixa de ser "uma pura caixa do Estado" para se tornar um instrumento da política monetária. Mesmo o recurso aos mercados de dívida pública é empreendido independentemente da correspondência entre um certo tipo de despesas e um certo tipo de receitas. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, "*Finanças…*"p. 381.

[107] Os *keynesianos* acreditam, contrariamente ao veiculado pela ESCOLA CLÁSSICA, que, por os preços serem de certa forma rígidos, as flutuações de qualquer componente da despesa (consumo, investimento ou despesas do Estado), provocam uma flutuação da produção. Se a despesa do Estado aumentar, e todos os outros componentes da despesa se mantiverem constantes, então a produção aumenta. Neste ponto se aplica o efeito multiplicador da despesa, isto é a produção aumenta por um múltiplo na alteração original na despesa que a causou (um aumento de 10 milhões de euros na despesa do Estado poderia fazer com que a produção total aumentasse 15

da despesa total da economia (designada por procura agregada), sendo esta influenciada pela política monetária e orçamental e que qualquer alteração na despesa total da economia tem o seu maior impacto no curto prazo sobre a produção real e o emprego (e não sobre os preços, salvaguardando a inflação que se altera lentamente)[108][109].

A convicção keynesiana é a de que uma intervenção estatal ajuda a estabilizar a economia e funciona eficazmente de modo contra-cíclico. É justificada pelo facto de as flutuações económicas reduzirem significativamente o bem-estar económico; por o sector público ter conhecimentos e capacidade suficiente para corrigir problemas no mercado livre e por se considerar que o desemprego é um problema mais importante do que a inflação.

Em geral, podemos sintetizar os pressupostos da teoria económica keynesiana nos seguintes termos: a procura agregada desempenha um papel

milhões de euros, um multiplicador de 1,5). Sobre o efeito multiplicador da despesa no pensamento keynesiano, *vd*. ALAN S. BLINDER, "*Enciclopédia de Economia*", Principia, 2000, p. 134.

[108] A KEYNES se atribui um famosa afirmação para realçar este aspecto - "In *the long-run we are all dead*". Esta ideia está patente nas Curvas de Phillips, que mostra a inflação a reagir lentamente, quando o desemprego se altera. A noção-chave em que se baseia a Curva de Phillips é que, assumindo que políticas públicas expansionistas conduzem a taxas de desemprego menores, o Estado cai no dilema da verificação de um "*trade-off*" a curto prazo entre taxa de desemprego e e inflação, ou seja, uma correlação negativa em que taxas de desemprego elevadas induzem baixa inflação e taxas de desemprego baixas induzem taxas de inflação altas. A este propósito, PAUL KRUGMAN, "Economics...", pp. 916 e ss.

[109] Sob a ortodoxia económica anterior a KEYNES, entendia-se que as poupanças e o investimento se ajustariam continuamente através de alterações nas taxas de juro. Qualquer tendência para maior poupança do que investimento conduziria a uma descida das taxas de juro, o que, simultaneamente, reduziria a propensão para a poupança, induzindo o investimento. Contudo, na perspectiva keynesiana, uma política central baseada somente na alteração das taxas de juro não desempenha eficazmente esse papel ajustador. Como eloquentemente escreve JOHN MAYNARD KEYNES, "*The General Theory of Employment, Interest and Money*", Macmillan Cambridge University Press, 1973, pp. 378 e ss., "*The State will have to exercise a guiding influence on the propensity to consume partly through its scheme of taxation, partly, perhaps, in other ways. Furthermore, it seems unlikely that the influence of banking policy on the rate of interest will be sufficient by itself to determine an optimum rate of investment. I conceive, therefore, that a somewhat comprehensive socialisation of investment will prove the only means of securing an approximation to full employment.*"

decisivo na determinação do nível de produção; não há uma tendência automática para que o nível de poupança e o nível de investimento coincidam, dado que o nível de investimento não varia, primordialmente, em função das taxas de juro; o Estado, através da sua política orçamental, pode alterar o nível de procura agregada para baixar a taxa de desemprego[110].

Assenta a política económica da transição para o Estado intervencionista neste conjunto de premissas teóricas, sendo que, estas, por sua vez, são resultado da revisão do pensamento clássico, empreendida por KEYNES[111]. Novamente, como aponta SOUSA FRANCO, além de uma série de acontecimentos que foram justificando uma maior intervenção do Estado na direcção da vida económica, como sejam o aumento da intervenção política das classes mais desfavorecidas e das próprias classes médias por via do sufrágio universal ou o aparecimento de uma larga diversificação de modelos sociais de desenvolvimento, podem ser indicadas como causas do abandono do modelo liberal o surgimento de correntes ideológicas antiliberais tendentes a demonstrar que a teoria do equilíbrio na economia, tal como advogada pela ESCOLA CLÁSSICA inglesa e aprimorada posteriormente pelo economista francês LEON WALRAS[112], não existia. Somente a intervenção estatal poderia contrariar as situações de

[110]Na linha da caracterização da doutrina económica keynesiana veiculada pelo "*Dictionary of Economics*", Penguin Books, 2003, p. 214 e, em particular, no que concerne ao tema das políticas macroeconómicas, seguindo de perto ROBERT SKIDELSKY, Keynes, "*The return of the master*", Penguin Books, 2010, pp. 174 e ss.

[111] Sem prejuízo de se atribuir a KEYNES o impulso que alterou profundamente o pensamento económico no pós- Segunda Guerra Mundial, designadamente na consideração do pleno emprego como objectivo fundamental das políticas económicas, *pari passu* com a intensificação das despesas públicas nos momentos de crise, veio a verificar-se posteriormente que as ideias de KEYNES tinham sido alcançadas ao mesmo tempo pelo polaco KALECKI e por um grupo de economistas da Escola sueca, discípulos de KNUT WICKSELL. Francisco Pereira de Moura, "*Lições…*", p. 92.

[112] No final do séc. XIX, o francês LEON WALRAS, que, em conjunto com WILFREDO PARETO, formam a chamada ESCOLA DE LAUSANNE, esclarece a ideia de interdependência de todos os valores no sistema económico (mercados dos produtos e dos factores de produção), definindo as condições de um equilíbrio estável, com base na existência de forças que compensam automaticamente os desvios e tendem a restabelecer o estado primitivo. Sobre o assunto e a teoria da utilidade marginal, em geral, leia-se ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, "*Noção…*", pp 109 e ss.

desequilíbrio, através do uso intensivo de instrumentos financeiros, na linha keynesiana, como forma de luta contra o desemprego[113].

É neste enquadramento que o sector público, numa evolução constante até aos anos 70 do séc. XX, passa a ter um maior peso e as formas de intervenção central na economia se diversificam quantitativa e qualitativamente[114]. Entre as finalidades do Estado destacam-se, neste contexto, a resposta às necessidades de carácter social (típica das funções do apelidado Estado de bem-estar[115]), a estabilização conjuntural ou a correcção estrutural e o crescimento e desenvolvimento económico. Assim, como características nucleares do modelo de Estado intervencionista deparámo-nos com o equilíbrio entre economia privada e economia pública (no âmbito de um sistema económico que tende a ser misto, situado num meio termo de equilíbrio entre a subordinação da economia pública à privada - modelo liberal - e a subordinação da privada à pública - modelo colectivista); a regra do óptimo substitui, como critério definidor do sector público, a regra do mínimo (sob a sua égide, a prossecução da melhor satisfação das necessidades públicas e do possível óptimo social inspiram as políticas económicas); o sector público assume uma dimensão crescente, passando a constituir valores compreendidos entre os 30% e os 50% do produto nacional bruto; as entidades públicas multiplicam-se, a par do

[113] ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, "*Finanças…*", pp. 58 e ss.

[114] Distingue ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, "*Finanças…",* p. 62, intervencionismo de dirigismo económico estatal, notando que, se no intervencionismo o funcionamento da economia continua a basear-se essencialmente no livre comportamento dos sujeitos económicos, havendo somente uma função correctiva ou ajustadora, nomeadamente, quanto a falhas de mercado ou redistribuição da riqueza, já no caso do dirigismo há uma ideia de direcção da economia, através da qual os agentes económicos privados são coagidos a comportar-se de acordo com os fins fixados no plano, no caso de regimes socialistas.

[115] MARIA D`OLIVEIRA MARTINS, "*Lições…*", p. 18, afirma, a propósito do Estado de bem-estar, que o primeiro princípio da economia de bem-estar pressupõe que mercados competitivos em equilíbrio se caracterizem por uma afectação de recursos eficiente (óptimo de Pareto). O segundo princípio fundamental da economia de bem-estar reside na circunstância de a afectação óptima paretiana, através de um equilíbrio de concorrência, poder ser alcançada através de transferências e impostos adequados; concretizando a ideia por outras palavras, o Estado, em prol da equidade e da eficiência, promove uma redistribuição de rendimentos por via da sua política fiscal.

aumento da carga fiscal e do recurso aos empréstimos públicos; o relacionamento entre as finanças públicas e a economia muda drasticamente, assentando o modelo pós-liberal na utilização de políticas financeiras ao serviço de políticas sociais e económicas (o ideal de neutralidade das finanças públicas é preterido em favor do princípio da funcionalidade na prossecução de fins extra-financeiros, como sejam fins sociais ou económicos)[116].

JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO indica ainda como finalidades do Estado, sob modelo intervencionista, a redistribuição do rendimento (Estado transfere rendimentos dos ricos para os pobres ou organiza serviços de que os mais pobres beneficiem), a estabilização económica (nas vertentes de estabilidade de emprego e de estabilidade do nível de preços a curto prazo) e, em geral, o desenvolvimento económico.[117]

Se no período do pós-guerra se assiste a um triunfo da corrente keynesiana, na década de 70 e 80, período economicamente conturbado pelas crises monetárias e o "*choque do petróleo*", verifica-se uma inversão das correntes de pensamento económico dominantes. Em termos gerais, constatou-se neste período o surgimento de movimentos monetaristas e neoliberais, oriundos, de forma mais notória da ESCOLA DE CHICAGO e da ESCOLA AUSTRÍACA, colocando novamente em causa a velha questão da intervenção estatal na economia[118].

---

[116] ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, "*Finanças…*", pp. 61 e ss.

[117] JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, "*Lições…*", p. 42.

[118] Além das correntes de pensamento neoliberal e monetarista, encabeçadas, respectivamente, por HAYEK e MILTON FRIEDMAN, a intervenção do sector público na economia já havia sido questionada por JAMES BUCHANAN e GORDON TULLOCK, quando escrevem acerca, não das falhas de mercado, mas das falhas do próprio Estado: a Teoria da Escolha Pública. Dado que os indivíduos na esfera privada prosseguem interesses próprios, também os indivíduos na esfera pública defendem os seus interesses em preterimento da prossecução do interesse público. Dois dos alicerces da Teoria da Escolha Pública residem na falta de incentivos para os eleitores supervisionarem os agentes públicos (o impacto directo de um voto bem informado é praticamente nulo) e na captura da gestão pública por grupos de interesse, organizados por indivíduos cujos ganhos resultantes da acção do Estado podem ser avultados. O Estado, segundo esta matriz, será necessariamente imperfeito e incapaz de corrigir as falhas no sector privado, considerando as suas próprias falhas intrínsecas; podemos falar na substituição da visão do Estado

Tendo MILTON FRIEDMAN como pensador económico de destaque, a ESCOLA DE CHICAGO é associada à defesa da economia de mercado livre e ao monetarismo[119]. Advoga, no plano microeconómico, retomando uma ideia da ESCOLA CLÁSSICA, que os mercados assumem uma alocação de recursos, tendencialmente, eficiente e que a intervenção do sector público deve ser mínima; no plano macroeconómico, a tese monetarista implica que o crescimento da oferta de moeda tem forte impacto sobre a inflação e que políticas governamentais de índole keynesiana, tendo como intuito a alteração da procura agregada, devem ser evitadas[120].

As acções, livres de regulação central, por parte dos agentes económicos actuantes são consideradas como socialmente benignas, sugerindo a ESCOLA DE CHICAGO uma abordagem "*soft*" em matéria de regulação concorrencial (aliás,

---

como um agente benevolente ao serviço da comunidade pela ideia *hobbesiana* do Leviatã. A este propósito, FERNANDO ARAÚJO, "*Introdução…*", pp. 612 e ss e DAVID R. HENDERSON, JOÃO CÉSAR DAS NEVES, "*Enciclopédia de Economia*", Principia, 2000, pp. 187 e ss.

[119] PAUL KRUGMAN, "*Economics…*", pp. 963 e ss. assinala que, se KEYNES era céptico relativamente à eficácia da política monetária em condições de depressão económica (posição partilhada por muitos economistas modernos, nomeadamente, se tivermos em conta o conceito de "*liquidity trap*"ou armadilha de liquidez - uma situação em que a política monetária é ineficaz dado que a taxa de juro nominal se encontra no limite zero), MILTON FRIEDMAN enfatizou a importância da política monetária no crescimento económico ao defender que o Produto Interno Bruto de uma economia crescerá se os bancos centrais fixaram uma taxa de crescimento da massa monetária e a mantiverem, independentemente das flutuações económicas. Contudo, segundo KRUGMAN, MILTON FRIEDMAN não favorece qualquer activismo relativamente a efeitos contra-cíclicos da política monetária, antes defendendo uma política monetária em "piloto automático", em função da taxa-alvo de crescimento da massa monetária.

[120]Sobre a política orçamental em matéria de despesas públicas, escreve MILTON FIEDMAN, "*Capitalism and Freedom*", The University of Chicago Press, Chicago, 2002, pp. 75 e ss. "*More recently, the emphasis has been on government expenditures neither to prime the pump nor to hold in check the specter of secular stagnation but as a balance wheel. When private expenditures decline for any reason, it is said, government expenditures should rise to keep total expenditures stable; conversely, when private expenditures rise, governmental expenditures should decline. (...) The chief harm done by balance wheel theory is therefore not that it as failed to offset recessions, which it has, and not that it has introduced an inflationary bias into governmental policy, which it has done too, but it has continuously fostered an expansion in the range of governmental activities at the federal level and prevented a reduction in the burden of federal taxes. (...) Far from being a balance wheel offsetting other forces making for fluctuations, the federal budget has if anything been itself a major source of disturbance and instability*."

defende que as falhas de mercado, nomeadamente situações de monopólio advêm de políticas de regulação centrais falhadas). É frequentemente considerada uma corrente actual do velho modelo "*laissez-faire*" liberal.[121]

A ESCOLA AUSTRÍACA, liderada por FRIEDRIECH HAYEK e VON MISES, é fortemente crítica do planeamento central da economia, fazendo a apologia da economia de mercado livre, na linha do liberalismo clássico. Neste sentido, HAYEK em particular, defendendo a livre actuação dos agentes económicos (justifica-o pela disseminação de conhecimento numa economia de mercado, condição imprescindível de um sistema económico eficiente) e associa o modelo socialista de decisão económica centralizada a uma total perda de liberdade por parte dos indivíduos[122][123].

Paralelamente, a partir da década de 80, especialmente após o ciclo recessivo provocado pelo segundo choque petrolífero de 1979, deu-se uma superação da crença na excelência da intervenção do Estado e cresceram as críticas relativamente à dimensão desproporcionada do sector público.

Como escreve, com detalhe, MARIA EDUARDA AZEVEDO, os argumentos de natureza doutrinal combinaram-se com a reacção com às falhas de intervenção central na economia, ao descrédito do efeito multiplicador da despesa keynesiano, às manifestações da ineficácia das soluções encontradas pelo Estado-Providência e ao elevado custo financeiro do sector público, gerador de défices

---

[121] De forma crítica, PAUL SAMUELSON, "*Economia…",* p. 877, apelida a ESCOLA DE CHICAGO de libertária, afirmando que promove um assalto científico, à teoria económica, ao serviço dos interesses conservadores.

[122] Acerca da ESCOLA AUSTRIACA, DAVID R.HENDERSON, JOÃO CÉSAR DAS NEVES, "*Enciclopédia…*", pp. 144 e ss.

[123] Relativamente ao planeamento central da economia e à perda de liberdade individual, FRIEDRICH HAYEK, "*Road to Serfdom*", Routledge, 2001, p. 95 "*The so-called economic freedom which the planners promise us means precisely that we are to be relieved of the necessity of solving our own economic problems and that the bitter choices which this often involves are to be made for us. Since under modern conditions we are for almost everything dependent on means which our fellow men provide, economic planning would involve direction of almost the whole of our life. There is hardly an aspect of it, from our primary needs to our relations with our family and friends, from the nature of our work to the use of our leisure, over which the planner would not exercise his conscious control*."

orçamentais persistentes[124] que acarretavam o recurso aos empréstimos como forma de equilíbrio das contas públicas[125].

Na mesma linha, SOUSA FRANCO refere-se à eclosão de orientações neoliberais, nas décadas de 70 e 80, favorecidas pela repetição de pontos depressivos no contexto de uma conjuntura económica instável, que se manifestaram na economia real através das políticas dos governos de Margaret Thatcher, no Reino Unido, e de Richard Nixon e Ronald Reagan, nos Estados-Unidos[126]. As reduções de impostos e o corte nas despesas públicas enquadram-se numa concepção ideológica que tem como premissa a redução do sector público. Em particular, a administração Reagan tomou o arauto da defesa da iniciativa e dos investimentos do sector privado, concretizado através de cortes nos impostos e reduções na despesa pública, naquela matriz de política económica que viria a ficar conhecida como "*supply-side economics*"[127].

---

[124] Um dos principais problemas apontado por alguma doutrina económica ao aumento do endividamento público tem como ponto de partida o chamado efeito "*crowding-out*": o mecanismo económico pelo qual o aumento da dívida pública implica a diminuição do investimento privado pela indução de um aumento nas taxas de juro, mantendo-se a procura agregada na economia ao mesmo nível que se encontrava antes da contracção do empréstimo e do investimento público. *Vd*. "*Dictionary of Economics*", Penguin Books, 2003, p. 83.

[125] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…",* pp. 83 e ss. Escreve ainda a autora que o Estado é acometido a uma posição secundária, concretizando, ao invés de actuar directamente, tenta captar o potencial da sociedade com o intuito de extrair o melhor das capacidades privadas para atingir objectivos públicos.

[126] ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, "*Finanças…",* p.383.

[127] O pressuposto de funcionamento da "*supply-side economics*" baseia-se na crença de que uma redução acentuada da carga fiscal promove incentivos à iniciativa privada (se quisermos, incentivos para trabalhar) e ao investimento privado, induzindo, por conseguinte, um aumento potencial da produção. Ainda assim, considera a doutrina "*supply-sider*" que uma redução das taxas dos impostos teria um efeito tão exponencial no crescimento económico, que o agregado total de receita fiscal angariada pelo Estado aumentaria (corolário da hipotética Curva de Laffer - suposta correlação negativa entre as taxas e a receita fiscal total: quando as taxas sobem a receita fiscal total desce, quando as taxas descem a receita fiscal total aumenta.) Fortemente crítica da corrente keynesiana, a teoria "*supply-sider*" foi a base da campanha presidencial de Ronald Reagan, em 1980. Ainda assim é considerada com um certo descrédito por grande parte da doutrina económica actual, pela falta de comprovação empírica dos resultados desta teoria económica. No seguimento de PAUL KRUGMAN, "*Economics…*", p.970 e "*Dictionary of Economics*", Penguin Books, 2003, p. 373.

1.4.2. O Estado Pós-Social, o investimento e as PPP`s

Desembocando no século XXI, o modelo económico-financeiro da intervenção do Estado, pelo menos se atendermos aos Estados de matriz democrática ocidental, preterindo a análise de economias sob modelos de capitalismo de Estado (pensemos no caso da República Popular da China) ou economias colectivistas (pensemos no caso da República de Cuba, ainda que dando conta, recentemente, de sinais de abertura ao modelo de economia de mercado ocidental), caracteriza-se por um misto de alguns elementos do modelo intervencionista e alguns elementos do modelo liberal clássico.

PAULO TRIGO PEREIRA e JOÃO CÉSAR DAS NEVES, entre numerosa doutrina, no seguimento do ensinamento de RICHARD MUSGRAVE[128], consideram como funções do Estado na economia a função de afectação dos recursos (o sector público contribui para uma afectação eficiente dos recursos na economia, sendo concretizada pela provisão de bens e serviços públicos, pela correcção dos comportamentos dos agentes económicos através da criação de impostos ou subsídios que incorporem os efeitos externos da sua actividade e, por último, pela regulação de certas actividades produtivas), a função de redistribuição (considera-se que certas correcções à distribuição do rendimento são justificadas por motivos de justiça distributiva) e a função de estabilização macroeconómica (utilização dos instrumentos financeiros na promoção do pleno emprego e no controlo da inflação)[129].

A qualificação das funções económicas do Estado avançada por RICHARD MUSGRAVE, mantendo-se plenamente actual, tem sido aprofundada por alguma doutrina, nomeadamente por JOSEPH STIGLITZ, que afere as funções do Estado

---

[128] O autor norte-americano elenca as funções do Estado como: "*alocative function*", "*distribution function*", "*stabilization function*". Trata-se de uma posição ainda hoje consensual, partilhada por boa parte da doutrina económica actual. RICHARD MUSGRAVE, "*The Theory of Public Finance*", Macgraw Hill, 1958, pp. 7 e ss, e RICHARD MUSGRAVE/PEGGY MUSGRAVE, "*Public Finance in Theory and Practice*", Macgraw Hill, 1958.

[129] Entre outros, PAULO TRIGO PEREIRA/ANTÓNIO AFONSO/MANUELA ARCANJO/JOSÉ CARLOS GOMES SANTOS, "*Economia e Finanças Públicas*", Escolar Editora, 2012, pp. 11 e ss. e JOÃO CÉSAR DAS NEVES, "*Introdução à Economia*", Verbo, 1992, pp. 68 e ss.

em dois vectores: eficiência (que se reconduz aos objectivos de afectação dos recursos e estabilização macroeconómica) e equidade (que se reconduz ao objectivo de distribuição do rendimento)[130]. A configuração da intervenção do sector público na economia em função da enumeração dos objectivos referidos anteriormente não se compadece, em nossa opinião, com um suposto regresso ao modelo liberal clássico.

Contudo a retracção acentuada das políticas públicas e as críticas às falhas da intervenção central na economia, fruto de uma corrente de pensamento neoliberal que surgiu nos anos 70 e 80 e invadiu a chamada "*mainstream economics*"[131], também impedem a recondução da moldura actual aquela que se constatou no período pós-Segunda Guerra Mundial, um período iminentemente intervencionista sob a égide do legado de KEYNES.

Sintetizando, EDUARDO PAZ FERREIRA refere que as vicissitudes dos ESTADOS DE BEM ESTAR SOCIAL, especialmente os elevados custos inerentes à manutenção de um sector público alargado e a dificuldade em encontrar um amplo acordo social em que se pudesse basear, levam a que se procurem novas formas de enlace entre Sociedade e Estado. Concretizando, o autor assinala que ainda que não haja um abandono de uma presença activa do Estado na economia, pelo menos enquanto agente regulador, o sector público abandona parcialmente as formas de actuação unilateral, daí os fenómenos de concertação económico-social e contratualismo económico[132] no seio da Administração, e dá

[130] JOSEPH STIGLITZ, "*Economics of the Public Sector*", W. W. Norton & Company, 2000, p. 92.

[131] Uma das manifestações desta corrente neoliberal é, no plano económico institucional, o chamado "*Consenso de Washington*". Trata-se de um conjunto de políticas, que remontam ao final da década de 80, implementadas por instituições com sede em Washington (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, BANCO MUNDIAL e DEPARTAMENTO DO TESOURO DOS ESTADOS UNIDOS), cujos pilares são, em termos gerais, a privatização do sector público, a austeridade fiscal e a liberalização dos mercados. JOSEPH STIGLITZ, "*Globalization and Its Discontents*", W. W. Norton & Company, 2001, pp. 46 e ss. critica veementemente o que considera ser fundamentalismo neoliberal, que se traduz na "*standardização*" destas políticas a nível global ou, nas suas palavras, no tratamento "*one size fits all*" de economias individualizadas.

[132] No entendimento de CABRAL DE MONCADA, "*Direito…*"pp. 621. e ss, o fenómeno do contratualismo económico é uma solução de compromisso entre as exigências constitucionais do

primazia à iniciativa privada e aos mecanismos de mercado como forma de conseguir o máximo de bem-estar na Sociedade (daí o fenómeno da privatização dos serviços públicos)[133]. Note-se que, pese embora o sector privado tenha vindo a assumir a responsabilidade pela provisão de alguns serviços públicos, ao Estado continua a não ser indiferente, mesmo que directamente não provisione ou produza, a qualidade, performance ou continuidade da satisfação das necessidades públicas. Portanto, o Estado indica, conduz, fiscaliza e promove a satisfação dessas necessidades, não se reconduzindo, ainda que contra fortes correntes neoliberais, ao Estado típico do liberalismo clássico[134].

Seguindo a mesma orientação, NAZARÉ COSTA CABRAL, a propósito do enquadramento da abordagem PPP no tema da mutação das funções do Estado, constata a passagem do modelo de ESTADO EMPRESÁRIO E PRODUTOR para um modelo de ESTADO REGULADOR[135].

Existe, pois, uma profunda conexão entre o fenómeno da regulação, que não cabe aqui aprofundar, ou a assunção do ESTADO REGULADOR, e o fenómeno

---

modelo de Estado intervencionista e a estrutura liberal da ordem jurídica económica, como meio possível de associar particulares ao desempenho de atribuições de interesse geral. Com referência ao objecto deste tipo de contratos, o autor distingue entre convenções de colaboração para fins intervencionistas e convenções de administração económica: as primeiras tendo como objecto a atribuição convencional às entidades privadas de tarefas próprias de um serviço público, as segundas tendo como objecto a obtenção do particular de uma prestação ou de um comportamento conforme à política de intervenção do Estado previamente definida pelas normas orientadoras da sua actividade neste domínio. Insere as concessões de serviços públicos, como tipo contratual PPP, na primeira categoria.

[133] EDUARDO PAZ FERREIRA, "*Lições…*", pp. 335 e ss.

[134] MARIA JOÃO ESTORNINHO, "*A Fuga para o Direito Privado*", Almedina, Coimbra, 1999, p. 98, assinala, numa sugestiva e ilustrativa adaptação da expressão "*laissez faire*" que, se no Estado Liberal a Administração pautava a sua actuação pelo lema do *laissez-faire*, já no periodo do Estado Social pautava a sua actuação pelo lema do "*faire elle-même*"; no Estado Pós-Social actual pauta a sua actuação pelo "*faire-faire*", dado que fica incumbida das tarefas de planeamento, fomento e controlo.

[135] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", p. 28. Na mesma linha, COMISSÃO EUROPEIA, "*Livro Verde…*", p. 3, quando afirma: "*O desenvolvimento das PPP's insere-se ainda na evolução geral do papel do Estado na esfera económica, passando do papel de operador directo para o de organizador, de regulador e fiscalizador.*"

do redimensionamento do sector público através do movimento de liberalização e privatização de serviços ou activos públicos[136][137].

Fazendo uso de uma acepção ampla de privatização do sector público, que abranja não só, em sentido estrito, a transferência de propriedade, mas também qualquer forma de associação dos privados à satisfação das necessidades públicas, as PPP`s são uma das manifestações dessa redefinição de fronteiras entre sector público e privado, concretizada através de privatizações ou fenómenos que lhe são próximos e causa do incremento da competência regulatória do Estado[138].

Para além de justificações relacionadas com as tão apregoadas vantagens comparativas do sector privado (gestão mais eficiente, económica e eficaz)[139], sob o ponto de vista estritamente financeiro, o recurso à abordagem PPP não deixa de ser o reconhecimento de uma insuficiência de recursos, por parte do sector público, para assegurar a satisfação das necessidades colectivas. Com efeito, a contenção orçamental caracteriza as finanças do Estado moderno,

[136] EDUARDO PAZ FERREIRA, "*Ensinar…*", p. 235. Como referem EDUARDO PAZ FERREIRA, LUÍS SILVA MORAIS, GONÇALO ANASTÁCIO, "*Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?",* Almedina, Coimbra, 2009, p. 19, a crise do modelo do Estado intervencionista conduziu a um processo de transformação desse modelo que assenta em dois movimentos essenciais: um movimento intenso de privatização (especialmente a privatização de empresas públicas) e um movimento cada vez mais alargado de liberalização (traduzido no desmantelamento gradual de direitos especiais ou exclusivos existentes nos Estados – Membros e que permitiram manter múltiplos sectores económicos essenciais desses Estados fechados à concorrência). Entendem os autores que os movimentos de liberalização e privatização são elementos indutores de uma alteração do padrão das relações entre Estado e economia e do consequente desenvolvimento de uma nova dimensão de intervenção indirecta do Estado na economia através da regulação.

[137] MARIA JOÃO ESTORNINHO, "*Direito Europeu…*", p.88, a propósito do novo contexto comunitário nacional de privatizações, liberalização, abertura à concorrência e internacionalização dos contratos públicos, assinala que mais do que Estado regulador, constata uma Europa reguladora. Assinala também, desta vez relativamente às concessões de serviços públicos, que o Estado cada vez mais assume sobretudo tarefas de garantia e controlo, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução, tende a ser substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação ou, até, uma mera responsabilidade de controlo ou de fiscalização.

[138] Neste sentido, PAUL LIGNIERES, "*Partenariat…*", p. 23: "*…par la libéralisation du secteur et la privatisation des entreprises públiques , l`État transfère définitivement la competence au secteur privé et il ne conserve qu`une fonction de réglementation et de régulation*.".

[139] JOSEPH STIGLITZ, "*Economics…*", pp. 199 e ss.

principalmente se considerarmos que os países integrantes da UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA estão sujeitos a regras de controlo orçamental previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia e reforçadas pelo Pacto Orçamental, assinado em 2012[140]. Já no ordenamento interno, ainda que num primeiro período, ao longo dos anos 90, a ausência de uma moldura legal e orçamental não tenha impedido a Administração de optar pela modalidade de contratação PPP, nomeadamente no sector dos transportes (caso da Ponte Vasco da Gama, do Programa de Concessões Rodoviárias, da Travessia Ferroviária da Ponte 25 de Abril ou do Metro Ligeiro de Superfície Sul do Tejo)[141], a

[140] De acordo com o Pacto Orçamental os Estados-Membros da União Europeia devem inscrever na sua Constituição ou em lei com valor equivalente um limite ao défice estrutural de 0,5%, o qual acresce ao limite de 3% previsto no Tratado de Funcionamento da União Europeia. Quanto à dívida pública mantem-se o limite de 60% do Produto Interno Bruto; *vd*. MARIA d`OLIVEIRA MARTINS, "*Lições…*", p.34. No mesmo sentido, sobre os constrangimentos orçamentais dos países sujeitos ao Pacto de Estabilidade e Crescimento e o recurso à contratualização PPP como via de distender a despesa por vários anos orçamentais, OCDE, "*Public-Private…*", p.46: "*Given the bulky nature of large infrastructure capital outlays, the result might be that the large financial size of capital projects may contribute to breaking the budget deficit limit in the year in which the government undertakes the outlays. Should the project be completed in terms of PPP, instead of traditional procurement, the private sector will be responsible for the initial bulky capital outlay. The government will then (in the absence of user charges), on a regular basis and as part of its current expenditures, pay the private partners a fee for services delivered*."

[141] TOMASZ KOZLUK, TIMO VALILA, AARON MEHROTRA, "Roads on a downhill? Trends in EU infrastructure investment", *European Investment Bank Papers*, vol. 10, 2005. Analisando a evolução e as determinantes do investimento público em infra-estruturas na União Europeia, os autores concluem que, se em termos absolutos o valor investido pelo sector público em infra-estruturas tem aumentando de forma constante, quando medido em função do crescimento do Produto Interno Bruto constata-se que tem vindo a cair desde os anos 70. Encontram justificação para tal declínio em situações de consolidação orçamental (seguindo o mesmo entendimento, INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public Investment and Fiscal Policy*", 2004, p.9: "*(…)there is, however, evidence that public investment has fallen because of fiscal adjustment.*."). Contudo, notam que os únicos países da União Europeia em que o financiamento privado de infra-estruturas, nomeadamente as PPP`s, possa ter tido influência sistémica no declínio do investimento público em infra-estruturas são o Reino Unido e Portugal, considerando que nos restantes países da União Europeia o valor dos projectos sob modalidade PPP é diminuto se comparado com o valor total investido em infra-estruturas. Relativamente à desenvoltura da abordagem PPP em Portugal, já em 2008, nas suas "*Linhas de orientação e procedimentos a adoptar nas auditorias externas a realizar aos projectos de parcerias público-privadas*", o TRIBUNAL DE CONTAS sublinhava que Portugal é o país europeu com maior percentagem de PPP, quer em relação ao Produto Interno Bruto, quer em relação ao Orçamento de Estado. O TRIBUNAL DE CONTAS, *"Parecer*

aprovação da Lei nº 91 /2001, de 20 de Agosto (Lei de Enquadramento Orçamental), veio estabelecer um conjunto de matrizes normativas dedicadas ao fenómeno financeiro PPP[142].

Como vimos, se a crescente complexidade da Sociedade actual e a consequente implicação de o poder centralizado ter de dar respostas a um leque cada vez mais alargado de necessidades, podia fazer prever a concretização da *Lei de Wagner*[143], os custos financeiros envolvidos na prossecução dessas finalidades públicas revelaram-se, mais notoriamente a partir da década de 70, extremamente difíceis de gerir. Contudo, como eloquentemente escreve CABRAL DE MONCADA, relativamente às novas formas de contratualismo económico de que o instituto PPP é parte integrante, "*o Estado dos nossos dias não pode demitir-se da prossecução do programa constitucional por um lado, mas pelo outro não pode levá-lo a cabo senão contando com a livre adesão contratual dos destinatários ao programa de transformação estrutural de que se faz defensor*."[144]

É neste contexto que o recurso ao financiamento privado pela Administração, inerente que é aos projectos PPP, pelo menos evitando avultados investimentos de capital na fase inicial do projecto, sem prejuízo de, contudo, consoante o tipo de contrato em causa, se poderem verificar pagamentos faseados ao longo do ciclo de vida do contrato, constitui uma via de escape face à necessidade de meios financeiros que viabilizem a construção de grandes infraestruturas públicas ou a provisão de serviços de carácter social.

---

sobre a Conta Geral do Estado", 2008, pp. 49 e ss. volta a reforçar a ideia do elevado impacto financeiro das PPP nas contas públicas nacionais.

[142] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "As PPP`s e as Finanças Públicas: Reflexões sobre a Moldura Orçamental", in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 247 e ss.

[143] ADOLFO WAGNER, economista alemão do final do séc. XIX, enunciou a lei do aumento das despesas públicas: entre os países desenvolvidos verifica-se um constante aumento da actividade do Estado, não só em termos absolutos, mas também em termos relativos, quando comparada com o aumento do Produto Interno Bruto, dado que a procura de bens e serviços fornecidos pelo Estado é elástica em relação ao rendimento. *Vd.* JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, "*Lições…*", p. 133.

[144] CABRAL DE MONCADA, "*Direito…",* p. 662.

PAUL LIGNIERES constata que os constrangimentos orçamentais do Estado Pós-Social são tais, perante a impossibilidade de aumentar a carga fiscal ou contrair mais dívida pública (vale a pena assinalar que o autor escreve no ano 2000, ou seja, num período em que ainda não se perspectivava a crise da dívida soberana), que o recurso ao sector privado poder ser entendido como uma resposta financeira a uma necessidade crescente de serviços e equipamentos públicos[145]. No contexto dos países-membros da UNIÃO EUROPEIA, o autor associa essa necessidade crescente de serviços e equipamentos públicos à concretização do MERCADO ÚNICO: pressupõe uma rede de transportes moderna promove a fácil deslocação de pessoas e bens dentro do espaço europeu. Mas associa também essa necessidade crescente à liberalização de vários sectores económicos, como o sector das telecomunicações, da energia ou do transporte aéreo (a diminuição dos preços em mercados abertos à concorrência pode "criar necessidades" em indivíduos que antes não as entendiam viáveis de satisfazer, ou seja, alargar o leque de potenciais consumidores e implicar a construção de novos equipamentos ou serviços)[146].

---

[145] Contudo, analisando do ponto de vista económico as vantagens e desvantagens do recurso ao modelo PPP, TIMO VALILA, "How expensive are cost savings?, On the economics of public private partnerships", EUROPEAN INVESTMENT BANK PAPERS, Vol. 10, 2005, pp. 111 e ss. conclui que os ganhos adjacentes a este tipo de contratação são sobretudo no domínio microecómico, dado que no plano macroeconómico, nas suas palavras, "*there is no case for or against PPP's*". Afirma o autor que a criação de margem de manobra do ponto de vista orçamental, que advenha do recurso ao financiamento privado de projectos públicos é mais aparente do que real. Explica que a política orçamental, como instrumento de estabilização macroeconómica, deve ser calibrada de forma a que o nível de despesa não seja demasiado alto, envolvendo inflação, nem demasiado baixo, envolvendo contracção económica. A mera transferência de despesa do sector público para o sector privado, em termos contabilísticos, não cria espaço de manobra orçamental nas finanças do sector público para a assunção de novas despesas porque, assumindo que o sector público aumenta o nível de despesas (na pior dos casos, despesa não produtiva, assumida meramente por razões de ordem política) pela mesma medida da despesa que alocou no sector privado, estaria a enveredar por políticas demasiado expansionárias, acarrentando, na conclusão do autor, risco de inflação. As justificações do recurso ao modelo PPP devem ser estritamente económicas, em detrimento de qualquer consideração atinente à política orçamental, dado que se atendermos a justificações de ordem orçamental, o sector público pode optar pela modalidade PPP em casos cuja solução mais eficiente seria a opção pela modalidade de contratação pública tradicional, não promovendo a eficiente alocação dos recursos.

[146] PAUL LIGNIERES, "*Partenariat…*", p. 26.

Por outro lado, afastando considerações de ordem macroeconómica como critério primordial[147], TIMO VALILA aponta que o recurso à modalidade de contratação PPP (há que ter em conta que, neste caso, não nos referimos à opção de investir ou não em determinado projecto, aí, naturalmente, considerações de ordem macroeconómica seriam tomadas em linha de conta), por parte da Administração, deve ser justificado do ponto de vista microeconómico. Neste sentido, o autor conclui que as PPP`s podem oferecer ganhos de eficiência económica, quando analisadas comparativamente com a contratação pública tradicional. Contudo esses ganhos de eficiência, nomeadamente a maior eficiência produtiva (no contexto PPP, essa mesma realidade é identificada pela expressão "*value for money*") que advém do envolvimento do parceiro privado, desde que promovida por uma estrutura contratual de partilha de riscos e incentivos, que não coloque em causa a qualidade da satisfação da necessidade pública, podem ser contrabalançados ou mesmo ultrapassados pelos elevados custos de transacção inerente a este tipo de contratualização[148].

Retomando a função tripartida da intervenção do Estado na economia avançada por RICHARD MUSGRAVE (eficiente alocação de recursos, redistribuição de rendimento, estabilização macroeconómica), TIMO VALILA assinala que o

---

147 *Vd.* nota 126.

148 TIMO VALILA, "How expensive are cost savings?, On the economics of public private partnerships", *European Investment Bank Papers*, vol. 10, 2005, pp. 98 e ss. Os ganhos de eficiência económica, segundo o autor, advêm das características dos contratos PPP e , em geral, do envolvimento do parceiro privado no projecto que se traduz em três factores de eficiência produtiva: a estrutura de propriedade dos activos subjacentes à provisão do serviço, o chamado "*bundling*" contratual das diferentes fases do projecto e a estrutura de partilha de riscos e incentivos inerentes à produção dos bens e provisão dos serviços. Os elevados custos de transacção da contratualização PPP, quando comparados com os da contratação pública tradicional, estão relacionados com a complexidade da estrutura de financiamento, partilha de riscos, incentivos, propriedade (que pressupõe geralmente elevados custos de consultoria na fase pré-contratual) e a longa duração dos contratos (contratos com um ciclo de vida que se pode arrastar durante décadas podem pressupor diversas renegociações). Conclui da seguinte forma: "*there is an economic case for a PPP if it can deliver a combination of allocative efficiency and productive efficiency, at non-prohibitive transaction costs, that is superior to traditional public provision of an infrastructure or public service. Under such circumstances a PPP is a optimal instrument for public sector intervention*."

Estado, recorrendo à modalidade PPP, pode salvaguardar a sua função de eficiência alocativa dos recursos (o mesmo que dizer, a opção pela produção ou provisão do bem ou serviço público que identifica como necessidade a suprir), da mesma forma que o faria através da contratação pública tradicional, mesmo que os activos ou serviços sejam financiados e provisionados por entidades privadas.

No seguimento de MARIA EDUARDA AZEVEDO, as PPP`s tendem para a incompletude contratual dadas as dificuldades de antecipar todas as situações, tomando em linha de conta a longa duração dos contratos e o quadro de indefinição que se traduz na impossibilidade de antecipar todas as circunstâncias que possam ocorrer ao longo do período de execução do contrato. Contudo, sob modalidade PPP, é possível combinar a eficiência produtiva e a eficiência alocativa se a estrutura de propriedade e um mecanismo de incentivos adequado for concebido sob a fórmula proprietário/operador privado [149].

A função de eficiência alocativa dos recursos continua a ser retida pelo sector público através dos requisitos de "*outputs*" na realização da infraestrutura ou provisão do serviço[150], quantitativos e/ou qualitativos, estipulados e exigidos contratualmente à contraparte privada. Há que tomar em atenção, porém, que se pode se verificar uma tensão entre a prossecução da eficiência produtiva e a prossecução da eficiência alocativa dado que diminuição de custos pode significar diminuição de qualidade ou quantidade do serviço provisionado, daí a importância de uma rigorosa estipulação contratual, como referimos, nem sempre possível, ao nível dos "*outputs*" que a Administração visa atingir, quando recorre a este tipo de modalidade[151].

---

[149] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*" , pp. 429 e ss.

[150] As especificações de *outputs* de uma infraestrutura ou provisão de serviço caracterizam-se por, em vez de se focarem no "*como*" a infraestrutura deve ser construída (por exemplo, materiais, dimensões etc.) ou um serviço deve ser provisionado (por exemplo, mão-de-obra), focam-se no "*o quê*" que a infraestrutura ou serviço visam satisfazer (requisitos de serviço, disponibilidade etc). *Vd*. HERBERT ROBINSON, PATRICIA CARRILLO, CHIMAY J. ANUMBA, MANJU PATEL, "*Governance…*", p. 44.

[151] TIMO VALILA, "*How…*", p. 99. No mesmo sentido, MATHIAS DEWATRIPONT, PATRICK LEGOS, "Public-Private Partnerships: contract design and risk transfer", in *European Investment Bank Papers*, Vol. 10, 2005, p. 141: "*…PPP`s seem to better at providing incentives for life-cycle cost*

No domínio da contratualização PPP, a intervenção do sector público na economia é justificada por se constatar uma falha na produção de um bem público ou na provisão de um serviço público[152]. Porém, e aqui circunscrevemo-nos ao investimento infraestrutural[153][154], a construção de um equipamento não

savings; the builder and the operator have the right incentives to minimise life-cycle costs. However, there are concerns that such cost cutting may come at the expense of quality. There is therefore a need for controlling the quality of public services delivered through PPP's." e INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public-Private…*", pp. 10 e ss. "*The trade-off facing a government seeking to arrange for the service of particular service is between quality and efficiency The government has the capacity to achieve a desired quality standard, but it may have difficulties doing so while also containing costs. The private sector can use its better management skills and capacity for innovation to more actively pursue opportunities to reduce costs, but service quality may be compromised in the process. However, private provision may be workable if the government can write a fully specified, enforceable contract with the private sector. Hence, PPP's would be well suited for situations where the government can clearly identify the quality of services it wants the private sector to provide, and can translate this into measurable output indicators*."

[152] No seguimento de DARRIN GRIMSEY, MARVYN K. LEWIS, "*Public…*", pp. 23 e ss., o impacto do investimento público na economia pode inserido em duas orientações, consoante a o investimento público tenha um efeito de "*crowding-out*" ou "*crowding-in*" sobre o investimento privado: a tese monetarista defende que o investimento público, através de mecanismos directos e indirectos, nos quais se incluem a subida da taxa de inflação e a subida das taxas de juro, substitui e afasta o investimento privado ("*crowding-out*"); outra orientação (na linha do estudo desenvolvido por DAVID ASCHAUER, "*Is Public Expenditure Productive*?", Federal Reserve Board of Chicago, 1988) defende que o investimento público é complementar ao investimento privado: se num primeiro momento pode haver um efeito de "*crowding-out*", a médio prazo esse efeito é ultrapassado pelos ganhos de produtividade no sector privado, a tal ponto que acarreta um efeito positivo sobre o seu nível de investimento ("*crowding-in*").

[153] Relativamente à distinção entre investimento infra-estrutural e investimento público, note-se que, enquanto grande parte do investimento público abrange o investimento infra-estrutural, o contrário não sucede necessariamente: uma parte considerável do investimento infra-estrutural é empreendido por entidades comerciais (por ex. sector das telecomunicações ou sector energético). *Vd.* TOMASK KOZLUK, TIMO VALILA, AARON MEHROTRA, "*Roads…*", p. 19.

[154] DARRIN GRIMSEY, MERVY K. LEWIS, "*Public…*", pp. 27 e ss, assinalam que a necessidade de intervenção estatal na área das infra-estruturas, especialmente aquelas que são abrangidas pelo conceito de "*hard economic infrastrutures*" (v. nota 49) é consensual devido a um conjunto de características económicas inerentes a este tipo de infra-estruturas: o facto de constituírem serviços de rede (promovem a integração de toda a actividade económica, daí serem de enorme importância estratégica), provisionarem bens públicos (os benefícios da sua realização são partilhados por toda a comunidade, de tal forma que aqueles que não que estejam dispostos a pagar pelo serviço não são excluídos do usufruto do seu benefício, não havendo rivalidade, nem exclusão no consumo do bem - há que realçar, neste ponto, que muitos dos bens ou serviços objecto de contratos PPP não assumem totalmente estas características, especialmente se considerarmos as PPP cujo rendimento do projecto advém da cobrança de taxas aos utentes), o

constitui um fim em si mesmo. Trata-se antes de um meio de prosseguir as grandes políticas económicas do Estado. Concretizando, as PPP's, como modalidade de contratação cujo objecto primordialmente são infra-estruturas de carácter comercial[155] e com forte pendor económico, podem ser um factor de crescimento económico.

Apesar de não ser consensual a posição[156], levantando questões relativamente à relação causal entre o investimento em infra-estruturas e o aumento dos níveis de produtividade numa economia[157], PAUL LIGNIERES entende que, a contratualização PPP, por via da provisão de bens ou serviços, pode ser considerada, não um motor de crescimento económico, mas um veículo para que esse crescimento se concretize: por exemplo, a expansão de uma rede rodoviária ou ferroviária abre novos mercados a populações isoladas, facilitando a movimentação de pessoas e bens. Com efeito infra-estruturas como

---

facto de poderem dar origem a monopólios naturais (economias de escala tornam viável a provisão do serviço ou bem unicamente por um agente, afastando o factor concorrencial implícito à presença de múltiplos agentes no mercado, devido aos avultados custos de capital envolvidos na implementação do projecto (por ex. sector energético).

[155] O financiamento privado de infra-estruturas privilegia, sem prejuízo de se constatarem casos em que o seu objecto sejam infra-estruturas de carácter social, as infra-estruturas de carácter comercial dado que a taxa de rendimento é tendencialmente mais elevada, consubstanciada através de cobranças de taxas directamente aos utentes, tornando-se, por esta via, mais atractivas ao envolvimento do sector privado.

[156]WARD ROMP, JAKOB DE HAAN, "Public Capital and Economic Growth: a critical survey", *European Bank Investment Papers*, Vol. 10, 2005, pp. 41 e ss., assinalam que o impacto do investimento público sobre o crescimento económico é menor do que o que resulta, mais notoriamente, do estudo de DAVID ASCHAUER (v. nota 131), contudo indicam que há maior consenso na doutrina económica sobre o efeito positivo do investimento público sobre o crescimento económico, ainda que se revele ligeiro e dependente de outros factores. Realçam ainda que a maior parte dos estudos se focam em investimento público em novas infra-estruturas, negligenciando o investimento público realizado na manutenção das já existentes, assinalando que esse tipo de investimento pode desempenhar um papel tão ou mais importante, especialmente nos países desenvolvidos, do que o investimento canalizado para a realização de novos equipamentos

[157] WARD ROMP, JAKOB DE HAAN, "*Public…*", p. 41, referem que uma das questões mais importantes neste tema é aferir da relação de causalidade entre investimento público e crescimento: enquanto que o investimento pode afectar o "*output*" da economia, potenciando o desenvolvimento económico, este também pode influenciar a procura e oferta de bens e serviços públicos.

portos, aeroportos, auto-estradas ou linhas ferroviárias podem promover o crescimento do sector exportador e, mesmo no mercado interno, fazer com que os custos relacionados com o transporte diminuam[158].

Concluindo, na linha do proposto por NAZARÉ COSTA CABRAL, podemos afirmar que o recurso à contratação PPP conduz a soluções técnicas e económicas mais eficientes, quando comparado com o recurso à contratação pública tradicional, visto que aborda de forma integrada o ciclo de vida do projecto (no qual se inclui a exploração e a manutenção) e evita a derrapagem de custos e prazos na fase de concepção e construção da infra-estrutura[159].

Se a realização de projectos sob modalidade PPP acautela a degradação das infra-estruturas, salvaguardando a eficácia na concretização dos objectivos pretendidos, também impede, o que sucede nos processos tradicionais, a escolha de concorrentes em função de critérios financeiramente limitados, como seja o critério do preço mais baixo, em detrimento da escolha do parceiro privado em função de critérios atinentes à garantia de acompanhamento da exploração e manutenção da qualidade do serviço[160][161].

---

[158] PAUL LIGNIERES, "*Partenariat…*" p. 33.

[159] EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, "*The Non-Financial Benefits of PPP`s: A Review of Concepts and Methodology*", 2011, pp. 7 e ss., associando a disponibilização do serviço, dentro dos prazos, ao mecanismo de incentivos subjacente à contratação: "*This is largely a result of financial incentives incorporated into the terms of PPP contracts. These incentives apply to equity investors, lenders and contractors. The principle of "no service - no payment" ensures that the private sector is heavily incetivised to deliver to time (...)*".

[160] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", pp. 23 e ss. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/MARIA EDUARDA GONÇALVES/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, "*Direito…*", p. 196, referem que, os fundamentos ou vantagens das PPP`s, sob o ponto de vista do sector público, englobam a redução da despesa pública (procurando-se formas alternativas de financiamento, pese embora a validade do argumento ser discutível, como vimos); a melhoria dos serviços públicos através da diversificação dos riscos associados, dos ganhos de eficiência e da associação da inovação às competências especializadas de uma gestão privada; estímulo da actividade económica privada resultante da criação de um mercado para novas empresas e , por último, um reforço da cidadania, através do envolvimento da sociedade nas questões da administração pública.

[161] EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, "*The Non-Financial…*", pp. 12. e ss.

1.5. A decisão do sector público

1.5.1. "*Value for Money"* e o comparador do sector público

O envolvimento de um parceiro privado nas diferentes fases de um projecto sob modalidade PPP, só por si, não assegura que a opção tomada pela Administração, quando se decidiu por esta via alternativa de contratação, pressuponha uma melhor aplicação dos dinheiros públicos, mesmo observando as vantagens comparativas características da gestão privada. Ainda que na contratação PPP se conjuguem as aptidões do sector público, como garante da eficiente alocação de bens ou serviços cuja produção ou provisão colmata falhas de mercado, e as aptidões do sector privado, no sentido da sua aptidão para ganhos que advenham da maior eficiência produtiva, esta não é garante de ganhos de valor para a Administração.

Como escreve MARIA EDUARDA AZEVEDO, pese embora o financiamento do projecto ser responsabilidade do sector privado, ao longo do ciclo de vida do contrato PPP, este implica, mais notoriamente sob contrato PFI, o pagamento de contra-prestações por parte do sector público num quadro de aquisição de serviços, esperando-se que esses fundos sejam despendidos tendo por orientação o princípio de "*Value for Money*" (*VfM*)[162][163]. Trata-se de um princípio orientador transversal a todas as despesas do sector público e que se aplica, por

[162] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", pp. 453 e ss.

[163] PHILLIPPE BURGER, IAN HAWKESWORTH, "How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Procurement", *OCDE Journal on Budgeting*, vol. I, 2011, pps. 51 e ss, associam *VfM* a três elementos: economia (custos mínimos em termos de "*inputs*" - "*maximise inputs per euro*"), eficiência (custos mínimos em termos de "*inputs*" necessários à prossecução dos "*outputs*" estipulados – "*maximise outputs per input*") e eficácia (atingir os resultados propostos, ou seja, este elemento centra-se somente no impacto do projecto – "*maximise outcomes per output*"). No seguimento desta caracterização tripartida, os autores entendem por *VfM* a maximização de resultados relativamente ao custo dos "*inputs"*, concluindo, no entanto, que o que constitui *VfM* não é resultado somente de um exercício quantitativo. Com efeito, a prossecução de *VfM* pressupõe um exercício também qualitativo por parte da Administração, nomeadamente, relativamente à análise oferta e da procura de determinados bens e serviços, à análise da óptima combinação de qualidade e quantidade na produção e provisão dos bens e serviços, e, por último, à prossecução da produção e provisão de bens e serviços segundo o princípio dos três "E`s" (economia, eficiência e eficácia).

conseguinte, aos encargos decorrentes do quadro contratual em questão, devendo a Administração fazer uma demonstração prévia dos eventuais ganhos de valor que advenham da parceria com o ente privado[164].

NAZARÉ COSTA CABRAL sintetiza o princípio do "*VfM"* na expressão " *fazer mais com menos dinheiro*". Ainda que aparentemente se trate de um princípio simples, a abrangência e grau de complexidade adjacentes às suas formas de avaliação revelam-se bastante profundas. A autora coloca o enfoque de análise da figura numa característica típica das PPP`s mas nem sempre tomada em linha de conta nos processos tradicionais de contratação pública: o facto de não se esgotar no momento pré-adjudicatório e adjudicatório, estendendo-se numa perspectiva "*whole-life*", ou seja, constata-se um processo de aquisição de bens ou serviços a terceiros que se inicia com a identificação da necessidade colectiva a satisfazer e só termina com a conclusão do contrato PPP ou o fim da disponibilidade da infraestrutura[165].

---

[164] O princípio do *VfM* e o comparador do sector público, como sublinha MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", pp. 453, está estabelecido no direito positivo interno pelo art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto - Lei de Enquadramento Orçamental : "*a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível a estimativa da sua incidência orçamental líquida*."; pelo art. 9º, nº 2, do Decreto-Lei 86/2003 de 26 de Abril - Regime Geral das Parcerias Público Privadas: — "*A comissão de avaliação das propostas referida no número anterior deve ter, entre as suas incumbências, a de avaliação, tanto quanto possível quantitativa, dos riscos e encargos em que incorre o parceiro público, directa ou indirectamente, para além da avaliação do mérito relativo das propostas, tendo especialmente em conta o tipo de avaliação prevista na alínea c) do nº 1,do artigo 6º"*; e pelo art. 3º, alinea e), do Decreto-Lei 185/2002, de 20 de Agosto - Regime Jurídico das Parcerias em Saúde com Gestão e Financiamento Privados: "*A contratação deve ser precedida de uma avaliação pré via sobre a sua economia, eficiência e eficácia, bem como de uma análise da respectiva suportabilidade financeira"*. PEDRO SIZA VIEIRA, "*O Código…*", p. 517, realça ainda que o legislador nacional reforçou as exigências da demonstração de *VfM*, criando as condições para o controlo parlamentar do recurso às parcerias, ao determinar, no art. 34, nº1, al.c) da Lei de Enquadramento Orçamental, que a proposta de lei do Orçamento do Estado seja acompanhada de uma "*memória descritiva das razões que justificam o recurso às parcerias dos sectores público e privado, face a um programa alternativo elaborado nos termos do nº 2 do art. 19"*. Em geral, sobre um enquadramento legal do comparador do sector público, veja-se, JORGE DE FARIA LOPES, "Uma perspectiva jurídica acerca da figura do comparador público nas parcerias público-privadas", in *Revista do Tribunal de Contas*, nº 54, 2010, pps. 67 e ss.

[165] NAZARÉ COSTA CABRAL,...ob.cit., pp. 78 e ss.

Há que assinalar contudo, que a decisão de investir ou não na realização de uma infraestrutura comporta uma análise *"ex ante"*[166][167] ,cujo objecto é a oportunidade ou justificação económica do investimento, pese embora esteja indirectamente relacionada com os princípios tratados no quadro da contratualização PPP, especialmente o princípio de "*VfM*". O que aqui nos interessa abordar é oportunidade da opção PPP relativamente a outras formas de contratação e não a oportunidade do investimento em sim mesmo, cuja natureza remete para uma decisão de política geral.

De acordo com o indicado por PEDRO SIZA VIEIRA, o modelo de decisão financeira do sector público respeitante à abordagem PPP, nomeadamente sob a vertente contratual PFI, levanta várias questões que não se colocam quando estamos perante o modelo de contratação tradicional. No seguimento do autor, os contratos PFI, ao se estenderem por muito longo prazo, colocam problemas de cabimentação orçamental dos encargos que deles decorrem: a avaliação de encargos a muito longo prazo carece de ser avaliada de forma muito mais detalhada do que normalmente sucede, dado que envolvem, em todo caso, um constrangimento da manobra orçamental futura. Outro ponto problemático será

---

[166] Como assinalam, BERNARDIN AKITOBY/RICHARD HEMMING/GERD SCHWARTZ, "Public Investment and Public-Private Partnerships", *Economic Issue,* No. 40, International Monetary Fund, pp. 10, o processo de análise dos projectos divide-se em duas fases distintas: uma primeira fase em que se analisa a valia do projecto, com recurso a uma avaliação custo-benefício e a uma hierarquização segundo as taxas de rentabilidade socioeconómica; uma segunda fase, em que a análise recai sobre o recurso ou não à modalidade PPP em detrimento da via contratual tradicional, envolvendo a metodologia de avaliação de *VfM*.

[167] Realce-se que , neste contexto, o princípio do *VfM* e o comparador do sector público se aplicam à escolha da Administração entre a via PPP e a contratação pública tradicional. Uma situação diferente é, como indica E. R. YESCOMBE, "*Public*..", pp. 58 e ss., os factores de decisão, nos quais a Administração se baseia, para aferir da oportunidade de investir numa infraestrutura. No seguimento do autor, deverá existir uma justificação económica para tal investimento, que será aferida em função da identificação de dois tópicos: os efeitos indirectos do projecto ou externalidades positivas e negativas, consoante o tipo de projecto em causa (impacto sobre o ambiente, impacto sobre a actividade económica em geral, ou o impacto sobre a a segurança e a saúde pública) e uma análise custo-benefício (a soma do Valor Actual Líquido ou "*Net Present Value*" - calculado a partir da Taxa de Desconto do Sector Público ou "*Public-Sector Discount Rate*"- dos benefícios económicos e das externalidades positivas são comparadas com a soma do Valor Actual Líquido dos encargos financeiros do projecto e das externalidades negativas).

o facto de o financiamento privado, pelo menos teoricamente dado o grau de garantia que oferece o financiamento concedido ao Estado, implicar um custo mais elevado do que aquele que é praticado sobre o sector público[168]; assim, só se justificará o recurso ao financiamento privado na construção de infraestruturas e provisão de serviços quando se constatar que os ganhos de eficiência decorrentes das vantagens comparativas do envolvimento privado suplantam esse maior custo de financiamento, o que implica uma análise complexa e que se traduz em elevados custos de transacção adjacentes a este tipo de solução[169].

Todas estas questões implicam assim a demonstração das vantagens do recurso ao modelo PPP, relativamente ao modelo clássico, ou seja, a demonstração de "*VfM*".

---

[168] Segundo DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS, "*Public…*", p. 133. o custo extra do financiamento ao contraente privado comparativamente ao custo de financiamento do sector público compreende-se entre 1% e 3%. As razões apontadas prendem-se com maior risco de incumprimento ("*default*") inerente ao sector privado, dado que quanto ao Estado, pelo menos considerando o quadro dos países desenvolvidos e ressalvando as recentes situações pós-crise financeira de 2008, esse risco é quase nulo em virtude da possibilidade de aumento da carga fiscal sobre os contribuintes (fala-se mesmo na transferência e dispersão do risco de incumprimento pelos contribuintes) como forma de arrecadar receita e cumprir com as obrigações financeiras do sector público. Se no financiamento adjacente à contratação pública tradicional, o Estado obtém uma taxa de juro que se pode entender como livre de risco, pela dispersão do mesmo pelos contribuintes, sem que estes se remunerem por tal, já na estrutura de financiamento das PPP`s, pelo contrário, o risco é tornado visível no custo de financiamento. Como apontam EDUARDO ANGEL/ RONALD FISCHER/ALEXANDER GALETOVIC, "The economics of infrastruture finance: public-private partnerships versus public provision", *European Investment Bank Papers*, Vol. 15, 2010, p. 50: " *(...)while many failed projects go unaccounted under public provision because taxpayers assume the costs of this risk, under a PPP these risks are made explicit and priced, increasing the measured financing cost of a PPP project ceteris paribus. So the higher financing cost merely reflects a just reward for carrying those risks*." MICHAEL KLEIN, "*Risks, Taxpayers and the Role of Government in Project Finance*", The World Bank, Policy Research Working Paper, 1996, p. 2, relativamente à dispersão do risco do financiamento público e ao seu, mais aparente do que real, menor custo, afirma: "*(...) the apparent cheapness of sovereign funds reflects the fact that the taxpayers, who effectively provide credit insurance to the sovereign, are not remunerated for the contingent liability they assume. If they were to be remunerated properly, then the advantage of sovereign finance would - almost by definition - disappear.*"

[169] PEDRO SIZA VIEIRA, "*O Código…*",pp. 500 e ss.

No plano institucional, o HM TREASURY britânico define "*VfM*" como a combinação óptima entre os custos do ciclo de vida do projecto e a qualidade ou a capacidade de o bem ou serviço preencher os requisitos de *outputs* pré-definidos[170].

A Comissão Europeia refere-se ao "*VfM*" como um objectivo primordial a tomar em consideração na concepção de um contrato PPP, em conexão com o princípio da prossecução do interesse público. Associa a obtenção de "*VfM*" na gestão dos dinheiros públicos a custos reduzidos ao longo do ciclo de vida do contrato, a uma eficiente alocação do risco, a uma célere disponibilização da infraestrutura, a uma elevada qualidade da provisão do serviço e a uma arrecadação de receitas adicionais[171].

A ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO indica que a ideia de "*VfM*" representa uma combinação óptima de qualidade e preço, calculado ao longo de todo o ciclo de vida do projecto[172].

E. R. YESCOMBE adopta como definição de "*VfM*" o resultado da combinação da transferência de riscos, dos custos ao longo do ciclo de vida do projecto e do serviço provisionado pela infra-estrutura, como factores de decisão no sentido de a Administração optar pela contratação que proporcione mais ganhos de valor[173].

DARRIN GRIMSEY e MERVYN K. LEWIS adoptam uma definição bastante próxima da avançada pelo HM TREASURY: a combinação óptima dos custos do ciclo de vida do projecto, da partilha de riscos, da celeridade de disponibilização da infraestrutura e da qualidade da provisão do serviço, de forma a que sejam preenchidos os requisitos de "*outputs*" pré-definidos pela Administração[174].

---

[170] *HM TREASURY*, "*Value for Money Assessment Guidance*", Londres, 2006, p.7.

[171] EUROPEAN COMISSION, "*Guidelines For Successful Public-Private Partnerships*", Bruxelas, 2003, p. 55.

[172] OCDE, "*Public-Private.…*", p. 43.

[173] E. R. YESCOMBE, "*Public…*" p. 349.

[174] DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS "*Public-Private…*", p.135.

De acordo com NAZARÉ COSTA CABRAL, os factores condicionantes de "*VfM*" na contratação PPP são: a óptima alocação dos riscos entre as partes cujo princípio requer, como melhor veremos adiante, que os riscos sejam alocados à parte ou partes que estejam em melhor posição para os controlar ou suportar, durante o período de vida do contrato; o enfoque deve ser colocado nos custos "*whole-life*" visto que os custos devem ser tomados em consideração numa perspectiva de ciclo de vida do contrato e não apenas tendo em conta aqueles que tenham impacto imediato; a clareza na definição dos objectivos e a garantia da sua prossecução ao longo do período de execução do contrato, de modo que a alteração das circunstâncias não coloque em causa a sua concretização; o recurso a uma abordagem focada em objectivos finais, instando o parceiro privado a fazer uso das suas capacidades de inovação e criatividade para atingi-los; identificação, transferência e gestão rigorosas dos riscos ao longo de toda a vida do projecto, entre as diferentes partes envolvidas no processo; a existência de um mercado concorrencial que promova as condições necessárias ao encontro de soluções eficientes e eficazes; garantia de capacidade e "*know-kow*" de ambas as partes, que contribuam no planeamento, contratação e execução do projecto; estrutura do processo de contratação que permita a obtenção de benefícios adicionais e redução de custos; salvaguarda da possibilidade de alterações à especificações iniciais, que possam ser realizadas a custo razoável durante a fase de execução do projecto; estrutura contratual baseada no mecanismo de incentivos, mediante prémios e penalidades adequadas; estipulação de um termo adequado para o contrato, tendo em conta o valor subjacente dos activos, dadas as repercussões no plano da suportabilidade financeira do projecto[175].

[175] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", pp. 79 e ss. A autora segue neste ponto, de forma bastante próxima, a perspectiva governamental britânica do HM TREASURY, relativamente aos chamados "*key drivers*" de "*VfM*". V. HM TREASURY, "*Value for Money, Assessment…*", p. 8. Na perspectiva do Estado de Victoria, Austrália, o "*VfM*" pode ser alcançado seguindo os seguintes "*key drivers*": eficiente alocação do risco, inovação, gestão integrada na moldura do ciclo de vida do contrato e a maximização de utilização dos activos. *Vd*. PETER FRITZGERALD, "*Review of Partnerships Victoria Provided Infrastruture: Final Report to the Treasurer*", Growth Solutions Group, 2004, p. 17.

DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS entendem, por sua vez, que os factores determinantes da obtenção de "*VfM*" são o procedimento concorrencial na fase pré-contratual[176] e a eficiente alocação do risco. Na óptica dos autores, o primeiro favorece a apresentação de soluções inovadoras, por parte dos proponentes, quanto à provisão do serviço e quanto à concepção da infraestrutura; o elemento competitivo entre os proponentes promove soluções que reduzam custos ao nível da exploração e manutenção do activo[177]. Por sua vez, a identificação, alocação e gestão do risco no quadro de um contrato PPP está, como adiante teremos oportunidade de abordar mais detalhadamente, intrinsecamente ligada à obtenção de "*VfM*". Esta conexão desdobra-se num duplo princípio: em primeiro lugar, o risco deve ser alocado na parte que esteja em melhores condições para o controlar ou mitigar; em segundo lugar, a transferência do risco do sector público para o sector privado deve ser óptima, em detrimento de ser máxima (se o sector público transferir riscos para o

[176] ALEXANDRA PESSANHA/GUILHERME WALDEMAR d`OLIVEIRA MARTINS/NUNO CUNHA RODRIGUES, "As implicações público-financeiras e concorrenciais do novo Código dos Contratos Públicos", in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2008, indicam que as práticas colectivas anti- concorrenciais (art. 9ª da Lei 19/2012, de 8 de Maio, e art. 101º do Tratado de Funcionamento da União Europeia), no domínio da contratação pública, traduzem-se na supressão das propostas (um ou mais concorrentes que, em circunstâncias normais, apresentariam uma proposta independente, acordam em não apresentar propostas, de forma a que um outro concorrente pré-designado seja o vencedor do concurso público, cobrando um preço mais elevado), propostas complementares ou propostas sombra (tratam-se de propostas apresentadas para simular a existência de concorrência e ocultar a existência de acordos entre as empresas proponentes), propostas rotativas (os concorrentes acordam, entre si, um processo rotativo de apresentação de propostas vencedoras, eliminando a incerteza associada aos processos concursais) e a subcontratação (verifica-se quando os concorrentes acordam em não concorrer ou em apresentar uma proposta sombra de forma a não ganharem o concurso, recebendo do vencedor em contrapartida subcontratos ou contratos de fornecimento para a execução do contrato adjudicado). O Código dos Contratos Públicos, no art. 70ª, nº 2, al. e) e g), prevê a obrigatoriedade de serem comunicadas à Autoridade da Concorrência situações de "*existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência*" e situações de "*preços anormalmente baixos*".

[177] No mesmo sentido, ao reiterar a importância do modelo competitivo no procedimento de atribuição dos contratos, como factor indutor de eficiência, INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public-Private…*", p. 14, "*(...) an area where competition is clearly feasible is in bidding for the award of construction and service contracts, and this is crucial if PPP`s are to benefit from having the private sector put its capital at risk, and from its management skills and capacity to innovate.*"

contraente privado, cujas condições da sua ocorrência o segundo não possa influenciar, será cobrado um prémio de risco que ultrapassará os benefícios inerentes à sua transferência, prejudicando a obtenção de "*VfM*" por parte da Administração)[178].

Como já referimos, o conceito de *"VfM*" é, contudo, relativo, assentado a sua demonstração na comparação entre os encargos decorrentes do recurso à modalidade PPP e o custo que a execução do projecto, por via convencional, assumiria, *pari passu* com a análise dos outros factores acima enunciados[179]. Desta forma, previamente à formalização de qualquer contrato, deve a Administração assegurar-se de que, relativamente à contratação pública tradicional, a opção pela contratação PPP traz ganhos de valor ao sector público, ou seja, "*VfM"*[180]. O modelo usado como instrumento de comparação entre a opção PPP e a contratação pública tradicional é o chamado comparador do sector público ("*public-sector comparator*" ou "*public-sector benchmark*")[181][182].

[178] DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, "*Public…*", pp 135-136.

[179] Note-se que a avaliação de *"VfM"* se estende pelas diferentes fases do projecto. Como indica o HM TREASURY, "*Value Assessment…*", p. 15, a avaliação acompanha, em primeiro lugar, a decisão de investimento estratégico (avaliação da conformidade de realização do projecto e dos seus impactos socioeconómicos com os objectivos políticos, nomeadamente, aqueles que são atinentes às decisões de política económica geral); num segundo momento, a avaliação de "*VfM"* centra-se na decisão relativa ao modelo de provisão (a escolha do procedimento, sendo nesta fase que se recorre à avaliação do Valor Actual Líquido dos custos de uma PPP com o comparador do sector público); num terceiro momento, a avaliação "*VfM"* respeita ao desenrolar do processo adjudicatório, ou seja, o momento competitivo ou concorrencial, concretizado através de concurso público, de procedimentos assentes na negociação e do diálogo concorrencial. A este propósito, *vd*. NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", p. 82.

[180]Sobre a importância do comparador do sector público no procedimento de avaliação pré-contratual, JOÃO PATEIRA FERREIRA, "Empresas Públicas, Parcerias Público-Privadas e os poderes de Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas, Comentário ao Acórdão do Tribunal de Contas n.º 160/09, de 2 de Novembro de 2009, Processo n.º 1787/08 (Estradas de Portugal, S.A./AENOR Douro - Estradas do Douro Interior S.A.)", in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2010, p.342, assinala que " *a importância deste comparador - cujas dificuldades técnica não podem ser subestimadas, atenta a eventual imprevisibilidade das variáveis económico-financeira relevantes - é fundamental para permitir apreciar os custos relativos da opção pela parceria como alternativa aos instrumentos tradicionais de prestação de bens e serviços públicos, sendo a sua omissão um factor relevante nos diagnósticos pouco positivos do Tribunal de Contas sobre esta matéria, mormente no âmbito das auditorias realizadas."*

[181] OCDE, "*Public-Private…*", p. 69.

Trata-se de um modelo, desenhado para responder à necessidade de determinação do "*VfM*", cuja análise deverá ter por base um custo de projecto realista e viável, sob pena de, por sub-estimação ou sobre-estimação, desvirtuar totalmente a metodologia de aferição de "*VfM*". A projecção desses mesmos "*cash flows*" virtuais tomará como referência dados históricos provenientes de projectos análogos já realizados pela Administração (nomeadamente, projectos empreendidos no mesmo sector do projecto proposto sob modelo PPP) que possam, de alguma forma, servir como base no cálculo monetário de receitas e despesas do comparador do sector público.

E. R. YESCOMBE define o comparador do sector público como o modelo que tem como objecto a comparação do Valor Actual Líquido ("*Net Present Value*")[183] dos custos do projecto se fosse contratualizado de forma convencional, com o Valor Actual Líquido dos custos do projecto sob modelo PPP. No caso de o Valor Actual Líquido dos custos do projecto sob modelo PPP ser inferior ao Valor Actual Líquido dos custos hipotéticos, ajustados pelo risco, do projecto-sombra, então a opção pela via PPP é justificada economicamente [184].

Uma das principais criticas apontadas ao comparador do sector público é o facto de se referenciar por um projecto-sombra ou, como referimos, por estimativa, assumindo que todos os custos desse mesmo projecto são meramente

---

[182] DARRIN GRIMSEY/MARVYN K. LEWIS, "*Public-Private…*", p. 347, classificam três métodos consoante o grau de complexidade dos modelos de avaliação do *VfM*: o método mais complexo é uma análise global de custo-benefício económico de todas as alternativas de realização do projecto, a que o sector público ou privado possam recorrer; o segundo método mais complexo é o modelo do comparador do sector público num momento *ex ante* ao processo competitivo de análise de propostas; o terceiro método, e o menos complexo, é a utilização do modelo do comparador do sector público depois do procedimento competitivo, tendo somente como objecto a comparação, não entre a realização do projecto por via convencional ou PPP, mas entre as várias propostas apresentadas no procedimento competitivo.

[183] Mais aprofundadamente, sobre este tipo de análise financeira, veja-se RICHARD A. BREALEY, STEWART C. MYERS, ALAN J. MARCUS, "*Fundamentals of Corporate Finance*", Macgraw-Hill, 2007, pp. 77 e ss. Não obstante, avançamos que os autores definem "*Net Present Value*" como o valor líquido, num determinado momento, de um "*cash - flow*" futuro.

[184] E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 62.

hipotéticos. Como se depreende, a Administração não utiliza este modelo com referência a custos ou propostas de contratação reais, dado que não é sua intenção enveredar pelo modelo de contratação tradicional, apenas usá-lo como padrão de aferição da viabilidade da opção PPP[185].

O comparador do sector público deve considerar não apenas as despesas de investimento na fase inicial do projecto (aqui incluem-se o valor estimado dos investimentos, os sobrecustos e atrasos que no quadro da contratação pública tradicional são suportados pelo sector público, mas, no quadro PPP, são riscos transferidos, comportando intrinsecamente um custo, para o contraente privado), mas também todos os custos inerentes ao ciclo de vida do projecto, nomeadamente os custos relacionados com a exploração do serviço e manutenção do activo[186].

Como realça E. R. YESCOMBE, uma das características dos contratos PPP torna especialmente complexo o desenvolvimento da avaliação através do comparador do sector público: assumindo que alguns dos riscos são transferidos para o parceiro privado, o custo comparado do projecto sob modalidade PPP será mais elevado, dado que a responsabilização por esses riscos comporta um preço nem sempre fácil de definir.

Se o recurso ao modelo do comparador do sector público implica o cálculo do Valor Actual Líquido dos diversos "*cash-flows*" previstos ao longo do ciclo de vida do contrato, à formulação desse cálculo aplica-se a Taxa de Desconto do Sector Público ("*Public-Sector Discount Rate*")[187].

---

[185] OCDE, "*Public-Private…*", p. 74.

[186] PEDRO SIZA VIEIRA, "*O Código…*", p. 502.

[187] E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", pp. 63 e ss. Na preparação do comparador do sector público, é desenvolvido um modelo financeiro que inclui uma previsão de todos os "*cash-flows*" relacionados com o projecto. Uma taxa de desconto é então utilizada para se estimar o Valor Actual Líquido dos fluxos financeiros previstos. A *ratio* da utilização de uma taxa de desconto ajustada anualmente para efeitos deste cálculo, nomeadamente nos modelos financeiros respeitantes ao tipo PFI, reside no facto de a todas as despesas estar inerente um custo de oportunidade. Mais aprofundadamente, *vd.* DARRIN GRIMSEY/MARVYN K. LEWIS, "*Public-Private…*", pp. 138 e ss.

Dado que a participação financeira do sector público é diferenciada consoante o tipo de parceria em causa, distinguem-se três formas de avaliação do "*VfM*" repartidas por cada categoria de montagem financeira do projecto: parcerias financeiramente auto-sustentadas, parcerias com financiamento dividido entre os sectores público e privado; parcerias com financiamento maioritariamente público[188]. Assim, quanto às parcerias financeiramente auto-sustentadas (reconduzem-se às concessões clássicas), a relação comercial é estabelecida entre o contraente privado e o utente, remunerando-se o primeiro pela provisão do serviço, unicamente, através da cobrança de taxas ao segundo, não se constatando, deste modo, incidência orçamental sobre o sector público. Aludindo ao facto de o modelo de concessão clássica não implicar despesas por parte do sector público, MARIA EDUARDA AZEVEDO e PEDRO SIZA VIEIRA, em linha com o veiculado pela COMISSÃO EUROPEIA, defendem que uma análise "*VfM*", com recurso ao comparador do sector público, perde, neste caso, sentido, dado que, contrariamente aos contratos PFI, não há, por parte da Administração, qualquer pagamento ao contraente privado como forma de remuneração. Ao sector público caberá assegurar a competição pelo mercado (com o intuito de salvaguardar que no procedimento de atribuição do contrato haja uma desejável tensão concorrencial), a validade da opção PPP e aplicação do princípio do utilizador-pagador, no sentido de garantir que o sistema tarifário aplicável é conforme aos objectivos do projecto e ao interesse público em geral [189].

Pela orientação contrária, parece enveredar E. R. YESCOMBE quando afirma que o recurso à metodologia de avaliação de "*VfM*" é justificado, independentemente de se tratar de uma parceria financeiramente auto-sustentada ou de um contrato PFI[190].

---

[188] COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines.…*", pp. 56 e ss. *Vd.* MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", pp. 455 e ss.

[189] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", p. 456.

[190] E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 62. A posição do autor sobre esta matéria parece resultar da seguinte passagem: "*Even if payments are not made by the Public Authority, as in the case*

Uma segunda situação é aquela em que o financiamento é híbrido, ou seja, cuja montagem financeira exige uma combinação de financiamento privado e garantias e/ou subvenções por parte do sector público, paralelamente à cobrança de tarifas aos utentes da infra-estrutura. Como assinala a COMISSÃO EUROPEIA este tipo de contratos PPP envolve o recurso a fundos públicos e, consequentemente, justifica-se a avaliação "*VfM*" do projecto, visto que o emprego destes recursos acarreta um custo de oportunidade[191]. Há que assegurar que, em termos comparativos, os fundos consignados ao projecto PPP constituem a melhor opção entre as alternativas de contratação possíveis.

A terceira situação é aquela que se traduz na celebração de contratos PFI, frequentemente sob a subcategoria DBFO, cuja única remuneração do parceiro privado advém de pagamentos regulares adjacentes a uma aquisição de serviços por parte da Administração, pelo período de duração do contrato. De acordo com a COMISSÃO EUROPEIA, no seguimento das orientações referentes a projectos PPP, publicadas em 2003, trata-se de "*Projects where the Public Sector is the Main Financial Contributor*[192]", pressupondo-se necessariamente uma avaliação *ex ante* "*VfM*" do projecto[193]: a análise comportará uma comparação de natureza monetária entre o custo da melhor proposta sob modelo PPP e o custo do comparador financeiro (inerente ao custo do *projecto-sombra*) nas modalidades de contratação e financiamento convencionais.

---

of a Concession, the user charges represent revenue foregone by the public sector, and hence the analysis is the same as for a PFI-Model Facility".

[191] COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines…*", p. 57; no mesmo sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", p. 456.

[192] COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines.…*", p. 57.

[193] Importa realçar que, na perspectiva da COMISSÃO EUROPEIA, distinguem-se dois momentos na metodologia de avaliação do *VfM*: um momento de avaliação *"ex ante"* que tem como objecto o potencial da parceria em gerar *"VfM";* um segundo momento, já na fase de vigência do contrato de parceria, em que a avaliação recai sobre o "*VfM"* obtido. *Vd*. COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines…*", pp. 55 e ss.

1.5.2. Comportabilidade financeira e o enquadramento orçamental das PPP`s

Como nota introdutória ao tema das implicações financeiras e incidência orçamental das PPP`s, importa referir que as motivações subjacentes à opção do sector público por esta via de contratação não se devem prender com a manipulação, o adiamento ou o tratamento "fora do orçamento" dos encargos que as PPP`s podem pressupor[194]. Numa parceria sob modelo PFI, na subcategoria DBFO, (aquela em que se traduzem a maior parte dos projectos PFI), pode entender-se como politicamente atraente a ideia de converter, especialmente se considerarmos Estados sobre pressão orçamental, despesas de capital avultadas, com incidência no curto prazo, em despesas correntes, cuja incidência se dispersa por um horizonte temporal alargado. O facto de o financiamento inicial de um investimento correr por conta do contraente privado e poder servir de alavanca à realização de projectos, alguns deles com bastante visibilidade política, e que, de outro modo, seriam precluídos, não deve constituir a razão primordial pela qual a Administração pauta a sua forma de contratar. Ora, a opção por esta forma de aprovisionamento público deve ser feita em função da sua melhor adequação à finalidade em vista, na medida em gere ganhos de valor, cuja origem se situa principalmente nos benefícios microeconómicos da estrutura contratual inerente às PPP`s. Argumentos de ordem meramente política não devem ser acolhidos no processo de decisão do sector público.

Do "*sui generis*" perfil de despesa associado ao modelo PPP[195], visto que se podem concretizar num quadro orçamental intertemporal, decorrem como

---

[194] Como sublinha o TRIBUNAL DE CONTAS, "*Linhas…*", p. 2, a " *opção PPP deverá justificar o VfM, isto é, evidenciar vantagens acrescidas em relação à opção tradicional de financiamento directo, por via do Orçamento de Estado e não ser alicerçada em motivações de índole orçamental relacionadas apenas com a contabilização off balance sheet da dívida pública.* "

[195] O facto de o tratamento orçamental e os fluxos financeiros dos projectos PPP divergiram acentuadamente daqueles que se verificam sob contratação pública tradicional, traz à colação algumas questões paralelas à comportabilidade financeira. Importa realçar que a contratação pública tradicional tipicamente envolve a assunção pelo sector público de despesas de dois tipos: despesa de capital na construção do activo necessário à provisão do serviço e despesas correntes,

consequências: o enquadramento orçamental incorporar critérios e regras de sustentabilidade das despesas e da dívida pública a médio e longo prazo, para além da simples fixação anual das dotações e previsões de receitas; a intervenção do Ministério das Finanças em todo o processo de decisão, dado que se perde a capacidade de limitar as despesas no momento da sua realização, isto implica que intervenha na avaliação dos contratos e na própria opção pela parceria; a complexidade e variedade das decisões relativas aos aspectos financeiros das PPP acarreta a necessidade de o Ministério das Finanças se dotar de capacidades técnicas específicas que lhe permitam cumprir essas tarefas[196][197]

---

nomeadamente despesas adjacentes à exploração do serviço (manutenção, salários, etc.) e os custos financeiros da dívida pública (juros). A componente do lado da receita compreende a receita fiscal e as taxas cobradas aos utentes (aplicáveis ou não consoante o tipo de contrato). Por seu turno, o sector público, ao optar pela contratação PPP (referimo-nos ao modelo paradigmático DBFO), transfere para o parceiro privado a responsabilidade pela despesa de capital (por conseguinte, comparando com contratação pública tradicional, a incidência orçamental das despesas de capital são menores ou inexistentes), contudo, o sector público assume, numa fase posterior de disponibilização dos serviços, os pagamentos regulares pela aquisição dos mesmos, consubstanciando-se como despesas correntes (por conseguinte, comparando com contratação pública tradicional, a incidência orçamental das despesas correntes será maior). No seguimento, OCDE, "*Public…*", pp. 37 e ss.

[196] TEODORA CARDOSO, "Enquadramento Orçamental das PPP", in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004, p. 86.

[197] Com a recente revisão geral do regime das PPP`s, através da aprovação do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio, como afirma MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", pp. 290. e ss., os mecanismos de controlo da tutela do interesse público financeiro foram reforçados com a criação da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos (UTAP) na esfera do Ministério das Finanças, sendo-lhe atribuído um papel preponderante na tramitação dos processos PPP. Do ponto de vista funcional, participa na preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos de parceria, bem como assegura o apoio técnico especializado ao Governo e, em especial, ao Ministério das Finanças, em questões de natureza económico-financeira. A UTAP desempenha um papel central em todas as fases do ciclo do projecto, logo houve que proceder a ajustamentos na tramitação procedimental após a sua criação. Com efeito, a fase de estudo e preparação de uma parceria continua na competência da tutela sectorial ou nas entidades legalmente elegíveis, cabendo-lhes apresentar uma proposta fundamentada ao membro do governo responsável, indicando o objecto da parceria, os objectivos que pretende alcançar, a sua fundamentação económica e a viabilidade financeira do projecto - art. 9º, nº 1 Decreto-Lei 111/2012. Caso o membro do Governo responsável decida sobre o prosseguimento do processo de preparação, dá-se, a partir daí, a intervenção do Ministério das Finanças, designadamente através da UTAP. Já na fase de gestão dos contratos, incumbe à UTAP designar as equipas de acompanhamento da fase inicial dos projectos e, quando necessário, as comissões de negociação

O duplo critério de decisão do sector público, no que respeita à adopção do modelo de parceria, compreende a avaliação de "*VfM*", no sentido de aferir os ganhos de valor que a opção PPP possa despoletar comparativamente com o hipotético empreendimento do mesmo projecto sob contratação pública tradicional, e a análise da comportabilidade financeira do projecto[198]. Note-se que o critério da comportabilidade financeira abrange todas as despesas do sector público, não se limitando somente aos encargos adjacentes aos projectos PPP[199].

MARIA EDUARDA AZEVEDO refere que, do ponto de vista da comportabilidade financeira, a decisão entre a contratação tradicional e a abordagem PPP toma em consideração o facto de o perfil de despesa pública

---

do contratos, prestando apoio técnico e administrativo e verificando a comportabilidade orçamental de processos de reposição de equilíbrio financeiro por determinação unilateral do parceiro público - art. 36º Decreto-Lei 111/2012.

[198] De acordo com o art. 6º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei 111/2012, "O lançamento e a adjudicação do contrato de parceria pressupõem: (...) o estudo dos impactos orçamentais previsíveis, em termos de receita e de despesa, e sua comportabilidade, bem como as respectivas análises de sensibilidade, quer em termos de procura, quer de evolução macroeconómica.

[199] A Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto - Lei de Enquadramento Orçamental - procedeu ao acolhimento do princípio da suportabilidade financeira, ao estabelecer no art. 15, nº 3, al. d) - "*A estruturação por programas deve aplicar-se às seguintes despesas: (..) despesas correspondentes a contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores públicos e privado.*", determinando o art. 28º, nº 1, al. l) a necessidade de fixar um limite máximo aos compromissos financeiros assumidos sob modelo PPP - "*O articulado da lei de Orçamento de Estado contém, designadamente: (...) a determinação do limite máximo de eventuais compromissos a assumir com contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado.*" GUILHERME D`OLIVEIRA MARTINS/GUILHERME WALDEMAR D`OLIVEIRA MARTINS/MARIA D`OLIVEIRA MARTINS, "*A Lei de Enquadramento Orçamental Anotada e Comentada*", Almedina, Coimbra, 2007, p. 131, a propósito da estruturação orçamental da despesa por programas, indicam que o programa é um instrumento de racionalização orçamental, que reúne conjuntos de despesas de carácter plurianual, concorrendo para um ou vários objectivos específicos, relativos a uma ou mais políticas públicas. Notam que, no âmbito da Lei de Enquadramento Orçamental, tanto o art. 19º, nº2 (assinale-se que, em particular, o art 19º e art. 20º definem o regime a que deve obedecer os programas orçamentais, as medidas que os integram e os projectos e actividades que se encontram dentro dessas medidas), relativo à avaliação do "*VfM*" com recurso ao comparador do sector público, como o art. 37º, nº 1, al. c) LEO, relativo à estimativa da incidência orçamental líquida das despesas associadas às PPP, associam a programação à ideia de racionalização das despesas, de forma a que esta não se converta num instrumento meramente formal de modernização orçamental.

associado a cada uma das alternativas ser distinto ao longo do tempo. Note-se que quanto às montagens típicas de parceria com financiamento prévio privado (nomeadamente, o paradigmático modelo DBFO), não tendo incidência financeira durante o período de construção, dado que a despesa pública só ocorre com efectiva prestação dos serviços estipulados, estas afiguram-se financeiramente suportáveis numa perspectiva de curto prazo, sem, contudo, preterir uma avaliação intertemporal das despesas que lhe estão associadas, consoante as suas repercussões orçamentais futuras[200][201].

Entende-se que um contrato de parceria é financeiramente comportável se os encargos públicos plurianuais poderem ser acomodados dentro das limitações orçamentais intertemporais do sector público[202].

O instituto PPP é concretizável através de diversas modalidades contratuais, podendo comportar cada uma delas diferentes fórmulas de financiamento, consoante as características dos projectos. Do ponto de vista da suportabilidade financeira dos projectos, como já tivemos oportunidade de referir, o envolvimento financeiro do sector público tanto pode ser mínimo, como pode representar a principal fonte de remuneração do contraente privado. Há que tomar em linha de conta o grau da incidência orçamental do projecto que, em função da modalidade de contrato em causa e face à montagem financeira da operação, pode ser nula, parcial ou total[203].

O envolvimento financeiro do sector público num contrato de parceria sob modalidade de concessão clássica é nulo ou bastante diminuto. A remuneração

---

[200] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", p. 447.

[201] NUNO CUNHA RODRIGUES, "Parceria Público-Privada/Contrato de Concessão, Comentário ao Acordão nº 9/2012 do Tribunal de Contas, Processo n.º 233/2011, de 21 de Março (Estado Português - Elos Ligações de Alta Velocidade, S.A.)", in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2012, em relação à cobertura orçamental dos encargos, assinala que o Tribunal de Contas fundamentou a sua decisão de recusa do visto por não ter ficado demonstrada a inscrição orçamental para os encargos devidos pelo Estado para o ano de 2011 e 2012, entendendo que não foi preenchido o requisito da comportabilidade orçamental.

[202] OCDE, "*Public- Private…*", p.36.

[203] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias.…*", p. 446.

do parceiro privado advém da cobrança de taxas aos utentes da infra-estrutura, não havendo pagamentos faseados por parte do sector público como forma de aquisição de serviços.

Um contrato de parceria sob modalidade PFI, por seu turno, coloca questões quanto à comportabilidade financeira e cabimentação orçamental do mesmo, em virtude da fonte de remuneração do parceiro privado advir de pagamentos faseados assumidos pelo sector público.

MARIA EDUARDA AZEVEDO realça que, não obstante a fonte principal de geração de receita ou de remuneração do parceiro privado serem o ponto de partida da análise de comportabilidade financeira do projecto PPP, cuja incidência a título principal centrar-se-á sobre os compromissos plurianuais derivados da estrutura do contrato, há, contudo, que atender ao facto de a exequibilidade do projecto central depender com frequência de investimento correlacionados, cujo investimento, a cargo do sector público, induz a responsabilidades presentes e futuras acrescidas[204].

No alinhamento do veiculado pelo FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, inexiste um modelo internacional uniforme de reporte e contabilidade financeira específico das PPP`s[205].

Esta insuficiência promove o recurso ao modelo PPP de forma a que estas sejam usadas para contornar os controlos financeiros a que o sector público está vinculado, afastando a dívida associada ao investimento público do balanço do Estado[206]. Um modelo internacionalmente consensual sobre o tratamento contabilístico a conceder às PPP`s induziria uma maior transparência no procedimento decisório de contratação, aumentando o escrutínio público, e

---

[204] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", p. 448.

[205] INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public-Private…*", p. 22.

[206] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", p. 109. "*Inter alia*", no mesmo sentido, INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public Investment…*", p. 13: "*Currently, there are no commonly accepted fiscal accounting and reporting standards for PPP`s. This makes it difficult to prevent PPP`s from being used to bypass expenditures controls - that is, move public investment off budget and debt off the government`s balance sheet.*".

permitiria, nomeadamente no que concerne às garantias concedidas pelo Estado ao financiamento privado[207], evitar a exposição a custos ocultos ou implícitos mais elevados do que os adjacentes ao modelo tradicional.

O tratamento contabilístico, *per si*, não deve constituir um incentivo para o sector público optar pela via PPP: esta hipótese será prevenida se o sistema contabilístico aplicável às PPP`s for claro e neutro. Como já assinalamos, a avaliação de "*VfM*", não o tratamento contabilístico mais favorável comparativamente ao aplicado sob contratação pública tradicional (mediante o qual um projecto, que de outra forma - sob via convencional - não seria viável, possa ser cabimentado orçamentalmente), é a base decisória primordial da opção PPP[208].

As primeiras abordagens ao tratamento contabilístico a sujeitar as receitas e despesas das PPP`s datam de 1993 e 1995, respectivamente, mediante o desenvolvimento pelas Nações Unidas do "*System of National Accounts - SNA*" (cujo objecto abrange certas operações das PPP`s) e mediante o desenvolvimento pelo *Eurostat* do "*European System of National and Regional Accounts - ESA95*" (cujo objecto abrange as infra-estruturas públicas construídas e exploradas pelo sector privado dentro do universo dos países-membros da União Europeia, sendo complementado, em 2002, pelo "*ESA95 Manual on Government Deficit and Debt*")[209].

Ainda que em 2002 a ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO tenha emitido um documento cujo foco recaí

---

[207] Sobre o assunto, o INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public Investment…*", p. 12, 2007, esclarece que as garantias concedidas pelo sector público ao financiamento do contraente privado devem ser concebidas de forma adequada e limitada, respectivamente, no objecto e no tempo. Garantias parciais (limites quantitativos, deduções etc.) asseguram a mitigação do risco moral e da selecção adversa nas relações entre principal e agente (Estado e "*special purpose vehicle*") - "*... The potential fiscal costs associated with guarantees argue in favor of carefully controlling them with a view to managing fiscal risk. Centralized controls over the granting of guarantees are often appropriate, and a government wishing to assert firm discipline should consider introducing a quantitative ceiling on guarantees.*"

[208] OCDE, "*Public-Private.…*"p. 91.

[209] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", pp. 109 e ss. e OCDE, "*Public- Private…*", p. 92.

sobre praticas orçamentais importantes, mesmo que marginalmente, para o assegurar da transparência nos procedimentos PPP ("*OECD Best Practices for Budget Transparency*"), em 2004 é publicado pelo EUROSTAT o documento fundamental na matéria do tratamento contabilístico das PPP`s, no contexto dos países-membros, dado que define alguns critérios operativos que permitem qualificar os activos PPP como público ou privados e permite proceder à respectiva previsão dentro ou fora do balanço do Estado, merecendo portanto uma referência especial - "*New Decision of Eurostat on Deficit and Debt: Treatment of Public-Private Partnerships*"[210].

A decisão do EUROSTAT abrange os contratos de longa duração em que o parceiro privado constrói uma infraestrutura e provisiona um serviço directamente aos utentes ou à Administração, tanto no quadro do modelo concessivo clássico, como no quadro do modelo PFI[211][212].

---

[210] No seguimento de EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, "*Risk Distribution and Balance Sheet Treatment*", 2012, p.6, a COMISSÃO EUROPEIA, através do EUROSTAT, garante a aplicação uniforme e adequada das regras do *European System of Accounts* (desde 1996, a moldura de referência no tratamento de dados orçamentais), de forma a obter dados estatísticos fiáveis e comparáveis, sobre as posições em matéria de dívida pública e défice de cada um dos Estados-membros, assegurando o respeito pelos limites impostos pelo Tratado de Maastricht, em 1994. Contudo, o ESA95 é um sistema de referência que produz estatísticas económicas, não contendo regras específicas aplicáveis às PPP`s. Na prática, foi necessário o EUROSTAT complementar as regras gerais do ESA95, com a publicação da decisão " *A New Decision of Eurostat on deficit and debt – Treatment of Public-Private Partnerships* ", de 2004.

[211] INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public-Private…*", p. 23.

[212] Como já referimos, no quadro legal da União Europeia inexiste uma definição consensual de PPP. Assim, ainda que somente relevante para fins estatísticos, o EUROSTAT indica o que entende por PPP (aqui refere-se, parece-nos, a concessões sob modelo PFI) e o que entende por concessão clássica ("*concessions*"). No caso de, cumulativamente, nos depararmos com um contrato de longo termo (pelo menos 3 anos), entre uma entidade do sector público e uma entidade privada, cujo objecto determine a construção ou renovação de infra-estruturas, financiadas pelo contraente privado, e que são adjacentes à provisão de um serviço, segundo requisitos de qualidade e quantidade acordados entre as partes, sendo a remuneração do parceiro privado feita através de pagamentos pelo sector público, então, estamos perante um contrato PPP, sob modelo PFI. Se, reunidos os restantes requisitos, a forma de remuneração do parceiro privado for proveniente, maioritariamente, de taxas cobradas aos utentes finais, então estamos perante uma concessão clássica. A este propósito, *vd*. EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTER, "*Risk Distribution…*", p. 9.

No tocante ao modelo concessivo, a decisão do EUROSTAT recomenda que os activos envolvidos numa PPP sejam qualificados como privados, portanto fora do balanço do Estado, desde que menos de 50% das receitas do projecto provenham de pagamentos pelo sector público[213].

Relativamente ao modelo PFI, a abordagem do EUROSTAT é baseada no grau de transferência do risco: para que uma infraestrutura PFI seja colocada fora do balanço do Estado requer-se a transferência para o sector privado, em primeiro lugar, do risco da construção[214] e, em segundo lugar, do risco da provisão/disponibilidade do serviço[215] ou do risco da procura[216].

---

[213] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", p. 110. Não obstante, a autora, no seguimento de E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*"p. 68, nota que algumas questões surgem desde logo, nomeadamente, no respeitante ao tratamento dado às garantias concedidas pelo Estado (o mesmo critério dos 50% poderá ser aplicável, ainda que o pagamento não seja maioritariamente feito pelo sector público, se as garantias concedidas pelo Estado ao projecto PPP corresponderem a 50% das garantias totais, considerando-se o activo como público), no respeitante aos concessionários públicos (quando o projecto PPP é empreendido por uma empresa de capitais maioritária ou exclusivamente públicos, as regras do EUROSTAT permitem que os activos fiquem fora do balanço do Estado se assegurados por uma "unidade de mercado" – uma entidade detida pelo Estado desde que funcionando em condições de mercado) e no respeitante à aplicação do critério dos 50% (o EUROSTAT parece preferir o critério da forma em detrimento da substância na consideração dos 50%, pelo que será possível ao Estado subsidiar diferentes partes de um sistema através de diferentes empresas privadas, de tal modo que quando considerado numa base consolidada, esse financiamento superaria os 50%, mas não assim considerando cada empresa individualizada).

[214] O risco da construção, de acordo com EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, "*Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships: Purposes, Methodology and Recent Trends*", 2010, p. 9, "*covers events related to the initial state of the asset(s) involved in the PPP. In practice, construction risk is related to events such as late delivery, non-respect of specified standards, significant additional costs, technical deficiency and external events (including environmental risks) triggering compensation payments to third parties*".

[215] O risco da provisão/disponibilidade do serviço, de acordo com EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, "*Eurostat Treatment…*", p. 9. "*covers cases where, during the operation of the asset(s), the responsibility of the non-government partner is called upon, because of insufficient management performance, resulting in a lower volume of services than was contractually agreed or in services not meeting the quality standards specified in the PPP contract*".

[216] O risco da procura, de acordo com EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, "*Eurostat Treatment…*", p. 9.," *covers the variability of demand for a particular service, like number of road users or volume of waste disposal (higher or lower than expected when the PPP contract was signed) irrespective of the performance of the non-government partner. In other words, there is demand risk*

Capítulo II – A alocação dos riscos, em particular

2.1. Princípios da alocação dos riscos e "*Value for Money*"

A alocação dos riscos entre o sector público e sector privado desempenha um papel fundamental no sucesso da abordagem PPP e constitui um dos elementos essenciais inerentes à prossecução de ganhos de "*VfM*" no emprego dos recursos públicos[217]. Com efeito, a estrutura contratual[218] que subjaz à

when a shift in demand cannot be directly linked to an inadequate quality of the services provided by the nongovernment partner but is the result from other factors, such as business cycles, new market trends, changes in final users' preferences or technological obsolescence".

[217] BING LI, AKIN AKINTOYE, CLIFF HARDCASTLE,"Value for Money and Risk Allocation Models in Construction PPP Projects", in *ARCOM Doctoral Workshop – Simulation and Modelling in Construction*, 2001, p. 19, indicam que existem duas dimensões no tratamento da alocação dos riscos: uma qualitativa ("que tipo de risco é alocado e a quem é alocado") e outra quantitativa ("quanto do risco é alocado"). A que aqui nos interessa é a primeira.

[218] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, "*As PPP/PFI…*", pp. 168 e ss., relativamente à estrutura contratual das PPP`s, indica que no centro do complexo contratual está aquilo que se designa por contrato PPP/PFI "*sricto sensu*" ou Acordo de Projecto, entre a Administração, parceiro público ou concedente e o parceiro privado, "*special purpose vehicle*" (SPV) ou concessionário, tendo como objecto a realização do projecto, isto é, o aprovisionamento, produção, distribuição e entrega do serviço ou provimento, incluindo a obtenção, manutenção, actualização e gestão de todos os activos necessários. É frequente que este contrato não se resuma a uma peça única, antes de desdobre em vários contratos, que, não obstante, se agrupará colectivamente sob a designação de Acordo de Projecto ou contrato PPP/PFI "*lato sensu*". Entre os contratos periféricos, cinco são nucleares: o contrato de construção/produção (contrato de empreitada entre o SPV ou parceiro privado e o contraente construtor/produtor); o contrato de provimento (contrato de aprovisionamento entre o SPV e um ou mais provedores principais do serviço); o acordo directo (acordo estabelecido entre o parceiro público, o SPV, os financiadores e, frequentemente, alguns dos subcontratantes do SPV; salvaguarda os créditos dos financiadores no caso de incumprimento do SPV, permitindo-lhes assumir todas as posições contratuais deste e designar outro contratante ou SPV, outro contratante construtor /produtor ou outro provedor do serviço; o acordo salvaguarda também a continuidade do provimento do serviço, dado que ao parceiro público assiste também o direito, em caso de incumprimento do SPV, de assumir todas as posições contratuais deste e designar outro contratante ou subcontratantes); o contrato de financiamento (o contrato de financiamento é estabelecido entre os bancos, representados por um agente, e o SPV, sendo que os contratos de financiamento das PPP`s são "*project finance*", ou seja, financiamentos cuja garantia de reembolso assenta essencialmente no "*cash-flow*" previsto para o projecto); acordo parassocial ou pacto de accionistas ou sócios da SPV (quando exista uma SPV, na qual a malha de interesses de alguns ou todos os membros da mesma – os diversos subcontratantes, eventualmente o parceiro público e os consultores – é articulada). Por último,

alocação do risco, entre a Administração e o contraente privado, é totalmente distinta, consoante estejamos perante o modelo PPP ou um modelo de contratação pública tradicional: se, no primeiro, o sector público transfere um leque de riscos para o contraente privado, já no segundo os riscos são maioritariamente retidos pelo sector público.

Neste sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO realça que nas práticas tradicionais de financiamento, exploração e contratação, a Administração retém praticamente todos os riscos envolvidos nas várias fases do ciclo de vida dos projectos, sendo patente que o grau de risco transferido ou partilhado com o contraente privado é diminuto e incide essencialmente sobre as fases de concepção e construção (defeitos técnicos ou defeitos de construção)[219].

MERVYN K. LEWIS assinala que, numa primeira acepção, as características da contratação PPP podem conduzir à ideia de que o sector público, ao optar por esta via, se salvaguarda linearmente da retenção de qualquer risco adjacente ao projecto, em particular dos riscos relacionados com o activo ("*asset-based risk*" – categoria na qual se incluem os riscos atinentes à concepção, construção, exploração e valor residual do activo): o sector público torna-se o "comprador " de um serviço livre de risco, na medida em que não efectua os pagamentos faseados se o serviço não for de todo provisionado ou se ou serviço for provisionado, mas não respeitar os níveis especificados. Na prática tal não sucede: a matéria da alocação do risco é muito mais complexa porque não se dá uma transferência máxima, mas sim óptima, dos riscos para o sector privado[220]. Sob o ponto de vista de RUI SOUSA MONTEIRO, a complexidade do processo de alocação de riscos numa PPP ainda se torna mais acentuada quando os riscos adjacentes a um projecto são partilhados por mais do que um concessionário: pode suceder que um concessionário provisione a infra-estrutura e outro

uma referência aos contratos de seguro firmados entre o SPV e seguradoras, de forma a que os riscos em que incorre o primeiro possam ser melhor geridos pelas segundas.

[219] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*As Parcerias…*", p. 338.

[220] MERVYN K. LEWIS, "Risk Management in Public Private Partnerships", *CeGE Research Workshop*, Georg-August University, Gottingen, 2001, p. 9.

concessionário provisione o serviço, ficando o primeiro sujeito ao risco da disponibilidade da infraestrutura e o segundo sujeito ao risco da procura[221].

Com efeito, a transferência de riscos num contrato PPP constitui um dos seus princípios basilares, de tal modo que, tanto o Decreto-lei 86/2003 (artigo 7º, alínea b)), como o Decreto-lei 111/2012 (artigo 7º, n.º 1, alínea b)) - e mesmo o Código dos Contratos Públicos, na parte relativa às concessões (artigos 413.º e 416.º) – impõem que as PPP`s impliquem uma "*significativa*" e "*efectiva*" transferência de riscos para o sector privado[222].

---

[221] RUI SOUSA MONTEIRO, "Public- Private Partnerships: some lessons from Portugal", in *European Investment Bank Papers*, vol. 10, n.º 5, 2005, p. 78. O autor, relativamente à alocação de diferentes tipos de risco em mais do que um concessionário, dá o exemplo das PPP`s nas áreas da saúde e do transporte ferroviário: "*Risk-sharing issues are especially challenging when risks are split between two or more concessionaires. In some of Portugal's PPP schemes, responsibilities, risks, and payments are shared between two concessionaires: one provides an infrastructure for a long period (typically 30 years) and the other delivers a service (for a much shorter period) using this infrastructure. This model is envisaged for hospital PPPs because the contractual arrangements for the clinical services can only be agreed on for a period shorter than the one suitable for the management of hospital buildings. It is also the model devised for some rail and tram PPPs, where the service of the infrastructure and the rolling stock is subject to availability risk, whereas transport services are subject to traffic risk*".

[222] PEDRO LEITE ALVES, "Reflexões sobre o regime legal das PPP", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 6, 2012, pp. 18-19, questiona, desta forma, as normas do Regime Geral das PPP`s e do CCP, relativamente à imposição expressa de uma transferência de riscos: " *Não curando agora de tentar compreender por que razão o CCP entendeu útil destacar a transferência de risco para o privado como traço essencial do concessionamento de bens público relativamente à óbvia regra de que o risco da gestão concessionada impende sobre o privado, vale a pena tentar perceber por que razão o diploma de 2012 reteve um redacção que tem por efeito, em tese, aumentar o custo público das PPP. Com efeito, como o risco é o produto de uma probabilidade por um valor e a sua contrapartida é a margem financeira de protecção retida pela entidade a quem é alocado ou que o financia, quanto maior o risco privado, mais cara a PPP*". Neste ponto, com o devido respeito, não perfilhamos o autor dado que, se concordamos com a associação da responsabilização por um risco pelo parceiro privado à cobrança de um preço, não podemos ignorar que, no caso de o sector público reter esse risco para si, esse risco continua a comportar um custo financeiro (em última instância, podemos considerar esse risco como disperso pelos contribuintes), ainda que encoberto, e que é associado ao projecto em causa. Logo, se o parceiro privado gere esse risco ao mais baixo custo, ainda que o valor a pagar seja mais elevado do que na situação em que o sector público não transfere o risco, em termos globais o custo do projecto é menor. Concluí o autor, referindo: " (...) *há a probabilidade séria de que a norma legal portuguesa seja desprovida de consequências práticas: qual será o ente público que recusará a matriz de risco por ele elaborada com a alegação de que não corresponde a uma significativa transferência de riscos*?".

A COMISSÃO EUROPEIA, no seu LIVRO VERDE SOBRE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, confirma a importância da transferência de riscos, ao indicar que as PPP`s se caracterizam pela "*distribuição dos riscos entre o parceiro público e o parceiro do sector privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo sector público*", concretizando que " *a distribuição dos riscos efectuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir*"[223].

A importância do tratamento do risco no ciclo "*whole-life*" PPP justifica que a sua ocorrência seja devidamente acautelada nos contratos e na respectiva legislação aplicável – CCP e Regime Geral PPP`s. NAZARÉ COSTA CABRAL, quanto ao risco em geral, destaca as regras em matéria de execução dos contratos (prevendo designadamente situações de atrasos na execução e de trabalhos a mais), o regime especial de alteração de circunstâncias e as regras sobre partilha de benefícios em caso de ganhos não previstos e não atribuíveis à acção do contraente privado[224].

Com efeito, a complexidade dos contratos PPP torna difícil a tarefa de interpretar a moldura de distribuição do risco, ainda mais se tivermos em consideração que essa moldura se situa numa avaliação "*ex ante*". O FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL alerta para a hipótese de a distribuição do risco patenteada na teia contratual ser inócua e não demonstrar todo o risco suportado pelo sector público ("*not tell the whole story*"), dado que factores políticos podem induzir a Administração a assumir na prática todo o risco de resgate de projectos "*too big to fail*", cuja manutenção da provisão do serviço seja tida como essencial à prossecução do interesse público[225].

Sem prejuízo, como assinala ANTÓNIO POMBEIRO, a gestão do risco estende-se a todas as áreas da Administração, independentemente do tipo de serviço ou contratação em causa: falhas ou indisponibilidade do serviço; queixas

[223] COMISSÃO EUROPEIA, "*Livro Verde…*", p. 3.

[224] NAZARÉ COSTA CABRAL, *Parcerias…*, p. 88.

[225] INTERNATIONAL MONETARY FUND*, "Public-Private…",* p. 22.

e reclamações dos utentes contra erros ou lapsos do serviço que possam resultar em indemnizações ou compensações significativas; risco de derrapagem de certas obrigações contratuais para além da capacidade orçamental; risco decorrente de pressupostos contabilísticos e orçamentais inválidos; risco de fraude e apropriação ilícita de fundos; risco de disputas comerciais e industriais; risco de acções dos funcionários por discriminação sexual, etária, racial ou outra; riscos de usurpação de direitos e propriedade intelectual; riscos de guerra ou cataclismos naturais. Assim, podemos afirmar que o risco é transversal a todas as áreas de serviço ou actividade, cuja prossecução possa dar lugar a prejuízos ou a desvios significativos relativamente ao esperado[226].

DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS associam a identificação, alocação e gestão do risco a uma parte fulcral do processo PPP, assinalando que, no quadro da análise do risco dos projectos, a contratualização PPP pressupõe uma avaliação muito mais desenvolvida do que aquela que se verifica sob contratação pública tradicional (efectivamente, a comparação da complexidade da moldura de identificação, alocação e gestão do risco de um projecto PPP com um projecto sob contratação pública tradicional assim o induz)[227].

Não obstante, há que desde já que referir que inexiste uma moldura única da alocação dos riscos, aliás, como se pode depreender pela variedade de tipos contratuais que são integrantes da ampla figura PPP e a respectiva repartição de actividades que neles se constata, cuja aplicação valha para todos os projectos que se pretendam realizar sob esta via.

O ponto determinante relativamente à percepção da função da transferência de riscos, no quadro de um contrato PPP, é a estreita conexão que existe entre a sua adequada alocação e a eficiência do projecto[228]. Como já referimos, a "*ratio*" em que se baseia a abordagem PPP concretiza-se na construção de infra-estruturas/provisão de serviços de melhor qualidade e com maior eficiência, do

[226] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, "*As PPP/PFI…*". p. 136

[227] DARRIN GRIMSEY, MERVYN K.LEWIS, "*Public-Private…*", p. 136.

[228]OCDE , "*Public-Private…*", p 47

aquilo que se obteria se a Administração optasse pela via da contratação pública tradicional. Neste sentido, há que trazer à colação a distinção entre os três tipos de eficiência: eficiência alocativa, eficiência técnica e X-eficiência (*vd*. nota 159)[229].

A decisão do sector público de construir uma infraestrutura/provisionar um serviço, independentemente de optar pela via da contratação pública tradicional ou optar pela via PPP, envolve considerações relativas à eficiência alocativa. Uma vez tomada a decisão nesse domínio, o sector público deve decidir por que via optar entre as duas atrás mencionadas, envolvendo a decisão, desta vez, considerações relativas à eficiência técnica e à X-eficiência.

Sem prejuízo de, nomeadamente no Reino Unido[230], estudos demonstrarem que os resultados da contratualização PPP são, em determinados parâmetros, melhores do que os resultados alcançados sob contratualização convencional, a ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO alerta para a hipótese de, na escolha dos projectos a realizar sob modelo PPP, haver uma lógica de "*cherry picking*", por parte do sector público: nesta situação, a Administração optaria unicamente pelo modelo PPP em projectos que colocassem poucas dificuldades técnicas ou dificuldades de outro cariz, ou seja, projectos em que a perspectiva de serem obtidos ganhos de valor na sua realização, sob modelo PPP, fosse dada como adquirida (assumindo que o sector público decide sob esta ordem de ideias, qualquer comparação de performance entre os projectos realizados ficaria, à partida, inquinada)[231].

---

[229] PHILLIPPE BURGER, IAN HAWKESWORTH, "*How to Attain…*", pp. 51 e ss.

[230] Segundo o *NATIONAL AUDIT OFFICE*, "*PFI: Construction Performance, Report by the Comptroller and Auditor General*", 2003, p. 3, de acordo com dados recolhidos em 2002, somente 22% dos projectos realizados sob modelo PFI implicaram sobrecustos. Uma performance assinalável quanto a este critério, especialmente se comparada com o facto de em 73% dos projectos realizados sob contratação tradicional se terem verificado sobrecustos. Quanto ao critério da disponibilização da infraestrutura dentro do prazo estipulado, se, somente, em 24% dos projectos sob modelo PFI foram verificados atrasos, por contrapartida, sob modelo de contratação tradicional, essa incidência sobe para os 70%.

[231] OCDE, "*Public-Private…*", p. 46.

Na perspectiva da COMISSÃO EUROPEIA, os objectivos da alocação dos riscos na parte que melhor os consiga controlar e mitigar prendem-se com a redução dos custos do projecto a longo prazo; com a estrutura contratual de incentivos (em teoria, o contraente privado só é remunerado na medida em que disponibilize a infra-estrutura e provisione o serviço de acordo com os parâmetros de "*performance*" acordados, logo, tanto é "incentivado" a cumprir os prazos, como a manter a qualidade do serviço), cuja moldura induz o contraente privado a disponibilizar a infraestrutura dentro do prazo fixado, de acordo com os "*outputs*" pré-definidos e sem sobrecustos; com a melhoria da qualidade do serviço provisionado e o aumento da rendibilidade do projecto, exponenciados pela eficiência na gestão da operação da infraestrutura; e, por último, com a necessidade de o perfil da despesa pública se tornar previsível e consistente, no quadro de um contrato PPP[232].

Retomando a questão da conexão entre a transferência de riscos e o "*VfM*", E. R. YESCOMBE assinala que a adequada alocação do risco entre os contraentes é um elemento-chave na obtenção de ganhos de valor, nomeadamente se os riscos transferidos podem ser geridos de forma mais capaz e a um custo mais baixo pelo sector privado do que pelo sector público, o que, consequentemente, implica uma diminuição dos custos globais do projecto, em face da situação hipotética em que os riscos são retidos totalmente pelo sector público[233].

Sob esta premissa, podemos afirmar que uma adequada alocação do risco num projecto PPP é condição essencial da obtenção de "*VfM*"[234]. Com efeito, os ganhos de valor são obtidos, não exclusivamente, mas em grande parte, através da alocação do risco na parte mais capaz, quer de reduzir a probabilidade da

---

[232] COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines…*", p. 51.

[233] *HM TREASURY*, "*Appraisal and Evaluation in Central Government*",Londres, 1997, - Anexo B. Na doutrina alemã, a propósito da conexão entre a alocação do risco ("*Risikoallokation*"), ganhos de eficiência ("*Effizienzgewinn*") e "*VfM*" ("*Wirtschaftlichkeitsvorteile*"), veja-se ANDREAS PFNÜR/CHRISTOPH SCHETTER/HENNING SCHÖBENER, "*Risikomanagement bei Public Private Partnerships*", Springer, Berlim, 2010, pp. 43 e ss.

[234] E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 18.

ocorrência do evento, quer, no caso de o evento se concretizar, na parte mais capaz de absorver as repercussões financeiras que daí decorram. Em termos práticos, porém, como se depreende por se tratar de características transversais à essência da contratação pública, o processo de alocação do risco é condicionado tanto pela natureza negocial do procedimento, como também pela sua natureza concorrencial. Podemos considerar que resulta de um acordo entre as partes no contexto de um procedimento concorrencial e pode ocorrer que, nem sempre, daí resulte a alocação do risco à parte cuja apetência seja a mais adequada para o suportar.

A alocação e gestão do risco é uma das fontes de eficiência produtiva, dado que a repartição dos mesmos entre os contraentes num projecto PPP favorece o estabelecimento de incentivos orientados para uma gestão optimizada e uma consequente redução de custos. Se alocação do risco for adequada, ou seja, se o risco for atribuído à parte que o consiga controlar e mitigar de forma mais económica, a parte que o assume tem a capacidade e o incentivo para minimizar a probabilidade da materialização do risco ou mitigar o impacto que a materialização desse risco possa causar no projecto[235].

Coloca-se a então a seguinte questão: o que entender por "*parte mais preparada para gerir os riscos*"? Será a parte que tenha maior influência na redução da probabilidade de um determinado evento acontecer ou será a parte que consiga gerir melhor as hipotéticas consequências financeiras decorrentes da concretização desse evento? O pressuposto de que a parte mais habilitada para gerir os riscos é aquela que o faz a um custo mais baixo, reduzindo, por conseguinte, os custos totais do projecto a longo prazo, leva-nos a concluir que, se o custo de reduzir a probabilidade da ocorrência de um evento é menor do que o custo de absorver as suas consequências, o risco deverá ser alocado na parte que mais influência possua sobre a probabilidade da ocorrência do evento[236].

[235] MARIA EDUARDA AZEVEDO, "*Parcerias…*", pp. 435 e ss.

[236] OCDE, "*Public-Private…*", p. 49.

TIMOTHY IRWIN entende que o princípio de que o risco dever ser alocado à parte mais preparada para o gerir se trata de uma fórmula demasiado vaga e inócua. Clarifica-a da seguinte maneira: em primeiro lugar, a alocação do risco a uma parte deve ser associada à atribuição de direitos de decisão em matérias que o influenciem; em segundo lugar, a alocação do risco a uma parte deve ser feita em função da sua capacidade de influenciar o factor do risco (a "fonte" do risco – um empreiteiro está apto a influenciar o risco de sobrecustos da construção dado que gere factores, entre muitos outros, como a escolha dos materiais da obra ou o pagamento da mão-de-obra na sua realização; assim sendo, em princípio, o risco de sobrecustos ser-lhe-á alocado); em terceiro lugar, a alocação do risco a uma parte deve ser feita em função da sua influência sobre o grau de sensibilidade do valor do projecto a um factor de risco (como exemplo, ainda que a ocorrência de um sismo, caso de força maior, não possa ser influenciada por nenhuma das partes, a escolha precavida do local da construção do projecto pode reduzir as hipotéticas consequências negativas da materialização do risco de um sismo, antecipando-o e tornando o valor do projecto menos sensível a esse factor), em terceiro lugar, existem riscos que não nenhuma das partes pode influenciar ou antecipar, entendendo-se que nessas situações o risco deve ser alocado à parte que esteja em melhores condições para o absorver (suportar ao mais baixo custo – por exemplo, os utentes podem suportar o risco de inflação porque, em princípio, os seus rendimentos são ajustados ao próprio factor de risco)[237].

A aparente simplicidade da máxima "*os riscos devem ser alocados na parte que está em melhores condições para os controlar e gerir pelo menor custo*" não se reflecte na sua aplicação prática, dado que é necessário considerar a natureza dos diversos riscos e aceitar a complexidade da distribuição de alguns, tomando em consideração que a óptima alocação do risco não pode ser totalmente definida "*a*

[237] TIMOTHY IRWIN, "Public Risk in Private Infrastruture", in *Realizing the Potential for Profitable Investment in Africa – High level Seminar organized by the IMF Institute and the Joint Africa Institute*, 2006, pp. 11. e ss.

priori" porque cada projecto tem as suas especificidades próprias[238]. OWEN HAYFORD enumera um conjunto de razões atinentes à dificuldade anteriormente exposta: as diferentes perspectivas das partes contraentes (cada parte forma uma ideia própria, antes da celebração do contrato, relativamente às suas capacidades para gerir o risco, às probabilidade de ocorrência de cada um dos riscos identificados e ao preço a cobrar por cada risco suportado), complexidade dos riscos (muitos dos riscos não estão na esfera de controlo e gestão de uma única parte, traduzindo-se numa gestão do risco partilhada), dificuldade na gestão de determinados riscos (nenhuma das partes se encontra em posição favorável para a sua gestão e controlo – caso da força maior) e outros factores (requisitos comerciais, poder negocial e requisitos impostos pelos financiadores)[239].

Na linha de alguma doutrina, o "*modus operandi*" administrativo, designadamente no que concerne às práticas e procedimentos pré-contratuais, não pode ser considerado totalmente compatível com a regra legal do art. 7º, alínea a), do Decreto-lei 111/2012 ("*os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respectiva capacidade de gerir esses mesmos riscos*"). PEDRO MELO entende que, tanto a metodologia de avaliação das propostas dos concorrentes, como o facto de as cláusulas da minuta do contrato atinente ao "*risk spreading*" só poderem ser alvo de modificações (tratando-se de meras adaptações e aditamentos) no âmbito da fase de negociações (sob uma lógica concorrencial de máxima acomodação dos diversos riscos na esfera do concessionário, para melhor satisfazerem os interesses da Administração), condicionam o conteúdo de cada uma das propostas no respeitante à assunção eficiente dos riscos pelas partes[240].

---

[238] LUÍS HELENO TERRINHA," *Parcerias Público-Privadas e alocação do risco"*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 20, 2011, p. 115.

[239] OWEN HAYFORD, "*Sucessfully allocating risk and negotiating a PPP contract"*, 6th Annual National Private Public Partnerships Summit, 2006, p. 10.

[240] PEDRO MELO, "*A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*", Almedina, Coimbra, 2011, pp. 137 e ss. Mais detalhadamente, o autor esclarece (fá-lo a partir de uma análise aturada de diversos documentos concursais, derivados da experiência nacional neste tipo de contratação) que, em face das regras dos procedimentos adjudicatórios comummente

Como tivemos oportunidade de realçar[241], o sector público deve operar uma transferência do risco para o sector privado, cuja linha de orientação veicule a optimização e não a maximização da transferência do risco: se o sector público transferir riscos para o contraente privado, cujas condições da sua ocorrência o segundo não possa influenciar, será cobrado um prémio de risco que ultrapassará os benefícios inerentes à sua transferência, prejudicando a obtenção de "*VfM*" por parte da Administração, ou seja, partir de um certo ponto a transferência dos riscos torna-se sub-óptima[242]. Conceber o nível óptimo de transferência dos riscos para o contraente privado pressupõe uma análise dos elementos específicos do projecto em causa, dado se constatam diferentes molduras de transferência do risco consoante o tipo de contrato: exemplificativamente, o modelo DBOMF ("*design-build-operate-mantain-finance*") exige uma análise mais complexa da alocação do risco do que aquela que se constata sob modelo BOT ("*build-operate-transfer*") – cada tipo de risco alocado no contraente privado envolve uma análise, no sentido de verificar se se trata efectivamente da parte que mais habilitada está para o controlar e mitigar e no sentido de verificar se o preço cobrado pela responsabilização por um determinado risco é financeiramente

utilizados nos contratos de concessão de obras públicas (a obra incide em particular sobre este tipo contratual PPP, não obstante, muitas das temáticas aqui tratadas poderem ser extrapoladas para os restantes contratos abrangidos pelo conceito PPP), se podem apontar dois níveis de condicionamentos sucessivos, no que respeita à distribuição do risco: na minuta do contrato de concessão patenteada a concurso (as adaptações e aditamentos que podem ser introduzidos na fase de negociação estão teleologicamente orientadas para a optimização das propostas, na perspectiva da Administração – a distribuição do risco fica fixada no momento da adjudicação, sem prejuízo do que sucede com os demais contratos de projecto, construção, operação e manutenção, em que o concessionário, frequentemente, transfere uma parte significativa do risco assumido no contrato de concessão para o empreiteiro e o operador) e na metodologia de avaliação das propostas (os mecanismos de avaliação de propostas induzem os concorrentes a assumirem o máximo de risco como forma de obterem uma melhor pontuação das suas propostas, dado que os mecanismos usualmente empregues contemplam vários factores e subfactores densificadores do critério de adjudicação que encerram uma avaliação do grau de risco assumido ou incorporado nas propostas dos concorrentes).

[241] *Vd. supra* p. 57.

[242] *Vd.* Anexo I. Nas palavras de MATHIAS DEWATRIPONT, PATRICK LEGROS, "*Public…"*, p. 134., "*Optimal risk sharing implies that the marginal cost of shifting risk from the public to the private sector equals the marginal benefit*".

razoável[243]. Transferir um risco da Administração para algum interveniente que não esteja apto a geri-lo, significa encarecer o preço que aquela pagará pelo serviço ou afastar potenciais concorrentes: as instituições financiadoras do projecto cobrarão nos juros um prémio de risco maior e o se o custo do risco aumentar, aumenta com ele o custo total do projecto[244].

Como sugere PAUL LIGNIERES, a existência de uma teia contratual (englobando o contrato de empreitada, contrato de concessão, contrato de seguro, garantias etc.), tanto permite repartir os riscos entre os diversos intervenientes, como permite às instituições financiadoras do projecto aferir da "*bancadilidade*" do mesmo (é frequente assistirmos à intervenção dos bancos, no sentido de aferir da adequada alocação do risco), dado que o risco de crédito (o risco de a entidade financiadora não ver satisfeito o designado serviço da dívida – reembolso do capital e correspondentes juros) é influenciado por todos os outros riscos adjacentes ao projecto[245].

---

[243] DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, "*Public…"*, p. 136.

[244] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, "*Parcerias...*", p. 138.

[245] PAUL LIGNIERES, *Partenariat…*,p. 252. No mesmo sentido, DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships Victoria: Risk Allocation and Contactual Issues"*, Melbourne, 2001, pp. 12 e ss, assinala que o financiamento do projecto pode ser feito através de empréstimos/dívida ou através de participação no capital (respectivamente, "*debt and equity*", concretizando, "…*debt financiers provide a significant part of the financing for the project (typically up to 80 per cent) at pre-agreed interest rates, and as discussed below, accept limited risk. Equity participants finance the balance of the project by, in effect, purchasing shares in the project*". O documento destaca a maior tolerância ao risco dos financiadores com participação no capital, quando comparados com os financiadores de empréstimos: os "*equity participants*" aceitem um maior nível de risco do que os "*debt financiers*" dado que o retorno potencial dos primeiros é mais elevado do que o dos segundos, cujo retorno se circunscreve ao pagamento dos juros ("…*their dominant concern is that the cash flow from the project is sufficient to meet the debt repayment schedule, including interest. They therefore exert pressure on the private party not to take on risks which may jeopardise the project cash flow dedicated to amortisation of debt*"). A este propósito, vd. MERVYN K. LEWIS, "*Risk Management...*", p. 10. Como sugere NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…"*, pp. 88 e ss, há uma estreita relação entre a distribuição do risco e o custo de financiamento do projecto. Segundo o Teorema de Miller-Modigliani, o custo do capital empregue depende apenas dos riscos associados ao projecto, sendo que a transferência de riscos do Estado para o contraente privado não deveria afectar o custo de financiamento do projecto. Não obstante já termos abordado esta temática, note-se que a doutrina económica actual preconiza que o custo de financiamento do sector

Como tivemos oportunidade de referir, a propósito do tratamento contabilístico e orçamental das PPP`s, a abordagem do EUROSTAT, no respeitante à qualificação dos activos como públicos ou privados, pelo menos sob modelo PFI, é baseada no grau de transferência do risco, dependendo a atribuição da infraestrutura fora ou dentro do balanço do Estado dos riscos alocados ao contraente privado. Se já abordamos esta temática, aqui o que nos interessa salientar, ao relacionar este aspecto à gestão do risco, é o facto da distribuição do mesmo assumir uma influência transversal a todo o enquadramento PPP[246]. Neste sentido, como salienta o FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, ainda que o operador privado seja tipicamente o proprietário jurídico do activo PPP, no caso de o sector público suportar os riscos associados (que se verifica se, cumulativamente, o valor líquido actual dos pagamentos efectuados cobrir a maior parte do valor activo, o termo da locação coincidir com a maior parte da vida útil do activo e se, no final do contrato, o ente público puder adquirir a propriedade jurídica a um valor residual nominal) à propriedade do activo podemos afirmar que este é efectivamente o proprietário económico do activo[247]. NAZARÉ COSTA CABRAL associa esta posição a uma locação financeira, sendo tratada contabilisticamente de forma muito próxima à dos empréstimos, mediante o qual o activo será contabilizado na folha de balanço do locatário. Pelo contrário se o locador – contraente privado- além de proprietário jurídico, for também proprietário económico estamos perante a uma figura contratual análoga à locação operacional[248]. Nesta situação, um

público é, unicamente de forma aparente, mais baixo do que o do sector privado, mediante a designada dispersão do risco pelos contribuintes, que não se remuneram pela sua assunção.

[246] JULIE FROUD, "The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state", in *Accounting, Organizations and Society*, n.º 28, 2003, p. 577, acerca da transversalidade da importância da alocação do risco nos contratos PPP/PFI, designadamente no que concerne ao tratamento contabilístico : "*Within the framework of the contract, risk is not a passive category but is itself a non-neutral determinant of outcomes . The role of risk as an enabler is important not only in passive justification for the policy and accounting treatment of PFI, it also plays an active role in the design of individual PFI projects: the requirement that sufficient risk be transferred to ensure off balance sheet treatment has a direct effect on the nature of the projects which result*".

[247] FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL*,* "*Public-Private…*"*,* p. 19.

[248] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", pp. 111-112.

investimento PPP difere de um investimento sob contratação pública tradicional somente no aspecto do perfil da despesa pública associada: o contraente privado substitui o ente público na assunção do investimento na fase inicial do projecto, ficando o segundo acometido a pagamentos faseados durante o período de provisão do serviço.

Relativamente ao conceito de risco, o risco mensurável é definido como a atribuição, relativamente a um acontecimento hipotético, de probabilidades numéricas (estatísticas) objectiva ou subjectivamente avaliadas. O risco mensurável é passível de ser gerido com um certo grau de certeza, contrariamente ao risco não mensurável, dado que a este não pode ser atribuída uma probabilidade numérica objectiva ou subjectivamente avaliada. A experiência e a análise de determinados dados possibilitam que ao risco não mensurável sejam atribuídas probabilidades não numéricas, como "possível" ou "bastante possível", ou seja a indeterminação predomina nesta avaliação, elevando o grau de insegurança[249].

Em síntese, o risco é medido pelo valor esperado, sendo que este é calculado multiplicando a probabilidade de ocorrência do sinistro, erro, falha ou acontecimento desfavorável, pelo do prejuízo potencial causado por esse acontecimento (somando o valor total de todos os tipos de risco considerados chega-se ao valor total dos riscos)[250].

---

[249] OCDE, "*Public-Private…*", p. 49. Como referem DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, "*Public-Private…*", p. 148, relativamente à distinção entre risco ("*risk*") e incerteza ("*uncertainty*"): " *In both cases, the actual future outcome is not certain, but in the case of risk, the probabilities of the various futures outcomes are known (either exactly mathematically)or from past experience of similar situations). In the case of uncertainty, the probabilities are merely "wild guesses" because the instance in question is so entirely unique that there are no others or not sufficient number to make it possible to tabulate enough like it to form a basis for any inference of value about any real probability in the case we are interested in*".

[250] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, "*As PPP/PFI…*", p. 138. O autor assinala o elemento subjectivo da avaliação do risco, trazendo à colação o facto de ser frequente determinar-se não um valor total único dos riscos, mas um intervalo de variação das probabilidades de ocorrência e dos prejuízos inerentes.

Apesar de se mencionar frequentemente a expressão "*partilha do risco*", segundo E. R YESCOMBE os contratos celebrados no quadro das PPP`s não envolvem geralmente uma partilha fraccionada ou percentual de cada um dos riscos (*x*% do risco suportado pela entidade pública e 100-*x*% do risco suportado pelo contraente privado): cada risco identificado é alocado (retido ou transferido) totalmente a uma das partes. Trata-se uma posição bastante discutível, já que se verificam riscos que pela sua natureza não estão plenamente sob o controlo de uma das partes, sendo mesmo influenciados pelos comportamentos das contrapartes[251]. Também não existem propriamente "*transferências de riscos*", mas apenas" *trocas de riscos*": quando se opta por uma taxa de juro fixa, troca-se o risco de uma subida das taxas de juro pelo risco de uma descida nas mesmas, ocorrendo o inverso na opção pela taxa de juro variável[252]. Pese embora a assunção da temática do risco, numa primeira acepção, possa induzir unicamente uma análise de eventos hipotéticos sob a sua vertente negativa, há que tomar em linha de conta que o resultado de uma actividade tanto pode trazer prejuízos como benefícios, projectando-se na esfera do alocador do risco tais consequências.

Quanto a uma categorização geral dos tipos de riscos, distinguem-se 3 níveis de factores de risco: níveis de risco macro, meso e micro. O nível de riscos macro compreende os riscos exógenos ao projecto: riscos num patamar nacional (associados a condições politicas, económicas e/ou sociais) ou riscos ambientais (associados ao meio natural). O nível de riscos meso abrange os factores de risco endógenos ao projecto (nomeadamente, a localização do projecto, o "*design*", a construção da obra ou o risco da procura). O nível de riscos micro abrange os

---

[251] E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 243. Em sentido contrário parecer ir OWEN HAYFORD, "*Sucessfully…*", p. 10, ao assinalar, relativamente a riscos cuja gestão depende em grande medida da conduta da contraparte: "*Many risks are not wholly within the control of one particular party. For some risks the ability of a particular party to manage the risk, and the costs which it will incur in doing so, will depend to a large extent upon how the other party conducts itself. In these cases, risks need to be shared, and obligations or restrictions need to be imposed on the party that is not best able to manage the risk in order to assist the party responsible for managing the risk. There are often many ways in which such risk can be sliced, diced and allocated and hence considerable scope for debate and brinkmanship*".

[252] ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, "*As PPP/PFI…*", p. 138.

riscos relativos, não ao projecto particularmente considerado, mas aqueles que são advenientes das relações estabelecidas entre o parceiro público e privado quanto à gestão contratual do projecto (a diferente perspectiva dos dois sectores pode tornar difícil o processo negocial e de gestão, o primeiro orientado que está para a prossecução do interesse público- concretizando, a prevenção de monopólios ou abusos de posição dominante- e o último para o lucro)[253]. Outra distinção é feita entre os riscos comerciais e os riscos legais e políticos. O sector privado está, geralmente, mais preparado para suportar os riscos comerciais enquanto o sector público gere mais eficientemente os riscos de natureza legal e política (enquadramento legal, politicas governamentais, fiscalidade, expropriações etc.). Os riscos comerciais podem ser divididos em dois subtipos de risco: o risco da procura e o risco da provisão do serviço ou disponibilidade. Ambos são à partida suportados pelo sector privado, porém quanto ao risco da procura o ente público pode estabelecer uma garantia contratual de mitigação do risco; trata-se de um risco relativo a algo tão volátil como é a procura dos consumidores que pode ser alterada pelo surgimento de novas preferências, a disponibilidade de outros produtos/serviços substitutos ou complementares, alteração dos rendimentos ou da demografia nacional. Uma outra classificação de riscos distingue os riscos globais ou de força maior (riscos exógenos fora do controlo das partes do projecto como desastres naturais, guerras ou tumultos) dos riscos elementares (riscos sob o controlo das partes). Os últimos são divididos em cinco subcategorias: riscos políticos (associados aos poderes de soberania e especificidades políticas do país em que o projecto é lançado); riscos de crédito do mutuário (associados ao "*rating*" de crédito do SPV); riscos de crédito do promotor (associados ao "*rating*" de crédito da entidade promotora do projecto); riscos de crédito do Estado (relacionados com o "*rating*" de crédito soberano); e os riscos do projecto em sentido estrito que, por sua vez, são subdivididos no risco de conclusão do projecto (risco de atrasos na entrega da obra), operacionalidade e manutenção (risco de ineficiências na exploração),

[253] BING LI, AKINTOLA AKINTOYE, CLIFF HARDCASTLE, "Risk Analysis and Allocation in Public Private Partnerships Projects*", 17th ARCOM Annual Conference. Salford*, vol.2, 2011, p.898.

riscos da disponibilidade e da procura e riscos financeiros[254] (flutuação das taxas de juro e de câmbio, aumento nos custos da dívida)[255].

Outra proposta de categorização geral dos riscos, divide-os em riscos gerais (comuns a todos os projectos infraestruturais de cooperação entre os sectores privado e público – não necessariamente sob modelo PPP/PFI) e riscos específicos do modelo PPP/PFI (riscos adjacentes aos projectos infraestruturais realizados sob modelo PPP/PFI). Aqui, sob pena de redundância, apenas nos interessa referir que a contratualização PPP implica uma transferência dos riscos de financiamento para o contraente privado ("*external financing risk*"), considerando-se este um risco específico dos projectos realizados sob modelo PPP. Em termos gerais (adiante trataremos em específico), na perspectiva de GRAHAME ALLEN, trata-se de um tipo de risco atinente a uma dupla possibilidade: a possibilidade de o SPV não conseguir o financiamento nos mercados para realizar o projecto contratualizado e a possibilidade de as taxas de juros se alterarem negativamente desde o momento de apresentação da proposta (incorrendo o SPV num aumento dos custos da dívida)[256].

---

[254] Contudo, note-se que os riscos financeiros não se circunscrevem, em termos práticos, à flutuação das taxas de juro ou das taxas cambiais, sendo conexos, por exemplo, com a qualidade da construção da infra-estrutura: se a realização da infra-estrutura for deficitária, isso implica, numa fase de exploração do activo, custos de manutenção e exploração mais elevados. Como sugerem SIMON S. GAO/MORRISON HANDLEY-SCHACHLER, "Public Bodies Perceptions on Risk Transfer in the UK's Private Finance Initiative", *Journal of Finance and Management in Public Services*, vol. 3, n.º 1, 2011, p. 27, "*While financial risks can be defined from different perspectives, they extend well beyond the effects of inflation rates and interest rates in financial instruments. It is also necessary to consider the potential effects of poor capital works, faulty initial system development or poorly written long-term service agreements*".

[255] OCDE," *Public…*", pp. 51 e ss.

[256] GRAHAME ALLEN, "*The Private…*", p. 28, AKINTOLA AKINTOYE, MATHIAS BECK, CLIFF HARDCASTLE, "*Public…*", pp. 37-38, sob o ponto de vista financeiro, categorizam os riscos em sistémicos (também designados de mercado) ou não-sistémicos (também designados de específicos). Os primeiros são relativos às condições económicas gerais que afectam todo o mercado: alterações na procura, nível de produção industrial, taxas de juro, taxas de câmbio, preços no sector energético etc. Os segundos compreendem os riscos associados a um particular activo, empresa ou segmento de mercado: introdução de um novo produto ou serviço, alteração no modelo de gestão de uma determinada empresa etc. Por seu turno, em geral, os autores distingue como categorias de risco: o risco de crédito (possibilidade de incumprimento por parte

MATHIAS DEWATRIPONT/PATRICK LEGROS destacam a distinção entre riscos exógenos (riscos fora do controlo das partes, designadamente de força maior – como exemplo, nenhuma das partes pode controlar a probabilidade de uma tempestade destruir a infraestrutura objecto do projecto PPP) e riscos endógenos (riscos sob o controlo das partes e influenciado pelas estipulações contratuais – como exemplo, o empreiteiro pode usar materiais de fraca qualidade na construção da infraestrutura e as consequências de tal decisão só serem notadas anos após a conclusão da obra, já numa fase de exploração). Em termos gerais, os riscos exógenos são suportados pela Administração ou partilhados entre as partes, assumindo que, na situação em que o contraente privado suporte totalmente algum dos riscos exógenos, este vai cobrar um prémio de risco ao contraente público. Trata-se de uma prática que, em teoria, não favorece ganhos de "*VfM*": dado que se refere à alocação de um risco exógeno, e considerando que nenhuma das partes tem uma vantagem comparativa na sua gestão (aliás, está fora do controlo de ambas as partes), a Administração não vai obter do parceiro privado uma melhor gestão do risco do que aquela que obteria caso o retivesse. Esta forma de tratamento do risco, é uma situação exemplificativa de como uma deficiente alocação do mesmo induz custos mais elevados e nenhuma obtenção de "*VfM*"[257].

Em suma, dentro de cada categorização geral dos riscos é possível identificar diversas subcategorias, cuja distinção se baseia na natureza dos riscos nelas compreendidas (as circunstâncias que estão na base das categorizações dos diversos riscos identificados podem ser de natureza económica, legal, social, cultural etc.). Mediante esta forma de agrupamento e classificação dos riscos, no contexto de um projecto PPP, promove-se uma abordagem estratégica da gestão do risco, por parte dos sectores público e privado, possibilitando-se,

---

de um devedor, frequentemente associada aos riscos sistémicos), riscos da contraparte (possibilidade de a contraparte num contrato não cumprir com a estipulado, frequentemente associada a riscos sistémicos, políticos ou legais), risco operacional (possibilidade da ocorrência de eventos negativos na fase de execução do contrato, associada a erros humanos, controlo inadequado etc.), riscos legais (possibilidade de alterações legislativas serem introduzidas num ordenamento jurídico e implicarem consequências inesperadas aos contratantes).

[257] MATHIAS DEWATRIPONT/PATRICK LEGOS, "*Public…*", pp. 121 e ss.

frequentemente, a adopção de uma abordagem comum (dentro do leque de tipos de riscos inserido numa determinada categoria) em termos de análise, tratamento, supervisão e controlo dos riscos[258].

Abordando as várias fases do processo de gestão do risco, podemos considerar que a primeira fase no planeamento de um projecto é a identificação de todos os riscos e avaliar a melhor forma de os gerir, no sentido de minimizar a ameaça que cada um dos riscos identificados constitua para o projecto[259]. Como assinala o DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, o ciclo de gestão do risco ("*risk management cycle*") procura identificar, prevenir, conter e mitigar os riscos inerentes ao projecto em causa. A gestão do risco é um processo contínuo que se estende pelo ciclo de vida do projecto e que se pode considerar dividida em diferentes fases: a fase de identificação dos riscos relevantes ao projecto, a fase de análise do risco (determinação da probabilidade de os riscos identificados se materializarem e a determinação da hipotética magnitude das consequências), a fase de alocação do risco, em sentido estrito (trata-se da alocação, entre as partes contraentes, da responsabilidade de absorver as consequências de cada um dos riscos ou de, através de um acordo, gerir os riscos através de um mecanismo especifico que pode envolver a partilha dos riscos), a fase de mitigação do risco (tentativa de diminuição da probabilidade de materialização do risco identificado ou tentativa de diminuição do seu impacto no caso de se materializar o risco identificado), fase de supervisão e reavaliação dos riscos (supervisão e reavaliação dos riscos identificados "*ex ante*" e de novos riscos identificados no período de exploração, que, por sua vez, passarão pelas fases atrás mencionadas, num processo contínuo ao longo do ciclo de vida do projecto)[260].

---

[258] LI BING/A. AKINTOYE/P.J. EDWARDS/C. HARDCASTLE, "The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK", *International Journal of Project Management*, n.º 23, 2005, p. 27.

[259] UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, "*Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships",* United Nations, 2008, p. 36.

[260] DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships...,* p. 16. No mesmo sentido, ANDREAS PFNÜR/CHRISTOPH SCHETTER/HENNING SCHÖBENER, "*Risikomanagement…,* p. 30, "*Risikomanagement ist ein fortlaufender Prozess, der im Beschaffungsprozess bzw. Lebenszyklus eines*

Interessa salientar que os tipos de riscos relevantes no âmbito da implementação de um projecto PPP e a sua afectação são objecto da definição de uma matriz ou registo de riscos ("*risk matrix*")[261][262]. E. R. YESCOMBE propõe a definição de uma matriz de riscos, a partir dos seguintes critérios: a natureza de cada risco, o efeito (financeiro ou outro da ocorrência do risco), a alocação do risco sob o contrato PPP, a eventual mitigação do risco em virtude da sua reafectação a subcontratantes (por exemplo, o empreiteiro da obra) ou a seguradoras, o impacto financeiro de qualquer risco que seja assumido pelo SPV (cujo cálculo pode ser assegurado através de uma análise de sensibilidade)[263]. Uma matriz de risco pode ser considerada um valioso instrumento auxiliar nas questões atinentes à identificação e alocação do risco, dado que assegura, na fase pré-contratual, o tratamento de todos os riscos através de uma "*checklist*", e após a celebração do contrato, traduz-se num importante documento de sumarização da alocação do risco estipulada pelo contrato (sem prejuízo de, posteriormente, o SPV vir a transferir esses mesmos riscos para terceiros, através das celebrações dos contratos com o empreiteiro, o operador ou as entidades seguradoras)[264].

Uma vez identificados os riscos, os seus potenciais impactos e o preço do projecto ajustado[265], a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento

---

Projektes nicht nur einmalig zu durchlaufen ist. Vielmehr ist Risikomanagement durch die dauerhafte Wiederholung des Prozesses während des gesamten Beschaffungsprozesses gekennzeichnet, wobei mit jeder Prozesswiederholung stärker detaillierte und aktualisierte Informationen über die jeweilige Risikosituation zu verarbeiten sind".

[261] *Vd*. Anexo II.

[262] A este propósito, ANDREAS PFNÜR/CHRISTOPH SCHETTER/HENNING SCHÖBENER, "*Risikomanagement*...", p. 35

[263] E. R. YESCOMBE, "*Public…*", p. 245.

[264] DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships…,* p. 23.

[265] Assim, H. ROBINSON, P. CARRILLO, C. J .ANUMBA, M. PATEL, "*Governance…*", p. 48-49. A transferência de riscos para o contraente privado implica um ajustamento do preço: a estratégia do sector público relativamente à alocação do risco envolve uma análise da alocação e do valor do risco transferido na prossecução de "*VfM*", quando comparado o custo total de um projecto PPP com o custo total de um projecto sob contratação pública tradicional (cujas características pressupõem uma retenção dos riscos envolvidos no projecto na esfera do sector público). Não curando aqui uma análise detalhada do tema (a análise da sensibilidade do valor do projecto ao risco baseia-se em sofisticadas fórmulas de cálculo financeiro), importa referir, no seguimento dos

Económico elenca 5 principais formas de "responder" ao risco nos projectos PPP: evitar os riscos (o factor de risco é eliminado ou o projecto exposto ao risco não é empreendido), prevenir os riscos (as partes reduzem a probabilidade da materialização do risco ou reduzem o impacto dessa materialização), segurar os riscos (as partes contratam com uma seguradora a transferência financeira do risco), transferência dos riscos (as partes acordam uma realocação dos riscos naquelas que mais capacidade demonstram para os gerir), retenção dos riscos (os riscos são retidos, dado que os custos da sua gestão demonstram ser superiores ao valor dos próprios riscos)[266].

2.2. Os tipos de riscos, em específico, e a respectiva alocação

Os riscos adjacentes a um projecto infra-estrutural são múltiplos e afigurar-se-ia uma tarefa descomunal neste trabalho oferecer tratamento a cada um deles. Contudo, alguns dos riscos, tanto pela sua transversalidade e influência no sucesso do empreendimento, como pela discussão que suscitam, merecem ser especificamente referenciados.

Ainda sem tratar dos riscos em específico, há que assinalar que estes são agrupados de acordo com a fase do projecto a que são atinentes, designadamente para efeitos da construção de uma matriz de riscos, sem prejuízo de existirem riscos que, pela sua natureza, são integrados, nessa compartimentação, como atinentes a todas as fases do projecto.

---

autores, que a avaliação do preço do risco (*risk pricing*) tem por indicadores a probabilidade de um evento acontecer e o seu potencial impacto financeiro. *Vd*. Anexo III. A tabela demonstra, por hipótese, a avaliação do preço do risco de sobrecustos numa obra ("*cost overrun*") baseada na probabilidade de o evento acontecer e o impacto financeiro potencial desse evento. O custo de construção estimado do projecto monta a 200 milhões de euros e a probabilidade de uma derrapagem nos custos, reflectindo vários factores de risco, tem um custo total de 17 milhões de euros.

[266] OECD, "*Public…*", p. 55.

NAZARÉ COSTA CABRAL, em função do momento a que se refere a ocorrência do risco (ao longo da vida contrato, apenas na fase de construção ou apenas na fase de exploração), divide os riscos nas seguintes categorias: *riscos políticos e económicos* (riscos transversais a todas as fases do projecto), *riscos de concepção e construção* (riscos que ocorrem nas fases de concepção e construção) e *riscos de funcionamento/ exploração* (riscos que ocorrem na fase em que o activo já provisiona um serviço, ou seja, está a funcionar)[267].

Abordemos cada uma das categorias e verifiquemos quais os riscos mais relevantes que lhes subjazem.

Os *riscos políticos* sobre projectos PPP compreendem o risco de oposição política ao projecto e o risco de alterações legais.

O DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE avança uma definição destes dois tipos de riscos: trata-se do risco que, tendo como factor o exercício de poderes legislativos e políticos por parte do Estado, possa causar impactos negativos ou desvantagens sobre o projecto[268].

A longa duração e a forma de remuneração prevista nos contratos abrangidos pelo conceito PPP torna este tipo de projectos especialmente sensível aos riscos políticos: o projecto pode conhecer oposição política de um governo recém-eleito ou, no caso de a forma de remuneração do SPV ser através de cobranças de taxas aos utentes do serviço, a aversão popular ao projecto pode-se repercutir na esfera das decisões políticas do Estado[269]. Mas o risco político, ainda que possa assumir diversas formas nos chamados países desenvolvidos (através de alterações dos regimes fiscais – nomeadamente, alteração da taxa de IRC que impende sobre o concessionário; actos legislativos que, por implementação de novos requisitos de segurança, níveis de ruído ou outro, exijam a remodelação das infraestruturas, nacionalizações, etc.), revela-se com maior acuidade, como refere PAUL LIGNIERES, nos investimentos em países em

[267] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", pp. 86-87.

[268] DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships Victoria…*", p. 89.

[269] COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines…*", p. 53.

desenvolvimento (instabilidade política, problemas transfronteiriços, expropriações sem compensações etc.) e, nesses casos, a avaliação do risco político revela-se extremamente subjectiva e dependente, em grande medida, da reputação do país no exterior[270].

Ainda que na prática tal nem sempre suceda[271], por via de regra, o Estado deve assumir as alterações que advenham de decisões que lhe são imputadas,

---

[270] PAUL LIGNIERES, "*Partenariats…*", p. 257

[271] PEDRO MELO, "*A Distribuição…*", pp. 158-159. O autor, com referência à Cláusula 87ª do Contrato de Concessão SCUT do Algarve (" *87.1. Tendo em atenção a distribuição de riscos estipulada no Contrato de Concessão, a Concessionária terá direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão, nos termos dispostos neste artigo, nos seguintes casos: (d). Alterações legislativas de carácter específico que tenham impacto directo sobre as receitas ou custos respeitantes às actividades integradas na Concessão. (…) 87.2 As alterações à lei geral, designadamente à lei fiscal e à lei ambiental, ficam expressamente excluídas da previsão da alínea d). do número anterior.*") indica que o Concessionário está contratualmente adstrito a assumir o risco legislativo, dado que exceptuando as "*alterações legislativas de carácter específico*", todas as demais, independentemente das suas consequências para as actividades objecto da concessão, devem ser suportadas pelo concessionário. De acordo com o DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships Victoria…*", p. 94, a prática PPP no Estado de Vitória, no que toca à alocação do risco legislativo, distingue-se conforme se esteja perante uma PPP sob modelo concessivo clássico e uma PPP sob modelo PFI. Na primeira, o contraente privado assume o risco porque pode transferi-lo para os utentes finais através da cobrança de taxas mais elevadas ("*it may be appropriate for the cost of a change in law to be passed through to the public in the form of increased tariffs, within limits*"). Na segunda hipótese, dado não há a possibilidade de transferir o risco para terceiros, e no caso de a alteração legislativa envolver investimentos de capital na infraestrutura por parte do parceiro privado, há lugar a uma negociação entre as partes, o que se pode traduzir numa situação de partilha de riscos (" *it is not appropriate for the private party to bear all the change in law risk, as it cannot be passed on to the third-party end-users. Where, for example, the change involves capital expenditure which cannot be accommodated within the existing costs (or is above an amount specified in the contract), the contract may require the parties to negotiate a method of funding the expenditure*"). A este propósito, o THE WORLD BANK, "*Concessions for Infrastructures – A Guide to Their Design and Award*", World Bank Technical Paper n.º 399, 1999, p. 39, distingue entre uma mudança de legislação geral (afectando uma série de domínios ou sectores) e uma mudança de legislação específica (afectando especificamente o projecto em causa), cujo risco ou deve ser suportado pelo sector privado ou deve ser partilhado. Com efeito, de forma discutível na prática PPP na Austrália, visto que possibilita a compensação financeira do contraente privado, indiscutivelmente à luz da cláusula contratual da Concessão SCUT Algarve, o que se transfere é a incerteza ou imprevisão, camuflada por uma pretensa transferência de riscos, dado que o concessionário não tem qualquer controlo sobre os factores do risco legislativo e não se assegura a prossecução de "*VfM*". Neste sentido, o documento recentemente publicado, HM TREASURY, "*A nem approach to public-private partnerships*", Londres, 2012, p. 62. ("*Additional capital expenditure arising from an unforeseeable general change in law occurs on a very occasional basis. Contractors have, however, been required in the*

retendo os riscos políticos[272], dado que o contraente privado não tem qualquer controlo sobre os factores de risco políticos.

Os *riscos económicos* englobam o risco de alterações nas taxas de juro, o risco de alterações nas taxas de câmbio e de inflação. Trata-se de riscos ao nível macro dado que são associados a factores económicos gerais, externos ao projecto[273].

Dos riscos acima referidos merece especial referência o risco de alterações nas taxas de juro. O SPV requer financiamento junto de uma entidade bancária por um período que pode montar a 20-30 anos, no sentido de realizar o projecto PPP. As entidades financiadoras não concedem empréstimos por um prazo tão alargado com taxas de juro fixas: as taxas de juro são flutuantes sendo actualizadas de acordo com as variações das taxas de juro dos depósitos no mercado. Exemplos de tais taxas de juro de referência são a *LIBOR* ("*London inter bank offered rate*") e o *EURIBOR* ("*Euro inter bank offered rate*")[274].

Uma forma de mitigar o risco de alterações nas taxas de juro, do ponto de vista do SPV, no caso de um modelo PFI, seria a indexação dos pagamentos faseados, efectuados pela Administração, às taxas de juro da dívida do SPV, o que se traduziria numa efectiva retenção do risco pela entidade pública. Sob modelo concessivo clássico, este risco poderia ser mitigado (somente em teoria, na realidade revelar-se-ia impraticável porque implicaria uma constante alteração das taxas cobradas aos utentes) através de uma indexação das taxas de juro às taxas cobradas aos utentes finais do serviço, o que se traduziria numa transferência do risco para terceiros, ou seja, para o público em geral[275]. Sem prejuízo, o SPV não pode ficar exposto à evolução dos mercados financeiros, que se repercute num aumento dos custos de financiamento, pois, assumindo este

---

past by funders to ensure that funds were in place to absorb the cost if the risk were to occur. As a result the public sector has been paying a high premium to transfer a risk that in practice has rarely materialised. Under PF2, the public sector will retain that risk and secure better value for money").

[272] NAZARÉ COSTA CABRAL, "*Parcerias…*", p. 86.

[273] LI BING, AKIN AKINTOYE, P. J. EDWARDS, CLIFF HARDCASTLE, "*The allocation…*", p. 27.

[274] E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 171.

[275] E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 172-173

risco, a entidade concessionária reembolsará um valor diverso daquele que inicialmente estava previsto. Razão pela qual, nas estruturas de financiamento inerentes à contratualização PPP (não obstante, numa primeira instância, o SPV geralmente assumir o risco das alterações das taxas de juro na celebração do contrato de concessão), é de uso o SPV celebrar um contrato de cobertura dos riscos de alterações das taxas de juro ("*hedging agreement*"), transferindo essa álea para terceiros[276].

O risco de alterações nas taxas de juro, taxas de câmbio (embora nos projectos realizados no espaço da União Económica e Monetária, com a introdução da Moeda Única, o risco de alterações nas taxa de câmbio tenha perdido significado) e taxa de inflação[277] são riscos que se situam na esfera do concessionário, mas que se repercutem, como outros riscos inerentes ao projecto[278], também no risco financeiro ou de crédito do ponto de vista das entidades financiadoras. O risco financeiro ou de crédito das entidades financiadoras, como já tivemos oportunidade de indicar, é um risco que aumenta com a ocorrência de outros riscos incidentes sobre o projecto PPP. À aferição da "*bancabilidade*" do projecto, por parte das entidades financiadoras e das entidades promotoras (respectivamente, bancos e "*sponsors*" assumem o financiamento através de "*debt*" e "*equity*", ou seja, empréstimos e entradas de capital ou suprimentos), é da maior importância uma adequada alocação de todos os outros

[276] PEDRO MELO, "*A Distribuição…*", p. 147-148.

[277] Ainda que a maioria dos documentos consultados associem estes três riscos a riscos de fazer negócio ou "*business isues*", perguntamo-nos se, seguindo à risca a máxima "*os riscos devem ser alocados às partes que estejam em melhores condições para os controlar ao mais baixo custo*", e assumindo que se trata de riscos macroeconómicos que somente podem ser influenciados directamente por políticas estatais, a sua alocação, total e sem partilha, ao parceiro privado, não se afigura incongruente.

[278] Assim, PEDRO MELO, "*A Distribuição…*", p. 147. O risco de atraso na construção da infraestrutura que implique um adiamento da sua entrada em funcionamento ou uma utilização da infraestrutura menor do que a prevista (risco da procura) acarretam atrasos e dificuldades, na esfera do SPV, no sentido de reembolsar as entidades financiadoras, dado que a receita, no caso de atrasos na construção, só é obtida mais tarde, ou, no caso de a procura ser menor do que o esperado, a geração de receita fica mesmo aquém do que era expectável.

riscos identificados, no sentido de verem assegurados, tanto o serviço de dívida, como os respectivos retornos[279].

Num momento prévio à fase da concepção e construção da infraestrutura, o risco de licenciamento traduz-se na possibilidade de, por atrasos no procedimento de licenciamento, o início da fase de construção ser adiado e, consequentemente, a entrada em funcionamento da infraestrutura (logo, a geração de receita) ser realizada depois do previsto. Nesta situação, dado que o procedimento de licenciamento não só está sob controlo do ente público, em sentido "*lato*", (considerando que o procedimento de licenciamento não é acometido à entidade adjudicante) como também o atraso lhe é imputável, o risco de licenciamento deve correr por conta da Administração[280]. Como assinala E. R. YESCOMBE, o ideal seria a Administração proceder ao licenciamento da infraestrutura a construir numa fase prévia à apresentação de propostas por parte dos concorrentes, porém, pela natureza da abordagem PPP, tal não pode suceder, dado que, à especificação de "*outputs*", podem os privados responder apresentando soluções técnicas infra-estruturais muito diversas[281].

Debrucemo-nos sobre os *riscos de concepção e construção* da infraestrutura. Sob o modelo PPP, o contraente privado concebe ("*design*") e constrói as infra-estruturas de acordo com as especificações definidas pela Administração no contrato, assumindo que o preço e o output são predeterminados. Em termos gerais, os riscos de concepção e construção são alocados ao SPV, sem prejuízo de este os realocar em terceiros (empreiteiro ou seguradoras). Há que, contudo, apesar da aparente simplicidade da solução, tecer algumas considerações sobre este tipo de riscos. Quando se fala de riscos de concepção e construção, em sentido amplo, referimo-nos a um leque extenso de riscos, entre outros, englobando os riscos de achados arqueológicos ou os riscos atinentes às condições geológicas do subsolo.

[279] PAUL LIGNIERES, "*Partenariats…*", p. 252.

[280] PAUL LIGNIERES, "*Partenariats…*", p. 256.

[281] E.R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 250.

Paradigmaticamente, no entanto, os riscos de "*design*", atrasos na obra e de sobrecustos na obra são aqueles que, pela sua importância prática e frequência de ocorrência, mais atenção têm merecido por parte dos autores.

O parceiro privado subcontrata a obra com um empreiteiro, transferindo-lhe a responsabilidade e o risco pela concepção da infra-estrutura (apelidada de "*back-to-back*"), pese embora, por via do contrato de concessão celebrado com a entidade pública, continue a ser o responsabilizado primariamente por qualquer erro no planeamento do projecto[282]. O mecanismo dos contratos PPP induz o SPV a monitorizar a concepção e a construção, por parte do empreiteiro, de forma rigorosa, dado que, no que concerne à remuneração do SPV, esta só ocorre se a infra-estrutura for capaz de provisionar o serviço, em quantidade e qualidade, determinado pela Administração. Mas não só neste aspecto se justifica que o risco de concepção seja transferido para a esfera privada: o parceiro privado encontra-se numa posição privilegiada, como futuro operador do serviço (ressalvando-se o caso de serem entidades privadas distintas a promoveram a produção do activo e a provisão do serviço), para decidir que tipo de infra-estrutura será a mais apta a satisfazer os requisitos de "*outputs*", ao preço mais baixo. Trata-se de um dos benefícios do mecanismo de incentivos e de "*whole-lyfe approach*" da modalidade PPP[283]. Há que notar que, regra geral, a entidade pública continua a ter a prerrogativa de determinar a alteração de projectos já aprovados; nessa situação é accionada a cláusula de reequilíbrio financeiro do contrato[284]. Os custos da modificação do planeamento da infra-estrutura, por intervenção da entidade pública, devem ser suportados por esta ou

---

[282] DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships Victoria*...", p. 52. No mesmo sentido, LI BING, AKIN AKINTOYE, P.J. EDWARDS, CLIFF HARDCASTLE, "*The allocation*…", p.34. Como assinala, E. R. YESCOMBE, "*Public-Private*…", p. 262, os riscos de "*design*" perpassam a fase de construção e a fase de exploração. A conclusão da infra-estrutura deve respeitar o "*design*" projectado; a fase de exploração revelar-se-á determinante para aferir se existiu algum erro de concepção que se repercuta, por exemplo, em custos de manutenção mais elevados do que o expectável. Tais riscos deverão ser suportados pela entidade subcontratada, ainda que na relação contratual concedente-concessionário o segundo responda perante o primeiro.

[283] AKIN AKINTOYE, MATTHIAS BECK, CLIFF HARDCASTLE, "*Public*…", p. 165.

[284] PEDRO MELO, " *A distribuição*…", p. 152. Exemplificativamente, refere-se às cláusulas 20º, 28º e 29º do contrato de Concessão SCUT do Algarve.

suportados pelo SPV, recebendo uma compensação pela actividade. É um risco que corre por conta do concedente, tratando-se de uma solução que deve ser considerada excepcional, dado que coloca em causa os pressupostos de viabilidade comercial do projecto em que o contraente privado se baseou ao apresentar a proposta[285].

Na relação contratual entre os contraentes público e privado, o risco de atrasos na obra é, por via de regra, suportado pelo segundo, não obstante a realocação deste tipo de risco operada pelo SPV para o empreiteiro. Há o maior incentivo por parte do SPV em monitorizar o empreiteiro neste parâmetro, dado que um atraso na conclusão da infra-estrutura pressupõe um adiamento da geração de receita. A alocação deste risco no empreiteiro é justificada e consensual entre os autores dado que é a entidade mais próxima e a que maior controlo exerce sobre os factores de risco[286].

Entende-se que o risco de sobrecustos na obra deve ser alocado ao sector privado[287]. Trata-se de um risco que pode ser provocado por diversos de

[285] DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships Victoria...*", p. 53.

[286] THE WORLD BANK, "*Concessions…*", p. 38. No mesmo sentido, E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 260, entende que, no que concerne aos atrasos na conclusão do projecto, o SPV assegurará que o risco é transferido para a entidade subcontratada. No entanto, o SPV deve supervisionar o progresso dos trabalhos e identificar situações que possam levar a potenciais atrasos. Se o atraso ocorrer por falha da entidade subcontratada, a SPV será compensada pelos prejuízos daí resultantes: o subcontrato de construção deverá conter cláusulas "*Liquidated Damages*" ou cláusulas compensatórias. Não se tratam de puras cláusulas penais, assumindo mais um cariz compensatório pelos prejuízos sofridos. A inexistência no contrato deste tipo de cláusulas fixando um montante indemnizatório específico poderia em cada projecto fazer incorrer as partes em morosos litígios, facto que, por si, afastaria as entidades financiadoras, dada a incerteza que lhe é inerente. Ainda, COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines…*", p. 52, ao apontar: "*Construction risk is nearly always assigned to the private party, which in turn is likely to include strong incentives for on-time completion of works in its construction contract*".

[287] Sobre o assunto, referindo uma forma de mitigação do risco de sobrecustos, vale a pena seguir E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 253 e ss. Entende o autor que um dos tópicos mais problemáticos dos riscos de construção traduz-se nas chamadas "*derrapagens*" nos custos previamente calculados. Os efeitos destas "*derrapagens*" são perniciosos: os fundos disponíveis para concluir o projecto podem ser insuficientes e levar os promotores a realizar investimentos aos quais não estavam vinculados inicialmente, de forma a impedir a perda total do seu investimento primário; mesmo que fundos adicionais estejam disponíveis os custos de financiamento aumentarão o que, consequentemente, fará o retorno dos investidores cair (no pior cenário, os

factores endógenos à obra, como a ineficiência nos métodos de construção, planeamento pouco rigoroso do projecto ou desperdício de materiais de construção[288]. Um ponto comum aos factores endógenos á obra associados ao risco de construção é o facto de estarem sob o controlo directo do empreiteiro e indirecto do SPV, através do acompanhamento dos trabalhos, logo é consensual que este tipo de riscos sejam, primariamente, na relação Administração-SPV, alocados no SPV e, secundariamente, na relação SPV-empreiteiro, realocados no empreiteiro[289].

Os *riscos de funcionamento/exploração* da infra-estrutura estão associados à disponibilidade, qualidade, utilização e continuidade da provisão do serviço. De todos os riscos abrangidos por esta fase do projecto salientam-se o risco da procura ou utilização e o risco da disponibilidade do serviço.

De todos os factores envolvidos num projecto PPP, consideramos a procura ou utilização da infraestrutura ou serviço o factor mais importante na determinação da viabilidade comercial do projecto. A procura está directamente ligada à geração de receita, do ponto de vista do SPV, e ao reembolso do serviço da dívida, por parte das entidades financiadoras. Sem a geração de receita adjacente ao modelo PPP, quer sob contrato de concessão clássica, quer sob modalidade PFI, o projecto fracassa: o reembolso do capital e respectiva

---

investidores abandonarão o projecto considerando-o inviável); do ponto de vista dos financiadores, qualquer aumento nos custos da dívida reduz o "*cover ratio*", tornando o empréstimo mais arriscado. A entidade pública não estará, á partida, obrigada a suportar o risco de "*derrapagens*" nos custos da construção suportados pelo SPV. No entanto, pressões políticas no sentido de evitar que o projecto PPP seja tido como um "*flop*" podem incentivar a entidade pública a conceder alguma forma de suporte extracontratual á entidade privada. A protecção mais eficaz contra os efeitos de uma "*derrapagem*" será a constituição de um fundo de reserva contingencial: mesmo que o orçamento seja bem gerido existe sempre o risco de acontecimentos imprevisíveis causarem a temida "*derrapagem*" nos custos. Os financiadores do projecto podem exigir uma reserva constituída por "*matching funds"* que variará entre os 10% dos custos da construção ou os 7 % do custo total do projecto. Os custos de construção em sentido estrito são, invariavelmente, o tópico mais importante no orçamento relativo á fase da concepção e construção, podendo significar 80% do custo total do projecto, justificando sempre uma análise atenta à gestão do risco estabelecida no subcontrato celebrado com o empreiteiro.

[288]COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines…*", p. 52.

[289] LI BING, AKIN AKINTOYE, P.J. EDWARDS, CLIFF HARDCASTLE, "*The allocation…*", p.34

remuneração das entidades financiadoras e do consórcio dependem dos fluxos financeiros ("*cash-flow streams*") que o projecto gera. O risco da procura insere-se no risco de mercado: o risco de a procura e do preço do serviço, logo a receita total, divergir do que era inicialmente expectável[290]. Em específico, consideramos que o risco da procura é o risco associado ao volume de utilização da infra-estrutura pelos utentes. Trata-se de um risco inerentemente ligado à exploração comercial da infra-estrutura e que é tendencialmente alocado ao SPV, dado que a transferência deste tipo de risco nem sempre se constata ser total.

Abordemos primeiro a razão de se dizer que o risco da procura é alocado ao SPV. Sob contrato de concessão clássica o risco da procura é alocado ao sector privado no sentido em que a geração de receitas do projecto é dependente do volume de utilização da infra-estrutura ou serviço e da cobrança directa de taxas aos utentes finais. Sob modelo PFI, o SPV é remunerado, pela Administração, em função do volume de utilização da infra-estrutura ou serviço: quanto maior o volume de utilização, maior a remuneração do SPV e vice-versa. Como já assinalamos, trata-se de um risco de exploração, que se consubstancia numa aleatoriedade económico-financeira do contraente privado[291].

Sucede que em algumas situações a transferência do risco da procura não pode ser considerada total, aproximando-se mais de uma partilha de riscos entre o sector público e o sector privado ou uma forma de remuneração em função da disponibilidade. E. R. YESCOMBE, aludindo ao modelo de portagens virtuais ("*shadow tolls*"), e em particular ao extinto programa nacional de SCUT`s, assinala que a existência de bandas inferiores de tráfego[292](pagamentos mínimos por parte da entidade pública), impede que se fale de uma alocação total do risco

[290] DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships Victoria...*", p. 73. A COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines…*", p. 51, refere, a este propósito, o "*revenue risk*", englobando as componentes da procura ("*demand*") e do preço ("*tariffs*").

[291] *Vd.* nota 70-71.

[292] *Vd. nota 47.*

da procura no SPV[293]. Ainda abordando a experiência PPP em Portugal e a alocação do risco da procura em particular, RUI MONTEIRO destaca a celebração entre o Estado português e a "*Fertagus*" de um contrato para a realização de uma linha ferroviária sobre o rio Tejo. Nele se previa que o risco da procura fosse alocado ao contraente privado (pelo menos, formalmente), ficando o Estado acometido a partilhar a dívida da contraparte (garantia) se a procura fosse inferior a um certo patamar predeterminado. Materialmente, o risco da procura é partilhado porque, a haver alguma transferência, entendemos que é limitada[294].

O risco da disponibilidade prende-se com a perspectiva de uma determinada infra-estrutura vir a estar em funcionamento pleno ou a provisionar o serviço (respeitando todas as especificações, ou seja, condições técnicas e de segurança), sendo o SPV penalizado por falhas de disponibilidade (o valor é deduzido à remuneração por disponibilidade)[295]. Trata-se de um risco que é

---

[293] E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", pp. 235-236. Afirma: "*But since the risk transfer to the private sector is so limited, and the Project Company may have little real influence on traffic levels anyway, there is clearly a question whether a Shadow-Toll system is appropriate. In fact it was abandoned in Britain because it became clear that there was so little risk transfer (…)If there is little risk transfer is probably better to concentrate on payments for Availability and service*".

[294] RUI MONTEIRO, "*PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal, International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships*", Budapeste, 2007, p. 11.

[295] Relativamente ao sistema de deduções de pagamentos por indisponibilidade, seguimos, novamente, os detalhes veiculados por E. R. YESCOMBE, "*Public-Private..*", p. 236 e ss. A estrutura de pagamentos por disponibilidade segue dois vectores: as deduções de pagamentos são feitas por cada parte da infra-estrutura que não esteja disponível (seguindo uma avaliação da sua importância no serviço como um todo) e a qualidade do serviço é analisada através de indicadores de performance (dado que, de igual forma, falhas de performance conduzem a deduções de pagamentos). A não disponibilidade do serviço acarreta imediata a dedução do pagamento; o mesmo não acontece com a fraca qualidade do serviço que, quando constatada, usufrui normalmente de tempo de rectificação, antes de ser deduzido pagamento. De todo o modo, o risco do mecanismo de dedução total de pagamento ser activado é baixo já que, uma vez a infra-estrutura concluída, é relativamente improvável que haja períodos de indisponibilidade total. No que ao sector rodoviário concerne, distingue-se a indisponibilidade da infra-estrutura derivada de má gestão, em que o risco correrá por conta do SPV, da indisponibilidade derivada de uma tempestade de neve (força maior) ou acidente, por exemplo. Consequentemente, deverão ser estipulados diferentes patamares de dedução para essas situações. Similarmente, se o trânsito está congestionado por alguma razão relacionada com a manutenção da estrada a dedução deverá ser

característico dos contratos sob modelo PFI e que deve ser alocado ao SPV porque, como refere PEDRO MELO, os concessionários partem de diversas projecções relativamente aos níveis de serviço que as infra-estruturas estão aptas a responder por um determinado período de tempo. Além de funcionar como um mecanismo de incentivo que induz o SPV a manter a quantidade/qualidade do serviço, o risco é alocado à parte com maior capacidade para lhe responder[296].

Capítulo III. Considerações finais

Capítulo I. Do presente estudo, concluímos que o instituto "parceria público-privada" não nos remete para um tipo de acordo ou modelo contratual em concreto. Trata-se de um conceito relativamente recente que, contudo, abrange tipos contratuais que há muito estavam presentes na prática contratual entre sectores público e privado. Não obstante o conceito ser algo difuso, abrangente e flexível, parece-nos que essas características se configuram, não como defeitos, mas como qualidades. É um instituto pragmático, talvez pela génese anglo-saxónica, que visa uma síntese na dualidade do sector público/sector privado e dos seus diferentes sistemas de valores. Chama o sector privado e as suas qualidades inerentes (qualidades ao nível da gestão dos recursos

feita, mas, mais uma vez, não atingido o patamar de dedução pela indisponibilidade total. O tema da indisponibilidade agudiza-se quando se abordam projectos como escolas ou hospitais (o que dizer se somente uma parte do edifício estiver indisponível?) Tomemos como exemplo uma escola. No seguimento do autor, a cada uma das divisões do edifício é consignado um determinado valor em unidades de serviço que corresponderá ao seu peso relativo no exercício da provisão do serviço: assim poderá ser atribuída à arrecadação 1 unidade de serviço, à sala dos professores 2 unidades de serviço, às salas de aulas 4 unidades de serviço, às instalações especializadas 6 unidades de serviço e à cantina 10 unidades de serviço. Multiplicando o número de áreas individuais pelas respectivas unidades de serviço encontraremos o total de unidades de serviço da escola. Suponhamos que uma escola tem 1000 unidades de serviço no total; assim, se uma das salas de aulas não estiver disponível durante um dia a dedução de pagamentos a efectuar é: (*a correspondente comissão por esse dia* × 4 / 1000). Relativamente à qualidade do serviço, podemos afirmar que as deduções por indisponibilidade correspondem a situações de falha irremediável na prestação prevista no contrato, enquanto a falta de qualidade do serviço abrangerá (quase de forma residual) todas as outras falhas na prestação.

[296] PEDRO MELO, "*A Distribuição…*", p. 161.

e eficiência produtiva) à prossecução de actividades com fim público, retendo a Administração o poder de indicar onde alocar os recursos, mesmo que não os aprovisione directamente. Relativamente à contratação pública tradicional, o instituto tem vantagens comparativas notáveis. Parece-nos uma delas não deve ser o tratamento contabilístico "fora do balanço" do Estado: as vantagens comparativas atinentes às PPP`s (aqui referimo-nos somente às PPP`s com incidência orçamental), são essencialmente microeconómicos.

As formas contratuais que pode assumir são diversas, "*pari passu*" com o grau de transferência de responsabilidades e riscos para o sector privado. Do que consultamos podemos, dar exemplos no sentido de demonstrar a abrangência do instituto: há ordenamentos em que existe um contrato de parceria público-privada autónomo (o caso francês, com a implementação, em 2004, do "*contrat de partenariat public-privés*"), a sobreposição dos conceitos de PPP/PFI (o caso britânico, em que o modelo PPP se parece, pela literatura consultada, resumir exclusivamente à modalidade PFI) e a preponderância do contrato de concessão clássica (na Europa continental). Neste último caso, perante os constrangimentos orçamentais dos Estados europeus e perante o facto de se tratar de um tipo de parceria financeiramente auto-sustentada, parece-nos que, em detrimento do modelo PFI, o contrato de concessão clássica possa constituir o balanço entre a manutenção dos níveis de investimento infra-estruturais, a continuidade e qualidade do serviço e a redução da dívida pública.

Novamente no seguimento do consultado, parece-nos que a remodelação de infra-estruturas já existentes, ao invés da construção de novas infra-estruturas, pode tornar-se o objecto principal da abordagem PPP: no contexto dos países europeus a utilidade marginal da construção de novas infra-estruturas, mais notoriamente no sector das estradas, é cada vez menor, dado já existir, no caso destacado, uma extensa rede rodoviária, com elevados custos de manutenção.

Parece-nos que, pese embora a referida abrangência do instituto, alguns elementos são essenciais quando nos referimos a uma PPP: um investimento infra-estrutural, quer seja a construção ou remodelação de um activo já

existente; um elevado grau de cooperação entre a Administração e o contraente privado; a provisão do serviço ser da incumbência de um operador privado, de preferência a mesma entidade que construiu ou remodelou o activo no sentido da geração de sinergias; o projecto ter viabilidade comercial; haver uma transferência significativa dos riscos para o contraente privado.

Capítulo II. Neste estudo já fizemos referência ao papel da alocação dos riscos como factor indutor de ganhos de valor (quando comparadas a contratação sob modelo PPP e a contratação pública tradicional) e, mais particularmente, à ligação entre o mecanismo de incentivos no modelo PPP e a respectiva alocação de riscos. Parece-nos que estes dois tópicos são os mais importantes quando se fala desta matéria.

Porém, nestes breves reparos finais, levantaremos algumas questões sobre a aplicabilidade da máxima, e imposição legal, "*os riscos devem ser alocados à parte que esteja em melhores condições para os gerir*". Neste trabalho, no seguimento de vários autores, tentamos analisar esta afirmação.

Concluímos, em termos gerais, que a parte que está em melhores condições para gerir o risco é aquela que está mais próxima ou exerça mais influência sobre o factor ou fonte do risco.

Tomemos como exemplo o risco de sobrecustos na obra: entre os vários factores de risco podemos destacar o desperdício de materiais de construção. Trata-se sem dúvida de um factor cuja materialização implica uma ocorrência, ou seja, a necessidade de comprar novos materiais, logo custos não expectáveis. A entidade mais próxima ou com mais influência sobre o factor de risco é o empreiteiro e o risco, pelo que consultamos, é-lhe alocado. Aqui a máxima acima referida aplica-se e faz sentido que assim aconteça.

Contudo, não nos deixa de colocar questões sobre a inocuidade da afirmação, quando constatamos a alocação de outro tipo de riscos. Referimo-nos ao risco de alterações legislativas. Este tipo de risco é, frequentemente, no mínimo no que concerne a alterações legislativas de carácter geral, alocado ao contraente privado. A questão que se coloca é a seguinte: como coadunar este

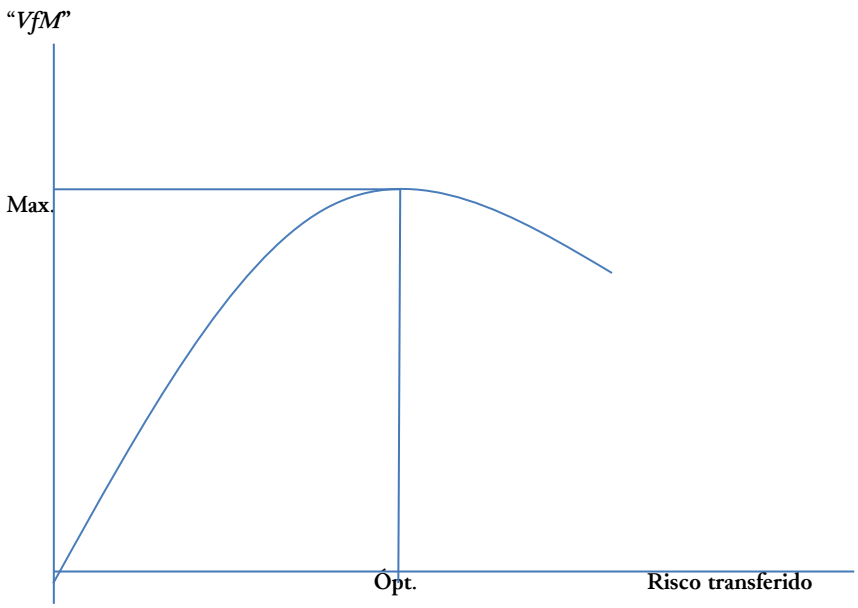
tipo de alocação com a afirmação. A mesma pergunta sobre a inocuidade desta norma se coloca se constatarmos a alocação em uso do risco da procura. Note-se que não estamos a defender que o risco da procura deva ser retido pelo sector público, somente nos questionamos sobre a inaplicabilidade desta máxima. O risco da procura, pelo que consultamos, geralmente alocado ao contraente privado, é um risco que tem múltiplos factores, nomeadamente, alguns factores sob o controlo do contraente privado, como a qualidade do serviço. Contudo, é extremamente sensível a factores macroeconómicos (talvez mais do que à qualidade do serviço), tratando-se este de um factor completamente fora do controlo da parte a que, de uso, se aloca este risco. Parece-nos que os riscos são alocados mais em função, entre outros, do procedimento concorrencial, pressão da Administração, poder negocial das partes, do que segundo esta máxima do regime geral.

Concluindo, sobre esta temática do estudo, temos dúvidas sobre a aplicabilidade prática da norma. ■

ANEXOS

Anexo I

A maximização do "*VfM*" através de uma transferência de riscos óptima.



Fonte: ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, "*Public-Private…*", p. 50.

Anexo II
Exemplo de uma *"Risk Matrix"*

Fase do Risco	*Categoria do Risco*	*Natureza do Risco*
Geral	**Riscos políticos**	Oposição política ao projecto Alterações legislativas
	Riscos económicos	Taxa de juros Taxa de inflação
Fase da Construção	**Riscos relacionados com o local do projecto**	Aquisição do local Condições do Subsolo Licenciamento Impacto ambiental Arqueologia e fósseis Acesso ao local Ligações ao local Protestos
	Riscos na construção (em sentido estrito)	Subcontrato de construção (empreitada) Entidade subcontratada (empreiteiro) Ajustamentos do preço Alterações pela entidade pública Risco da entidade subcontratada
	Riscos na conclusão do projecto	Atraso imputável ao empreiteiro Outras causas de atraso "*Design*" Risco de performance na conclusão
Fase da Operação/ Exploração	**Riscos na operacionalidade/ exploração**	Risco de utilização/procura Riscos de rede Pagamento de comissões Risco da disponibilidade/qualidade Risco dos custos da operacionalidade
	Riscos na cessação	Risco de "*default*" do SPV Risco de força maior Risco do valor residual

Fonte: E. R. YESCOMBE, "*Public-Private…*", p. 246.

Anexo III

Cálculo do preço de risco (*"Risk Pricing"*=

Cenário	**Probabilidade do evento (A)**	**Custo do evento (milhões) (B)**	**Valor do risco (C)= (A)× (B) (milhões)**
Custo do projecto por menos 10 milhões de euros	0,10	-10	- 1.0
Custo do projecto de acordo com orçamentado	0,20	0	0.0
Sobrecustos de 20 milhões	0,40	20	8.0
Sobrecustos de 30 milhões	0,20	30	6.0
Sobrecustos de 40 milhões	0,10	40	4.0
Ajustamento do custo do projecto ao risco			17.0

Fonte: ROBINSON, H.; CARRILLO. P.; ANUMBA, C.J; PATEL, M., "*Governance…"* , p. 49.

Bibliografia

AKINTOYE, AKIN; BECK, MATHIAS; HARDCASTLE,Cliff, "*Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities"*, Blackwell, Oxford, 2003.

AKINTOYE, AKIN; LI, BING; HARDCASTLE, CLIFF "Risk Analysis and Allocation in Public-Private Partnerships Projects*", 17th ARCOM Annual Conference. Salford*, vol.2, 2011.

AKITOBY, BERNARDIN;HEMMING, RICHARD; SCHWARTZ,GERD "Public Investment and Public-Private Partnerships", *Economic Issue,* No. 40, International Monetary Fund, 2004.

ALLEN, GRAHAME, "*The Private Finance Initiative (PFI)*", Research Paper 01/117, House of Commons Library, Londres, 2001.

ALVES, PEDRO LEITE, "Reflexões sobre o regime legal das PPP", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 6, 2012.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, "*Curso de Direito Administrativo*", vol. II, Almedina, Coimbra 2012.

AMARO, JOÃO PONTES, "Modelos de Parceria Público-Privada", in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004.

ANGEL, EDUARDO; FISCHER, RONALD; GALETOVIC, ALEXANDER, "The economics of infrastructure finance: public-private partnerships versus public provision", *European Investment Bank Papers*, Vol. 15, 2010.

ARAÚJO, FERNANDO, "*Introdução à Economia*", Almedina, Coimbra, 2005.

ARROWSMITH, SUE, "Public-Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in conflict", in *Common Market Law Review*, Vol. 37, nº 2, Kluwer Law International, 2000.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, "*As Parcerias Público-Privadas: instrumento de uma nova governação públic*a", Almedina, Coimbra, 2009.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, "As PPP`s e as Finanças Públicas: Reflexões sobre a Moldura Orçamental", in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2009.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, "O enquadramento legal das parcerias público-privadas", in *Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais*, 2009.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, "*Temas de Direito da Economia*", Almedina, Coimbra, 2013.

BREALEY, RICHARD A.; MYERS, STEWART C.; MARCUS, ALAN J., "*Fundamentals of Corporate Finance*", Macgraw-Hill, 2007.

BURGER, PHILLIPPE, HAWKESWORTH, IAN, "How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Procurement", *OCDE Journal on Budgeting*, vol. I, 2011.

CABRAL, NAZARÉ COSTA, "*Parcerias Público-Privadas*", Cadernos IDEFF, nº 9, Almedina, Coimbra, 2009.

CAETANO, MARCELLO, "*Manual de Direito Administrativo"*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2013.

CANTO, JOÃO CANTO E, "A regulação das parcerias público-privadas no Código dos Contratos Públicos", in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 4, CEDIPRE/Universidade de Coimbra, 2012.

CARDOSO, TEODORA, "Enquadramento Orçamental das PPP", in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004.

COMISSÃO EUROPEIA, "*Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*", Bruxelas, 2003.

COMISSÃO EUROPEIA, "*Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário*" (2000/C 121/02),Bruxelas, 2000.

COMISSÃO EUROPEIA, "*Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*", COM(2004) 327, Bruxelas, 2004.

CRUZ, CARLOS OLIVEIRA; MARQUES, RUI CUNHA, "*O Estado e as Parcerias Público-Privadas*", Edições Sílabo, 2012.

DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, "*Partnerships Victoria: Risk Allocation and Contactual Issues"*, Melbourne, 2001.

DEWATRIPONT, MATHIAS, LEGOS, PATRICK, "Public-Private Partnerships: contract design and risk transfer", in *European Investment Bank Papers*, Vol. 10, 2005.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, "*A Fuga para o Direito Privado*", Almedina, Coimbra, 1999.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, "*Curso de Direito dos Contratos Públicos*", Almedina, Coimbra, 2012.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, "*Direito Europeu dos Contratos Públicos*", Almedina, Coimbra, 2006.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, "*Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships: Purposes, Methodology and Recent Trends*", 2010.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, "*Risk Distribution and Balance Sheet Treatment*", 2012.

FERREIRA, EDUARDO PAZ, "*Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito*", Almedina, Coimbra, 2005.

FERREIRA, EDUARDO PAZ, "*Lições de Direito da Economia*", AAFDL, Lisboa 2001

EDUARDO PAZ FERREIRA, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio, "*Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?",* Almedina, Coimbra, 2009.

FERREIRA, EDUARDO PAZ; REBELO, MARTA, "O novo regime das parcerias público-privadas em Portugal", in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, IDEFF, Lisboa, 2004.

FERREIRA, JOÃO PATEIRA, "Empresas Públicas, Parcerias Público-Privadas e os poderes de Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas, Comentário ao Acórdão do Tribunal de Contas n.º 160/09, de 2 de Novembro de 2009, Processo n.º 1787/08 (Estradas de Portugal, S.A./AENOR Douro - Estradas do Douro Interior S.A.)", in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2010.

FRANCO, ANTÓNIO L. DE SOUSA, "*Finanças Públicas e Direito Financeiro"*, vol. I e II, Almedina, Coimbra, 2008.

FRIEDMAN, MILTON, "*Capitalism and Freedom*", The University of Chicago Press, Chicago, 2002.

FRITZGERALD, PETER, "*Review of Partnerships Victoria Provided Infrastruture: Final Report to the Treasurer*", Growth Solutions Group, 2004.

FROUD, JULIE, "The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state", in *Accounting, Organizations and Society*, n. º 28, 2003.

GAO, SIMON S.; HANDLEY-SCHACHLER, MORRISON, "Public Bodies Perceptions on Risk Transfer in the UK's Private Finance Initiative", *Journal of Finance and Management in Public Services*, vol. 3, n. º 1, 2011.

GRIMSEY, DARRIN; LEWIS, MERVYN K, "*Public Private Partnerships, The World Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*", Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2004.

GRIMSEY, DARRIN; LEWIS, MERVYN K., "*Public Private Partnerships and Public Procurement*", Agenda, Vol. 14, nº 2, 2007.

HAYEK, FRIEDRICH, "*Road to Serfdom*", Routledge, 2001.

HAYFORD, OWEN, "*Sucessfully allocating risk and negotiating a PPP contract"*, 6th Annual National Private Public Partnerships Summit, 2006.

HM TREASURY, "*Accounting for PPP Arrangements Including PFI Contracts*", Financial Reporting Advisory Board, Londres, 2007.

HM TREASURY, "*Appraisal and Evaluation in Central Government*", Londres, 1997.

HM TREASURY, "*A nem approach to public-private partnerships*", Londres, 2012

HM TREASURY, "*Public Private Partnerships: The Government`s Approach*", Londres, 2000.

HM TREASURY, "*Value for Money Assessment Guidance*", Londres, 2006

HOEKMAN, BERNARD M.; KOSTECKI, MICHEL M., "*The Political Economy of the World Trading Organization*", Oxford University Press, 2001.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public Investment and Fiscal Policy*", 2004.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, "*Public-Private Partnerships*", 2004.

IRWIN, TIMOTHY, "Public Risk in Private Infrastructure", in *Realizing the Potential for Profitable Investment in Africa – High level Seminar organized by the IMF Institute and the Joint Africa Institute*, 2006.

KEYNES, JOHN MAYNARD, "*The General Theory of Employment, Interest and Money*", Macmillan Cambridge University Press, 1973.

KLEIN, MICHAEL, "*Risks, Taxpayers and the Role of Government in Project Finance*", The World Bank, Policy Research Working Paper, Washington, 1996.

KOZLUK, TOMASZ; TIMO VALILA; MEHROTRA, AARON, "Roads on a downhill? Trends in EU infrastructure investment", *European Investment Bank Papers*, vol. 10, 2005.

KRUGMAN, PAUL, "*Economics*", Macmillan, 2012.

LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, "*Direito Público Económico*", Almedina, Coimbra, 1985.

LEWIS, MERVYN K., "Risk Management in Public Private Partnerships", *CeGE Research Workshop*, Georg-August University, Gottingen, 2001.

LI, BING; AKINTOYE, AKIN; EDWARDS P.J; HARDCASTLE, CLIFF, "The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK", *International Journal of Project Management*, n. º 23, 2005.

LI, BING; AKINTOYE, AKIN; HARDCASTLE,CLIFF, "Value for Money and Risk Allocation Models in Construction PPP Projects", in *ARCOM Doctoral Workshop – Simulation and Modelling in Construction*, 2001.

LIGNIERES, PAUL, "*Partenariats Public-Privés*", Litec, Paris, 2000.

LINOTTE,DIDIER; GRABOY-GROBESCO, ALEXANDRE, "*Droit Public Économique*", Dalloz, 2001.

LOPES, JORGE DE FARIA, "Uma perspectiva jurídica acerca da figura do comparador público nas parcerias público-privadas", in *Revista do Tribunal de Contas,* nº 54, 2010.

MARTINEZ, SOARES, "*Economia Política*", Almedina, Coimbra, 1996.

MARTINS, GUILHERME D`OLIVEIRA; MARTINS, GUILHERME WALDEMAR D`OLIVEIRA; MARTINS, MARIA D`OLIVEIRA, "*A Lei de Enquadramento Orçamental Anotada e Comentada"*, Almedina, Coimbra, 2007.

MARTINS, MARIA D`OLIVEIRA, "*Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*", Almedina, Coimbra, 2012.

MELO, PEDRO, "*A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*", Almedina, Coimbra, 2011.

MIRANDA, JORGE, "*Manual de Direito Constitucional*", t. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE, "*Direito Económico*", Almedina, Coimbra, 2012.

MONTEIRO, RUI, "*PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal, International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships*", Budapeste, 2007.

MONTEIRO, RUI SOUSA, "Public- Private Partnerships: some lessons from Portugal", in *European Investment Bank Papers*, vol. 10, n. º 5, 2005.

MOTA, PEDRO INFANTE, "*O Sistema GATT/OMC*", Almedina, Coimbra, 2005.

MOURA, FRANCISCO PEREIRA DE, "*Lições de Economia*", Almedina, Coimbra, 1979.

MUSGRAVE, RICHARD, "*The Theory of Public Finance*", Macgraw Hill, 1958

MUSGRAVE, RICHARD; MUSGRAVE, PEGGY, "*Public Finance in Theory and Practice*", Macgraw Hill, 1958.

NATIONAL AUDIT OFFICE, "*PFI: Construction Performance, Report by the Comptroller and Auditor General*", 2003.

NEVES, JOÃO CÉSAR DAS, "*Introdução à Economia*", Verbo, Lisboa, 1992.

NUNES, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS, "*Noção e Objecto da Economia Política*", Almedina, Coimbra, 2013

NUNES, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS, "*Os Sistemas Económicos*", Almedina, Coimbra, 1975.

OXFORD UNIVERSITY, "*Dictionary of Finance and Banking*", Oxford University Press, 2008.

PEREIRA, PAULO TRIGO; AFONSO, ANTÓNIO; ARCANJO, MANUELA; SANTOS, JOSÉ CARLOS GOMES, "*Economia e Finanças Públicas*", Escolar Editora, 2012.

PESSANHA, ALEXANDRA; MARTINS, GUILHERME WALDEMAR D`OLIVEIRA; RODRIGUES, NUNO CUNHA, "As implicações público-financeiras e concorrenciais do novo Código dos Contratos Públicos", in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2008

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, "*Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*", 2008.

PFNÜR, ANDREAS; SCHETTER, CHRISTOPH; SCHÖBENER, HENNING, "*Risikomanagement bei Public Private Partnerships*", Springer, Berlim, 2010

POMBEIRO, ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B., "*As PPP/PFI: as Parcerias Público-Privadas e sua auditoria*", Áreas Editora, Lisboa, 2003.

RIBEIRO, JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA, "*Lições de Finanças Públicas*", Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

RIESS, ARMIN, "Is the PPP Model applicable across sectors?", *European Investment Bank Papers*, vol. 2, 2005.

ROBINSON, H.; CARRILLO. P.; ANUMBA, C.J; PATEL, M., "*Governance and Knowledge Management for Public-Private Partnerships",* Wiley Blackwell, Oxford, 2010.

RODRIGUES, NUNO CUNHA, *Parceria Público-Privada/Contrato de Concessão, Comentário ao Acordão nº 9/2012 do Tribunal de Contas*, Processo n.º 233/2011, de 21 de Março (Estado Português - Elos Ligações de Alta Velocidade, S.A.), in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Lisboa, 2012.

ROMP, WARD; HAAN, JAKOB DE, "Public Capital and Economic Growth: a critical survey", *European Bank Investment Papers*, Vol. 10, 2005.

SAMUELSON, PAUL, "*Economia*", Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1981.

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO, "*Direito Económico*", Almedina, Coimbra, 2006,

SILVA, JORGE ANDRADE DA, "*Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*", Almedina, Coimbra, 2013.

SKIDELSKY, ROBERT, "*Keynes, The return of the master*", Penguin Books, 2010.

SMITH, ADAM, "*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*", Book I, Penguin Books, 1999.

SOUSA, MARCELO REBELO DE; MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, "*Direito Administrativo Geral*, t. III, Dom Quixote, 2006.

STIGLITZ, JOSEPH, "*Economics of the Public Sector*", W. W. Norton & Company, 2000.

STIGLITZ, JOSEPH, "*Globalization and Its Discontents"*, W. W. Norton & Company, 2001.

TERRINHA, LUÍS HELENO," *Parcerias Público-Privadas e alocação do risco"*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 20, 2011.

THE WORLD BANK, "*Concessions for Infrastructures – A Guide to Their Design and Award"*, World Bank Technical Paper n. º 399, Washington, 1999.

THE WORLD BANK, "*Public-Private Partnerships Unit*", Washington, 2007.

TORGAL, LINO; GERALDES, JOÃO DE OLIVEIRA, "Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo", in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º4, 2012.

TORGAL, LINO, FONSECA, MARISA MARTINS, "Contributo para um Regime de Contratação de Concessões de Obras e de Serviços Públicos na Sequência de Propostas Não Solicitadas", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS, "*Linhas de orientação e procedimentos a adoptar nas auditorias externas a realizar aos projectos de parcerias público-privadas*", 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS, "*Parecer sobre a Conta Geral do Estado*", 2008.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, "*Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships",* United Nations, 2008.

VALILA, TIMO, "How expensive are cost savings? On the economics of public-private partnerships", in *European Investment Bank Papers,* vol. I, 2005.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, "*Das Obrigações em geral*", vol. I, Almedina, Coimbra, 2000

VIANA, CLÁUDIA, "O Diálogo Concorrencial", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, CEDIPRE/Universidade de Coimbra, 2011.

VIEIRA, PEDRO SIZA, "O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas", in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008.

VIEIRA, PEDRO SIZA, "Os tipos contratuais subjacentes às Parcerias Público-Privadas em Portugal", *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004.

VIEIRA, PEDRO SIZA, "Regime das Concessões de Obras Públicas e Serviços Públicos", in *Revista de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007.

WEINTRAUB, ROY, "*Enciclopédia de Economia*", Principia, 2000

YESCOMBE E.R., "*Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*", Butterworth-Heinemann, Burlington, 2007.

Regulamento (CE) n.º 261/2004, de 11-02

UMA BREVE VIAGEM PELOS DIREITOS DOS PASSAGEIROS DE TRANSPORTE AÉREO

Renato Grazina
Juiz de Direito

Sumário: 1. Necessidade de nova legislação. **2.** Objeto e âmbito de aplicação. **3.** Recusa de embarque. **4.** Cancelamentos. **5.** Atrasos. **6.**Montantes indemnizatórios. **7.** Direito a reembolso ou reencaminhamento. **8.** Direito a assistência. **9.** Colocação em classe superior ou inferior. **10.** Pessoas com mobilidade reduzida ou com necessidades especiais. **11.** Indemnização suplementar e direito de regresso. **12.** Direito a informação. **13.** Proibição de exclusão. **14.**Notas finais.

1. Necessidade de nova legislação

Assumindo a importância de uma política de transportes eficaz no território da União Europeia, atento o princípio basilar da livre circulação (artigo 3º, nº 2 do Tratado da União Europeia, artigo 21º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, títulos IV e V do TFUE, artigo 45º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), bem como a importância crescente do direito dos consumidores, o legislador europeu entendeu, em 2001, que era hora de substituir o Regulamento nº 295/91, que estabelecia regras comuns relativas a um sistema de compensação por recusa de embarque de passageiros nos transportes aéreos regulares.

Pese embora a existência da *Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional*, mais conhecida por Convenção de Montreal, vigente na ordem jurídica internacional desde 13/02/1933, o legislador europeu entendeu que era necessário, dentro do território da União Europeia, um diploma que efetivamente garantisse o direito dos passageiros de transporte aéreo.

De facto, o crescimento sem precedentes de tal meio transporte no virar do século, veio levantar novas problemáticas no âmbito da proteção dos passageiros, às quais o velhinho Regulamento 265/91 já não conseguia responder.

Conforme se deixou expresso no preâmbulo do novo Regulamento, *o número de passageiros a quem é recusado o embarque contra sua vontade continua a ser demasiado elevado, tal como o de passageiros vítimas de cancelamentos sem aviso prévio e de atrasos consideráveis,* pelo que *a Comunidade deverá elevar os níveis de proteção estabelecidos naquele Regulamento, quer para reforçar os direitos dos passageiros, quer para garantir que as transportadoras aéreas operem em condições harmonizadas num mercado liberalizado* (considerandos 3 e 4).

Assim, três anos depois de discussão nas instituições europeias, surgiu o Regulamento nº 261/2004, publicado a 17 de fevereiro de 2004 e com entrada em vigor um ano de depois, que veio estabelecer regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos, fixando as respetivas indemnizações entre os 250,00€ e os 600,00€.

Contudo, realce-se que a aplicação deste Regulamento não tem sido pacífica, sendo que, logo em 2004, a IATA (International Air Transport Association - associação que agrupava 270 companhias aéreas distribuídas por 130 países) e a ELFAA (European Low Fares Airline Association – que representava os interesses de 10 companhias aéreas de baixo custo de 9 países europeus, atualmente extinta) interpuseram, no Supremo Tribunal de Inglaterra & Gales, dois recursos de fiscalização da legalidade das medidas de execução do Regulamento nº 261/2004, levadas a cabo pelo Ministério dos Transportes Britânico (processo nº C-344/04, acórdão de 10/01/2016).

Tendo sido levantadas questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi perentório ao esclarecer que nenhumas das questões levantadas são suscetíveis de afetar a validade do Regulamento, o qual deve, e tem de ser observado.

Não obstante, passaram mais de 10 anos até que os cidadãos nacionais descobrissem a proteção que este Regulamento lhes concede, sendo que recentemente alguns Tribunais têm sido inundados de processos intentados contra as companhias áreas no âmbito do Regulamento nº 261/2004.

Tal é especialmente notório em dois tribunais nacionais, no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa e no Tribunal Judicial da Comarca dos Açores, por as sedes das duas maiores companhias nacionais serem, precisamente, em Ponta Delgada (no caso da *Sata International – Azores Airlines S.A.*) e em Lisboa (no caso da *Tap Air Portugal, S.A.*).

A título de exemplo, no Juízo Local Cível de Ponta Delgada – Tribunal Judicial da Comarca dos Açores, onde exerço funções, entraram, desde o início de 2016, mais de 150 ações de processo comum (por vezes ações especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias) onde o pedido é, precisamente, o pagamento de indemnizações ao abrigo do Regulamento 261/2004, de 11 de fevereiro.

Para tal contribuíram, decisivamente, as agências especializadas em reclamações junto das companhias aéreas, das quais a *Airhelp*, sociedade sedeada em Hong Kong, se assume como líder, embora já tenha concorrência de outras agências, como a *Gate 28* ou a *Aireclaim*.

Estas sociedades, a troco de uma parte da indemnização a que o passageiro previsivelmente terá direito, interpelam as companhias aéreas para pagamento e, se necessário, intentam a respetiva ação judicial e representam os passageiros em Tribunal, ficando todos os custos a seu cargo, nomeadamente, honorários de advogados e custas judiciais.

Façamos, então, uma viagem pelo Regulamento (CE) nº 261/2004, doravante designado somente por Regulamento.

2. Objeto e âmbito de aplicação

O artigo 1º começa por definir o seu objeto: estabelecer os direitos mínimos dos passageiros em caso de recusa de embarque contra a sua vontade, cancelamento de voos e atraso de voos.

No artigo 2º, e como a legislação europeia já nos habituou, encontramos definições dos conceitos indeterminados que são utilizados pelo legislador, às quais recorreremos durante a análise aos restantes artigos.

O âmbito de aplicação encontra-se no artigo 3º, o qual estabelece condições quanto ao âmbito espacial (nº1), âmbito pessoal (nº2) e âmbito corporativo (nº3).

O artigo 3º, nº1 começa por especificar o **âmbito territorial** do diploma, dispondo que o regulamento se aplica:

> *a) Aos passageiros que partem de um aeroporto localizado no território de um Estado Membro a que o Tratado se aplica;*
>
> *b) Aos passageiros que partem de um aeroporto localizado num país terceiro com destino a um aeroporto situado no território de um Estado Membro a que o Tratado se aplica, a menos que tenham recebido benefícios ou uma indemnização e que lhes tenha sido prestada assistência nesse país terceiro,* ***se a transportadora aérea operadora do voo em questão for uma transportadora comunitária*** (com uma licença de exploração válida concedida por um Estado Membro).

Conforme decorre da alínea b), sempre que a partida se localize num país terceiro, mas com destino à União, o Regulamento não será aplicável sempre que a transportadora for comunitária e já tenha dado benefícios ou uma indemnização e prestado a respetiva assistência nesse país terceiro. Com tal diferença de tratamento, e afastamento das regras do Regulamento, a União Europeia pretendeu motivar as companhias aéreas a prestarem uma assistência mais efetiva aos passageiros que se encontram em países terceiros, onde, naturalmente, se encontram mais desprotegidos do que no território da União.

A norma contida na alínea a) já foi objeto de interpretação por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, no âmbito de um litígio entre a companhia aérea Emirates e D. Schenkel, após aquela se ter recusado a indemnizar este na sequência do cancelamento de um voo com partida de Manila, nas Filipinas (acórdão de 10/07/2008, processo C-173/07, Emirates Airlines vs. D. Schenkel).

D. Schenkel havia reservado na Emirates uma viagem de ida e volta com partida de Düsseldorf (Alemanha) e destino a Manila, via Dubai (Emiratos Árabes Unidos), sendo que o voo de regresso acabou por ser cancelado. O passageiro defendeu em Tribunal que o voo de ida e o voo de regresso são partes não autónomas de um único e mesmo voo e a *Emirates* defendeu que o voo de ida e o voo de regresso devem ser considerados dois voos distintos, pelo que, não sendo uma transportadora comunitária, não está abrangida pelo regulamento nesta situação.

O Tribunal de Justiça da União Europeia deu razão à Emirates, acabando por decidir que o artigo 3º, nº1, alínea a)

> *"deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável às situações em que está em causa uma viagem de ida e volta no âmbito da qual os passageiros que partiram inicialmente de um aeroporto situado no território de um Estado-Membro ao qual o Tratado CE se aplica regressam a esse aeroporto num voo com partida de um aeroporto situado num país terceiro. A circunstância de o voo de ida e o voo de regresso serem objeto de uma reserva única não é relevante para a interpretação dessa disposição".* Acrescenta o Tribunal que "*supor que um voo na aceção do artigo 3°, n° 1, alínea a), do referido regulamento é uma viagem de ida e volta equivaleria a considerar que o destino final desta última é idêntico ao seu primeiro ponto de partida. Se assim fosse, esta disposição não faria qualquer sentido".*

O nº2 do artigo 3º elenca condições cumulativas ao nº1 para que se possa aplicar o presente Regulamento, desta vez especificando a quais passageiros se aplica (**âmbito pessoal**). Assim, o diploma aplica-se aos passageiros que têm uma reserva confirmada para o voo e se apresentem para embarque com a

antecedência exigida pela companhia aérea (salvo se previamente forem avisados do cancelamento) e aos passageiros que tenham sido transferidos por uma transportadora aérea ou um operador turístico do voo para o qual tinham reserva para outro voo.

Importa aqui recorrer à definição de reserva contida na alínea g) do artigo 2º do regulamento: *o facto de o passageiro dispor de um bilhete ou outra prova, que indica que a reserva foi aceite e registada pela transportadora aérea ou pelo operador turístico*, bem como à definição de destino final, contida na alínea g) do mesmo normativo: *o destino que consta do bilhete apresentado no balcão de registo ou, no caso de voos sucessivos, o destino do último voo; os voos sucessivos alternativos disponíveis não são tomados em consideração se a hora original planeada de chegada for respeitada*.

Estão, assim, abrangidos os passageiros que têm voos de ligação (com **escala)**, sendo que o que se deve atender é ao destino final que consta da reserva aceite e registada pela transportadora aérea, pelo que esta será responsável, nomeadamente, no caso de o passageiro perder um voo de ligação para o destino final, por chegada tardia do primeiro voo, sem prejuízo do eventual direito de regresso a terceiros.

De fora do âmbito da aplicação do diploma ficam os passageiros com viagens gratuitas ou com tarifa reduzida não disponível, direta ou indiretamente ao público (nomeadamente, tarifas de familiares da tripulação ou as tarifas para jovens aplicadas, por exemplo, na Região Autónoma dos Açores ao abrigo do cartão "Interjovem"). No entanto, e conforme enfatiza o Regulamento, o Regulamento aplica-se aos passageiros com bilhetes emitidos no âmbito de um programa de passageiro frequente ("milhas"), ou seja, e quanto às transportadoras aéreas nacionais, aplica-se aos bilhetes emitidos ao abrigo dos programas *Tap Victoria* e *Sata Imagine*.

Quanto às companhias aéreas (**âmbito corporativo**), dispõe o nº5 do artigo 3º que o Regulamento aplica-se a qualquer transportadora aérea que forneça transporte a passageiros abrangidos pelos nº1 (âmbito espacial) e nº2 (âmbito pessoal), pelo que estão abrangidos voos *charter*, domésticos e internacionais,

operados por todas as companhias aéreas, convencionais e de baixo custo (*low-cost*).

Uma vez que o presente Regulamento apenas estabelece os direitos mínimos dos passageiros, o mesmo não exclui a aplicação da Diretiva 90/314/CEE, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados. Aliás, sempre que um circuito organizado é cancelado por outros motivos que não sejam o cancelamento do voo o Regulamento não é aplicável, mas sim a diretiva (artigo 3º, nº6 do Regulamento).

Antes de passarmos para a análise do Regulamento, cumpre alertar para o papel do Tribunal da Justiça da União Europeia quanto à interpretação da legislação da União.

Dispõe o artigo 19º, nº3 alínea b) do Tratado da União Europeia que o Tribunal de Justiça da União Europeia decide, a título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições.

Assim, uma das funções desta instituição da União passa pela pronúncia sobre a interpretação das normas do direito da União e a respetiva validade, com o objetivo de uma aplicação uniforme dos tratados e da legislação da União Europeia em todos os Estados Membros.

Deste modo, sempre que um juiz de um Tribunal de um Estado Membro tenha dúvidas na interpretação de uma norma de direito europeu, ou lhe é colocada uma questão que necessite de um juízo de validade sobre uma norma ou um ato das instituições europeias, deve suscitar a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia, através do mecanismo do reenvio prejudicial.

Tal mecanismo permite, assim, um diálogo entre os órgãos jurisdicionais dos Estados Membros e o Tribunal de Justiça da União, com vista a uma interpretação e aplicação uniformes do Direito da União (artigo 267º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia).

Neste contexto, embarquemos então na análise do Regulamento, nomeadamente, das três situações que podem acontecer a qualquer um de nós

que efetua, direta ou indiretamente, uma reserva junto de uma transportadora aérea: recusa de embarque, cancelamento e, o mais comum, os atrasos.

3. Recursa de embarque (artigo 4.º)

A recusa de embarque vem definida na alínea j) do artigo 2º como a recusa de transporte de passageiros num voo, apesar de estes se terem apresentado no embarque, exceto quando haja motivos razoáveis para recusar o embarque, tais como razões de saúde, de segurança (nomeadamente quando o passageiro se encontra alcoolizado) ou falta a necessária documentação de viagem.

A recusa de embarque decorre essencialmente, mas não só, da prática de *overbooking* por parte das transportadoras aéreas, que, para tentarem evitar lugares vazios por causa de passageiros que acabam por não comparecer na porta de embarque, vendem o mesmo lugar mais do que uma vez (cada companhia tem o seu histórico de não comparências e é com base no mesmo que calcula os lugares que vende em *overbooking*).

Não proibindo tal prática, a União Europeia tentou minimizar os seus efeitos, ao estabelecer no seu artigo 4º, nº1 que a transportadora aérea, quando tiver motivos razoáveis para prever que vai recusar o embarque para um voo, deve, em primeiro lugar, apelar a voluntários que aceitem ceder as suas reservas a troco de benefícios e do direito a reembolso ou reencaminhamento. Curiosamente, e para não haver dúvidas, o Regulamento também tem uma definição para voluntário: a pessoa que se tenha apresentado no embarque e se dispõe a ceder, a pedido da transportadora, a sua reserva a troco de benefícios.

No entanto, sendo o número de voluntários insuficiente para permitir que os restantes passageiros com reservas possam embarcar, a transportadora aérea pode então recusar o embarque a passageiros contra a sua vontade. Estes passageiros, a quem foi recusado o embarque contra a sua vontade, têm direito a uma indemnização imediata, direito ao reembolso ou reencaminhamento e, ainda, direito a assistência, soluções que iremos analisar com mais detalhe.

O conceito de recusa de embarque já foi objeto de interpretação por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual, por acórdão de 4 de outubro

de 2012 (processo C-22/11, Finnair vs. Lassooy), decidiu que o conceito de recusa de embarque abrange *não só as recusas de embarque devido a situações de excesso de reservas mas também as recusas de embarque determinadas por outras razões, como razões operacionais.* Mais acrescentou o Tribunal Europeu que *a ocorrência de circunstâncias extraordinárias que levam uma transportadora aérea a reorganizar voos posteriormente a essas circunstâncias não é suscetível de justificar uma recusa de embarque nos referidos voos posteriores nem de exonerar essa transportadora da sua obrigação de indemnização.*

4. Cancelamento (artigo 5.º)

A alínea l) do artigo 2º do Regulamento define o cancelamento como a não realização de um voo que anteriormente estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado.

Também tal alínea já foi objeto de interpretação por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual decidiu que tal norma *deve ser interpretada no sentido de que um voo cujos locais de partida e de chegada foram os da programação prevista, mas que fez uma escala não programada, não pode ser considerado cancelado* (despacho do Tribunal Judicial de 05/10/2016, processo C-32/16, Wunderlich vs. Bulgarian Air Charter Limited).

Assim, tendo o itinerário sido cumprido, independentemente de eventuais intercorrências que obriguem a escalas não programadas, não se pode considerar o voo como cancelado.

Em caso de cancelamento, dispõe o artigo 5º que os passageiros têm três direitos: o **direito a reembolso ou reencaminhamento**; o **direito a assistência** e o **direito a uma indemnização**.

Contudo, o direito a indemnização não se verificará caso os passageiros tenham sido informados do cancelamento, existindo soluções diferentes conforme a data de tal aviso (e que assumiu recentemente bastante relevância devido às centenas de atrasos da companhia aérea de baixo custo Ryanair).

Caso a informação do cancelamento seja prestada pelo menos duas semanas antes da hora programada de partida não há lugar a qualquer indemnização.

Caso o cancelamento apenas seja informado entre duas semanas e sete dias antes da hora programa de partida só não haverá lugar a indemnização caso tenha sido oferecido um voo de reencaminhamento que tenha permitido aos passageiros partir até duas horas antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até quatro horas depois da hora programada.

Por fim, caso a informação do cancelamento seja prestada menos de sete dias antes da hora programada de partida só não haverá direito a indemnização se a transportadora oferecer um voo de reencaminhamento que permita ao passageiro partir até uma hora antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até duas horas depois da hora programada de chegada.

O Regulamento impõe ainda que as transportadoras, aquando da informação do cancelamento, prestem esclarecimentos sobre eventuais transportes alternativos (artigo 5º, nº2 do Regulamento).

Também não será devida qualquer indemnização se a transportadora provar que o cancelamento se ficou a dever a **circunstâncias extraordinárias** que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis.

Curiosamente, o conceito de circunstâncias extraordinárias não figura entre os que estão definidos no artigo 2° do Regulamento, nem é definido nos outros artigos do diploma, pese embora seja o mais invocado pelas companhias aéreas nos Tribunais.

Vejamos se os considerados ajudam na interpretação de tal conceito.

Dispõe o considerando 14 do mencionado Regulamento que *as obrigações a que estão sujeitas as transportadoras aéreas operadoras deverão ser limitadas ou eliminadas nos casos em que a ocorrência tenha sido causada por circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis.*

Acrescenta o considerando 15 que considerar-se-á *que existem circunstâncias extraordinárias sempre que o impacto de uma decisão de gestão do tráfego aéreo, relativa a uma determinada aeronave num determinado dia provoque um atraso considerável, um atraso de uma noite ou o cancelamento de um ou mais voos dessa aeronave, não obstante a transportadora aérea em questão ter efetuado todos os esforços razoáveis para evitar atrasos ou cancelamentos.*

Resulta assim claro que o legislador europeu pretendeu reduzir os transtornos e inconvenientes causados aos passageiros pelo cancelamento de voos, consagrando, inclusive, um direito a indemnização, a menos que o cancelamento se tenha ficado a dever a circunstâncias excecionais que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis.

Estamos perante um conceito claramente indeterminado e muitas vezes invocado, de forma quase recorrente, pelas transportadoras aéreas para negarem aos passageiros o direito a indemnização.

Podemos conceber circunstâncias extraordinárias por motivos de força maior (por exemplo, condições meteorológicas adversas) ou a causas imputáveis a terceiros sobre os quais a transportadora aérea não tem qualquer controlo (por exemplo, greves dos controladores aéreos).

Vejamos, a título exemplificativo, algumas circunstâncias verdadeiramente extraordinárias e que já foram alegadas, e provadas pelas transportadoras em Tribunais nacionais: doença súbita da tripulação na hora da partida, condições meteorológicas adversas e insuperáveis (como sejam os ventos no Aeroporto da Madeira ou furacões nos Açores), embate de viatura na aeronave enquanto estacionada na placa, embate de aves em pleno voo, avião atingido por um relâmpago, detenção de passageiros por órgãos policiais em cumprimento de mandados de detenção judiciais ou falhas operacionais do sistema de *check in* do aeroporto de partida.

Contudo, o que se tem verificado é que na fase anterior ao processo judicial, as transportadoras aéreas limitam-se a invocar "circunstâncias excecionais" sem que as concretizem, o que apenas fazem quando o processo

chega ao Tribunal, sendo que pelo caminho vários passageiros já desistiram do seu direito à indemnização.

Recorramos, então, à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual, conforme já tivemos a oportunidade de explicar, tem um papel decisivo na interpretação do direito da União Europeia.

Um dos primeiros acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia a interpretar tal conceito foi no processo C-549/07 (de 22/12/2008), e que opôs Friederike Wallentin-Hermann à Alitalia – Linee Aeree Italiane Spa.

F. Wallentin-Hermann havia reservado três lugares num voo com partida de Viena (Áustria) e destino a Brindisi (Itália), via Roma (Itália), sendo que, cinco minutos antes da hora de partida prevista, foi informado que o voo tinha sido cancelado. Resultou provado que o cancelamento deveu-se a uma complexa avaria do motor que afetou a turbina, detetada na véspera durante uma inspeção, tendo a Alitalia sido informada de tal na noite anterior a essa voo (mais especificamente, à 1 hora). A reparação da aeronave apenas ficou concluída uma semana após o voo programado. Assim, e no seguimento do pedido de indemnização, a Alitalia recusou o pedido invocando circunstâncias extraordinárias.

O Tribunal de Círculo de Viena acabou por julgar procedente o pedido de indemnização, nomeadamente com o fundamento de que os problemas técnicos que afetaram o aparelho em causa não estavam abrangidos pelo conceito de circunstâncias extraordinárias.

Interposto recurso para o Tribunal de Comércio de Viena, este suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia quatro questões prejudiciais, relacionadas exatamente com o conceito de circunstâncias extraordinárias.

Relembrando que o legislador europeu não pretendeu atribuir carácter de isenção da obrigação de indemnizar os passageiros em caso de cancelamento de um voo a todas as circunstâncias extraordinárias, mas somente àquelas que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, o Tribunal de Justiça da União Europeia respondeu que *o artigo 5°,*

n° 3 do Regulamento deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico detetado numa aeronave e que implica o cancelamento de um voo não se enquadra no conceito de "circunstâncias extraordinárias", na aceção dessa disposição, salvo se esse problema decorrer de eventos que, pela sua natureza ou a sua origem, não sejam inerentes ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e escapem ao seu controlo efetivo, não sendo a Convenção de Montreal determinante para a interpretação das causas de isenção visadas no artigo 5°, n° 3 do Regulamento n° 261/2004.

Recorda o Tribunal de Justiça da União Europeia que um dos objetivos da União é garantir um elevado nível de proteção dos passageiros e deve ter em conta as exigências de proteção dos consumidores em geral, porquanto o cancelamento dos voos causa sérios inconvenientes aos passageiros (já no acórdão IATA o Tribunal de Justiça da União Europeia tinha mencionado que o objetivo de garantir um elevado nível de proteção dos passageiros deve ter em conta as exigências de proteção dos consumidores em geral, porquanto o cancelamento ou atraso considerável dos voos causam sérios inconvenientes aos passageiros).

Deste modo, e estando estabelecido pelo Regulamento o princípio do direito dos passageiros a indemnização em caso de cancelamento de um voo, o n° 3 do artigo 5º deve ser objeto de interpretação estrita.

Recorrendo ao considerando décimo quarto, o Tribunal de Justiça da União Europeia acrescenta que a listagem aí indicada (instabilidade política, condições meteorológicas incompatíveis com a realização do voo em causa, riscos de segurança, falhas inesperadas para a segurança do voo e greves que afetem o funcionamento da transportadora aérea) é apenas exemplificativa, mas tais causas são apenas suscetíveis de produzir os cancelamentos, pelo que todas as circunstâncias que rodeiam esses eventos não são necessariamente causas de isenção da obrigação de indemnizar.

Acrescenta o Tribunal europeu que, pese embora o legislador tenha feito constar da referida lista as falhas inesperadas para a segurança do voos, a verdade é que as circunstâncias que rodeiam esse evento *só podem ser qualificadas de extraordinárias se estiverem relacionadas com um evento que, à semelhança dos*

enumerados no décimo quarto considerando desse Regulamento, não seja inerente ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escape ao controlo efetivo desta última.

Com tal exposição, conclui o Tribunal de Justiça da União Europeia que, atendendo às condições específicas em que é efetuado o transporte aéreo e ao grau de sofisticação tecnológica das aeronaves, há que reconhecer que as transportadoras aéreas, no exercício da sua atividade, são habitualmente confrontadas com diversos problemas técnicos provocados inevitavelmente pelo funcionamento desses aparelhos. *Aliás, é para evitar esses problemas e prevenir incidentes que ponham em causa a segurança dos voos que esses aparelhos são sujeitos a inspeções regulares, particularmente rigorosas, que fazem parte das condições correntes de exploração das empresas de transporte aéreo. Assim, a resolução de um problema técnico originado por uma falha na manutenção de um aparelho deve ser considerada inerente ao exercício normal da atividade da transportadora aérea*, pelo que problemas técnicos revelados aquando da manutenção das aeronaves ou devidos a uma falha nessa manutenção não podem constituir, enquanto tais, circunstâncias extraordinárias.

É certo que existem problemas técnicos que constituem verdadeiras circunstâncias extraordinárias, decorrentes de eventos não inerentes ao exercício normal da atividade da transportadora e que escapam ao controlo efetivo desta (o Tribunal de Justiça da União Europeia dá o exemplo de um construtor dos aparelhos da frota da transportadora aérea revelar, quando esses aparelhos já estão ao serviço, que os mesmos têm um defeito de fabrico oculto que afeta a segurança dos voos).

Porém, aqui o ónus da prova caberá sempre à transportadora (artigo 5º, nº4 e 5 do Regulamento), pois, uma vez que nem todas as circunstâncias extraordinárias isentam de responsabilidade, quem as pretende invocar é que tem o ónus de provar. E provar que, em todo o caso, tais circunstâncias não poderiam ter sido evitadas através de medidas adaptadas à situação.

Assim, o que a *Alitalia* deveria ter alegado, e provado, era que, mesmo que tivesse lançado mão de todos os recursos humanos, materiais e financeiros de que dispunha, manifestamente, não poderia ter evitado que as circunstâncias

extraordinárias com que foi confrontada levassem ao cancelamento do voo, a não ser à custa de sacrifícios insuportáveis face às capacidades da sua empresa no momento relevante, não bastando a alegação de que cumpriu as regras mínimas de manutenção da aeronave.

Mesmo que o Regulamento não criasse tal norma de direito probatório material, sempre seria essa a solução de acordo com a nossa lei, já que a prova dos factos impeditivos do direito invocado cabe àquele contra quem a invocação é feita (artigo 342º, nº2 do Código Civil).

A jurisprudência firmada no caso Wallentin-Hermann vs. Alitalia foi retomada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no âmbito do processo C-394-14 /acórdão de 14/11/2014,Siwert vs. Condor Flugdienst), ao não considerar como circunstância extraordinária um acontecimento como, o choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião

Recordou o Tribunal de Justiça da União Europeia que *tratando-se de um problema técnico que tem origem no choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião, há que salientar que essas escadas ou passadeiras móveis são necessariamente utilizadas no contexto de um transporte aéreo de passageiros, permitindo a estes subir para o avião e descer deste, pelo que as transportadoras aéreas se veem regularmente confrontadas com situações resultantes da utilização dessas escadas móveis. Nestas condições, o choque de um avião com uma dessas escadas móveis deve ser considerado um acontecimento inerente ao exercício normal da atividade de transportadora aérea.*

5. Atrasos (artigo 6.º)

O legislador europeu aparentemente tratou os atrasos de forma diferente das recusas de embarque e dos cancelamentos, excluindo destes o direito a indemnização.

A solução adotada passou pelo direito a reembolso ou reencaminhamento e pela assistência, direitos condicionados ao número de quilómetros dos voos.

Assim, o Regulamento apenas concede proteção aos atrasos de duas horas ou mais no caso de voos até 1500 quilómetros, aos atrasos de três horas ou mais no caso de voos intracomunitários com mais de 1500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1500 e 3 500 quilómetros e aos atrasos de quatro horas ou mais nos restantes voos.

Nestes casos, a transportadora aérea deve oferecer aos passageiros refeições e bebidas e oportunidade de realizarem telecomunicações. Caso a hora de partida prevista for o dia após a hora de partida previamente anunciada a transportada aérea deverá ainda prover alojamento em hotel e respetivo transporte entre o aeroporto e o local de alojamento

Já o direito a reembolso ou reencaminhamento apenas é concedido aos atrasos superiores a quatro horas.

A assistência deverá ser imperativamente prestada dentro dos mencionados períodos (duas, três ou quatro horas).

Pese embora o legislador comunitário tenha aparentemente excluído as indemnizações do âmbito dos atrasos, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no seu acórdão de 19 de novembro de 2009, no âmbito do caso que ficou conhecido como Sturgeon (por ser esse o apelido de família dos Autores no primeiro processo – o 402/07), veio esclarecer que os passageiros de voos atrasados podem ser equiparados aos passageiros de voos cancelados no que diz respeito ao direito a indemnização.

Esta questão foi colocada ao Tribunal de Justiça da União Europeia no âmbito de dois reenvios prejudiciais (C-402/07 e C-432/07), por parte de um Tribunal alemão e de um Tribunal austríaco, onde eram intervenientes duas companhias aéreas: a alemã Condor Flugdienst GmbH e a francesa Air France, S.A.

Tais pedidos tiveram por objeto a interpretação dos artigos 2º, alínea l), 5º, 6º e 7º do Regulamento e foram apresentados no âmbito de litígios onde as transportadoras aéreas se recusaram a indemnizarem os passageiros que foram transportados para o aeroporto de destino, com atrasos de, respetivamente, 25 e 22 horas em relação à hora de chegada prevista.

Vejamos, de forma brevíssima, o objeto dos litígios.

A família Sturgeon tinha reservado na Condor uma viagem de ida e volta, de Frankfurt Main (Alemanha) para Toronto (Canadá), o qual, na sua volta, sofreu um atraso de mais de 25 horas em relação à hora prevista. Após ter intentado ação em Tribunal, veio a Condor defender-se alegando que não ocorreu nenhum cancelamento, mas meramente um atraso, pelo que tal situação não dá direito à indemnização a que alude o Regulamento em análise. O Tribunal alemão deu razão à transportadora aérea, pelo que os Autores interpuseram recurso, onde foi suspensa a instância e submetidas duas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia: 1) *Ao interpretar o conceito de 'cancelamento' deve ser considerado decisivo se a programação inicial de voo foi abandonada, de modo que um atraso, independentemente da sua duração, não constitui um cancelamento quando a companhia aérea não abandona a programação do voo inicial?* 2) *Em caso de resposta negativa à primeira questão: em que circunstâncias deve o atraso do voo programado ser tratado já não como atraso mas como cancelamento? A resposta a esta questão depende da duração do atraso*?

No segundo processo, S. Bock e C. Lepuschitz reservaram na Air France uma viagem de ida e volta, em voos regulares, de Viena (Áustria) para a Cidade do México (México), via Paris (França). No regresso, o voo foi cancelado e os Autores aceitaram a oferta de embarque num voo assegurado por outra transportadora aérea, tendo chegado ao destino com quase 22 horas de atraso relativamente ao horário previsto. Intentada ação judicial, o Tribunal austríaco julgou a mesma improcedente por não se tratar de um cancelamento. Interposto recurso, foi suspensa a instância e colocadas três questões prejudicais ao Tribunal de Justiça da União Europeia:

> *1) O artigo 5°, em conjugação com os artigos 2°, alínea l), e 6° do Regulamento […] n° 261/2004 […], deve ser interpretado no sentido de que o adiamento da partida de um voo por 22 horas constitui um 'atraso' na aceção do artigo 6.°? 2) O artigo 2°, alínea l), do Regulamento […] n° 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que os casos em que os passageiros são transportados [com] um atraso considerável (22 horas), num voo a cujo número inicial foi [acrescentada] a letra 'A' e no qual*

> *embarcou apenas uma parte – a qual, no entanto, não deixa de ser considerável – dos passageiros com reserva para o voo inicial e ainda outros passageiros sem reserva para o mesmo voo, constituem um 'cancelamento' e não um 'atraso'? Em caso de resposta afirmativa à segunda questão: 3) O artigo 5°, n° 3, do Regulamento […] n° 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que uma avaria no avião e as consequentes alterações ao [horário] de voo constituem circunstâncias extraordinárias (que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis)?*

O Tribunal de Justiça da União Europeia resumiu as questões colocadas da seguinte forma:

> *– se um atraso de um voo deve ser considerado um cancelamento, na aceção dos artigos 2°, alínea l), e 5° do Regulamento n° 261/2004, quando esse atraso seja considerável;*
>
> *– se os artigos 5°, 6° e 7° do Regulamento n° 261/2004 devem ser interpretados no sentido de que os passageiros de voos atrasados podem ser equiparados aos passageiros de voos cancelados, para efeitos da aplicação do direito a indemnização previsto no artigo 7° desse Regulamento, e*
>
> *– se um problema técnico numa aeronave é abrangido pelo conceito de «circunstâncias extraordinárias», na aceção do artigo 5°, nº 3, do Regulamento n° 261/2004.*

Considerando que já analisámos o conceito de circunstâncias extraordinárias, foquemo-nos nas duas primeiras questões.

Quanto à primeira questão, relativa ao conceito de atraso, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que os artigos 2°, alínea l), 5° e 6° do Regulamento devem ser interpretados *no sentido de que não se pode considerar que um voo atrasado, independentemente da duração do atraso, e mesmo que esta seja considerável, foi cancelado, quando se realiza em conformidade com a programação inicialmente prevista pela transportadora aérea.*

Para chegar a tal conclusão, o Tribunal de Justiça da União Europeia recordou o conceito de voo expresso no seu acórdão de 10 de julho de 2008

(processo C-173/07, já citado), ou seja, um voo consiste numa operação de transporte aéreo realizada por uma transportadora aérea que fixa o seu itinerário, constituindo este um elemento essencial do voo, uma vez que este último é efetuado em conformidade com uma programação previamente estabelecida pela transportadora.

Assim, e porque no artigo 6º do Regulamento foi adotado um conceito de "atraso de voo" que só tem em conta a hora de partida prevista e que implica, por conseguinte, que, após a hora de partida, os outros elementos que caracterizam o voo devem permanecer inalterados, um voo está atraso, e não cancelado, se for efetuado em conformidade com a programação inicialmente prevista, mas se a hora efetiva da sua partida sofrer um atraso em relação à hora de partida prevista.

Em oposição, o cancelamento traduz-se na não realização de um voo inicialmente previsto [artigo 2º, alínea l) do Regulamento], pelo que os voos cancelados e os voos atrasados constituem duas categorias de voos bem distintas, não sendo possível classificar um voo atrasado como "cancelamento", pelo simples facto de o atraso se ter prolongado, mesmo de maneira considerável. Já estaríamos perante um cancelamento se o passageiro fosse transferido para outro voo, ou seja, se a programação do voo inicial fosse abandonada e os passageiros deste se juntassem aos passageiros de um voo igualmente programado.

Os artigos 2º, alínea l), 5º e 6º do Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) nº 295/91, devem ser interpretados no sentido de que não se pode considerar que um voo atrasado, independentemente da duração do atraso, e mesmo que esta seja considerável, foi cancelado, quando se realiza em conformidade com a programação inicialmente prevista pela transportadora aérea.

Contudo, e apesar desta clara distinção que o Tribunal fez entre atraso e cancelamento, ao responder à segunda pergunta, o Tribunal de Justiça da União Europeia deu um passo fundamental para proteção dos direitos dos passageiros.

Recorde-se que na segunda questão pretendia-se saber se os passageiros de voos atrasados podem ser equiparados aos passageiros de voos cancelados, para efeitos da aplicação do direito a indemnização.

O Tribunal de Justiça da União Europeia respondeu positivamente, afirmando que *os artigos 5°, 6° e 7° do Regulamento nº 261/2004 devem ser interpretados no sentido de que os passageiros de voos atrasados podem ser equiparados aos passageiros de voos cancelados, para efeitos da aplicação do direito a indemnização, e de que esses passageiros podem, assim, invocar o direito a indemnização previsto no artigo 7° desse Regulamento, quando o tempo que perderam por causa de um voo atrasado seja igual ou superior a três horas, isto é, quando cheguem ao seu destino final três horas ou mais após a hora de chegada inicialmente prevista pela transportadora aérea. Todavia, tal atraso não confere aos passageiros o direito a uma indemnização, se a transportadora aérea puder provar que o atraso considerável se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, mais precisamente circunstâncias que escapam ao controlo efetivo da transportadora.*

Recorda o Tribunal de Justiça da União Europeia que o princípio da igualdade de tratamento exige que os passageiros de voos com atraso devem ser considerados como estando numa situação comparável à dos passageiros de voos cancelados "à última hora" no que diz respeito à aplicação do direito à indemnização, uma vez que esses passageiros sofrem um transtorno semelhante, isto é uma perda de tempo, a qual, tendo em conta o seu caracter irreversível, só pode ser compensada através de uma indemnização.

É certo que não decorre do Regulamento tal direito. No entanto, frisa o Tribunal de Justiça da União Europeia, que todos os atos comunitários devem ser interpretados em conformidade com o direito primário no seu todo, inclusivamente com o princípio da igualdade de tratamento, que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objetivamente justificado (entre outros, acórdão de 14 de Dezembro de 2004, processo nº C-210/03, Swedish Match AB e acórdão do já mencionado processo IATA e ELFAA).

Assim, e porque o objetivo do Regulamento nº 261/2004 é o reforço da proteção dos passageiros aéreos, mediante a reparação dos prejuízos causados aos interessados aquando do transporte aéreo, há que comparar a situação de passageiros de voos atrasados com a de passageiros de voos cancelados.

Acrescenta ainda o Tribunal de Justiça da União Europeia que a situação é te tal forma semelhante que a situação de passageiros de voos atrasados não se distingue muito da dos passageiros de voos cancelados que são reencaminhados, já que estas duas categorias de passageiros são, em princípio, informadas no mesmo momento do incidente que dificulta o seu transporte aéreo. Por outro lado, ainda que sejam transportados até ao seu destino final, chegam a esse destino posteriormente à hora inicialmente prevista e, por conseguinte, perdem o mesmo tempo, pelo que nenhuma consideração objetiva parece poder justificar tal diferença de tratamento.

Aliás, o Tribunal de Justiça da União Europeia faz questão de realçar que esta solução se encontra no próprio Regulamento, limitando-se a densificar o conceito de atraso considerável que se encontra no considerando décimo quinto. Ora, uma vez que o artigo 6º já admite consequências jurídicas para atrasos superiores a duas horas, este conceito de atraso considerável abrange, necessariamente, atrasos de três horas ou mais.

Em suma, sendo análogos os prejuízos sofridos pelos passageiros aéreos em caso de cancelamento ou de atraso considerável, os passageiros de voos atrasados e os passageiros de voos cancelados não podem ser tratados de maneira diferente, sob pena de se violar o princípio da igualdade de tratamento.

Esta posição do Tribunal de Justiça da União Europeia foi posteriormente sufragada nos processos C-581/10 e C-629/10 (*Nelson and others v Lufhansa/ Tui Travel Plc and others v Civil Aviation Authority)*.

Ainda quanto aos atrasos, o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se, em acórdão de 26/02/2013 (Processo C-11/11 - Air France v Folkerts), sobre os atrasos consideráveis na chegada, mas não na hora programada de partida, questão que não havia sido abordada no acórdão Sturgeon.

Em tal acórdão, o Tribunal de Justiça da União Europeia esclarece que, embora no artigo 6º o Regulamento tenha relevado o atraso na partida, noutros preceitos, como no artigo 5º, nº1, alínea c), iii), valorizou a hora programada de chegada ao destino final.

Assim, *o direito do passageiro a uma indemnização por atraso, ao abrigo do Regulamento nº 261/2004, emerge unicamente do atraso de três horas ou mais na chegada ao destino final, não dependendo do facto de estarem preenchidos os requisitos previstos no dito artigo 6º, isto é, não exigindo que tenha ocorrido, também, um atraso na partida.*

Justifica o Tribunal de Justiça da União Europeia que tal *equivaleria a tratar diferentemente os passageiros dos voos que sofrem um atraso na chegada ao seu destino final igual ou superior a três horas em relação à hora programada de chegada, consoante o atraso do seu voo em relação á hora programada de partida exceda, ou não, os limites previstos no artigo 6º do Regulamento nº 261/200.*

Confirmou assim o Tribunal Judicial que, para efeitos de indemnização, o atraso relevante é o da chegada ao destino final.

6. Montantes indemnizatórios (artigo 7.º)

Caso os passageiros tenham direito a uma indemnização, o seu valor está dependente da distância do voo: 250 € para todos os voos até 1 500 quilómetros; 400 € para todos os voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e para todos os outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros e 600 € para todos os voos não abrangidos pelas situações anteriores.

Caso estejamos perante voos com escala, a distância é calculada com base no último destino a que o passageiro chegará com atraso em relação à hora programada.

No entanto, **as transportadoras aéreas têm a possibilidade de reduzir os mencionados montantes indemnizatórios para metade** quando oferecerem aos passageiros reencaminhamento para o seu destino final num voo alternativo. Porém, tal redução apenas terá lugar se a hora de chegada não exceder a hora

programada original em duas horas (no caso de voos até 1500 quilómetros), três horas (no caso de voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e para todos os outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros) ou quatro horas (para todos os voos não abrangidos pelas situações anteriores).

O Regulamento dispõe ainda, no nº3 do artigo 7º, sobre o modo de pagamento da indemnização, a qual deverá ser paga em numerário, através de transferência bancária, ordens de pagamento bancário, de cheques bancários ou, caso o passageiro o consinta por escrito, por vales de viagem e outros serviços.

Aliás, é prática recorrente das transportadoras aéreas adiantarem-se ao pedido de indemnização e oferecerem ao passageiro afetado um vale de viagem e descontos em viagens futuras, com evidentes ganhos para a transportadora, já que os passageiros que o aceitam não partem, em regra, para a reclamação da indemnização.

O nº4 do artigo 7º regula um aspeto fundamental no âmbito do pagamento das indemnizações.

Dispõe tal norma que as distâncias devem ser medidas pelo método da rota ortodrómica, método tradicionalmente utilizado na aviação para mediação da distância aérea.

Uma rota ortodrómica é uma reta entre dois pontos e corta os meridianos no globo terrestre em ângulos diferentes, sendo a menor distância entre dois pontos, existindo websites que auxiliam em tal cálculo (por exemplo, http://calculardistancias.info/aereas.html),

Assim, um voo de Lisboa para Ponta Delgada tem uma distância de 1448,58 quilómetros, ortodrómica, o que poderá dar origem a uma indemnização de 250,00€. No entanto, já um voo de Porto para Ponta Delgada, com uma distância de 1511,45 quilómetros, já dará direito a uma indemnização de 400,00€ (aliás, qualquer voo do território português para as ilhas do grupo central e ocidental dos Açores dará sempre direito a uma indemnização de 400,00€). Já os voos do continente português para a Ilha da Madeira nunca permitirão uma indemnização superior aos 250,00€.

7. Direito a reembolso ou reencaminhamento (artigo 8.º)

Sempre que haja direito ao reembolso ou reencaminhamento, a transportadora aérea deve oferecer aos passageiros uma das três possibilidades:

1) O reembolso no prazo de sete dias do preço total da compra do bilhete, para parte ou partes da viagem não efetuadas, e para a parte ou partes da viagem já efetuadas se o voo já não se justificar em relação ao plano inicial de viagem e, cumulativamente, um voo de regresso para o primeiro ponto de partida quanto se justifique;

2) O reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final na primeira oportunidade;

3) O reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final numa data posterior, da conveniência do passageiro, sujeito à disponibilidade de lugares.

Note-se que a escolha cabe ao passageiro, e não à transportadora aérea, a qual tem a obrigação de prestar informação suficiente sobre as três alternativas.

O reembolso do preço pago aplica-se também aos passageiros cujos voos fazem parte de uma viagem organizada, salvo se esse direito já estiver previsto no âmbito da Diretiva 90/314/CE.

Contudo, pode acontecer que a cidade ou região de destino seja servida por mais de um aeroporto (por exemplo, Paris, Londres, Bruxelas, Berlim). Nestas situações a transportadora aérea pode optar por oferecer aos passageiros um voo para um aeroporto alternativo em relação àquele para o qual tenha sido feito a reserva, sendo certo que o custo da transferência do passageiro para o aeroporto para o qual a reserva tinha sido feita fica a cargo da transportadora aérea. Nesta hipótese o passageiro pode ainda acordar a transferência para outro destino próximo que não o aeroporto [por exemplo, num voo originalmente programado para Gatwick (Londres) a transportadora pode oferecer um voo para Luton (Londres), suportando as despesas de transporte para o centro de Londres ou se o passageiro quiser, para o aeroporto de Gatwick].

8. Direito a assistência (artigo 9º)

Sempre que haja direito a assistência, ou seja, sempre que o Regulamento remete para o artigo 9º, devem ser oferecidas, a título gratuito, aos passageiros, refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera.

Este será um dos direitos mais violados, já que as transportadoras aéreas limitam-se a entregar vales de refeição com valores manifestamente baixos em comparação com os preços praticados pela restauração nos aeroportos. Repare-se que o diploma estipula que devem ser oferecidas refeições e bebidas e não senhas para serem utilizadas nos espaços de restauração dos aeroportos (e que, conforme é de conhecimento comum, praticam preços mais elevados do que a restauração em geral). Um comportamento mais correto do que oferecer senhas de alimentação será a transportadora contratar diretamente com um espaço de restauração, deixando os passageiros libertos da tarefa de encontrar um espaço de restauração que pratique preços compatíveis com as mencionadas senhas.

Deve ser ainda oferecido aos passageiros alojamento em hotel caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites ou caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro, bem como o transporte entre o local de alojamento e o aeroporto.

Já aconteceram diversas situações em que as transportadoras aéreas alegaram que a capacidade hoteleira da região se mostrava esgotada, pelo que os passageiros permaneceram durante a noite no aeroporto. Neste campo, incumbe à transportadora aérea desenvolver todas as diligências para encontrar acomodação a todos os passageiros. Repare-se que o Regulamento não dispõe sobre a classificação do alojamento, sendo de aceitar, em termos de razoabilidade, a colocação dos passageiros em hotéis de, no mínimo, três estrelas. Contudo, caso estes não disponham de capacidade, a transportadora aérea deve desenvolver todos os esforços para encontrar um novo alojamento, mesmo que seja em um hotel de cinco estrelas. Não pode é limitar-se aos hotéis com os quais tem protocolo e deixar os passageiros pernoitar nos aeroportos.

Essas medidas são autónomas, no sentido de que correspondem a finalidades diferentes e visam atenuar os diversos prejuízos gerados por tais atrasos, não excluindo o direito à indemnização.

Neste caso, o Regulamento impõe ainda que a transportadora aérea preste especial atenção às necessidades das pessoas com mobilidade reduzida e acompanhantes, bem como de crianças não acompanhadas, sendo ainda necessário ter em atenção o Regulamento nº 1107/2006, já abordado anteriormente.

Um dos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia que melhor se debruça sobre a obrigatoriedade de assistência é o que se debruça sobre o litígio que opôs Denise McDonagh e a Ryanair Ltd. (C-12/11).

A 11 de fevereiro de 2010 Denise McDonagh efetuou uma reserva de voo na Ryanair, com partida de Faro (Portugal) e com destino a Dublim (Irlanda), previsto para 17 de abril de 2010, por um montante de 98 euros. Contudo, a 20 de março de 2010, o vulcão islandês Eyjafjallajökull entrou em erupção, o que provocou um dos maiores caos aéreos da história, com milhares de cancelamentos e o encerramento de uma parte do espaço aéreo europeu.

Durante o período compreendido entre 17 e 24 de abril de 2010, a Ryanair não prestou qualquer assistência à passageira segundo as modalidades previstas no artigo 9º do Regulamento, alegando as circunstâncias extraordinárias de explosão vulcânica.

Intentando o processo judicial, o Dublin Metropolitan District Court decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça, entre outras, as seguintes questões prejudiciais:

> *1) Circunstâncias como o encerramento do espaço aéreo europeu devido à erupção do vulcão Eyjafjallajökull na Islândia, que causou uma interrupção generalizada e prolongada do tráfego aéreo, ultrapassam o quadro do conceito de 'circunstâncias extraordinárias' na aceção do Regulamento nº 261/2004?*
>
> *2)Se a resposta à primeira questão for afirmativa, o dever de prestar assistência nos termos dos artigos 5º e 9º está excluído em tais circunstâncias?*

Conforme não poderia deixar de ser, o Tribunal de Justiça da União Europeia respondeu que o artigo 5º do Regulamento deve ser interpretado no sentido de que circunstâncias como o encerramento de uma parte do espaço

aéreo europeu na sequência da erupção do vulcão Eyjafjallajökull constituem circunstâncias extraordinárias na aceção deste Regulamento.

Contudo, tais circunstâncias não eximem as transportadoras aéreas do seu dever de assistência previsto nos artigos 5º, nº 1, alínea b), e 9º do referido Regulamento, uma vez que, quando se verifiquem circunstâncias excecionais, a transportadora apenas é unicamente eximida do seu dever de indemnizar.

O legislador da União entendeu que o dever de assistência previsto no artigo 9º do mesmo Regulamento se impõe à transportadora aérea seja qual for o evento que deu origem ao cancelamento do voo. Interpretação contrária teria como consequência que as transportadoras aéreas fossem obrigadas a fornecer assistência a passageiros que se encontrem, devido ao cancelamento de um voo, numa situação de incómodo limitado, enquanto os passageiros, como a Sra. McDonagh, que se encontram num estado de particular vulnerabilidade, por terem de permanecer vários dias num aeroporto, seriam privados da mesma.

Tais deveres são inerentes ao risco da atividade das próprias transportadoras, as quais devem prever os custos ligados ao cumprimento, se for caso disso, do seu dever de assistência e, além disso, podem repercutir no preço dos bilhetes de avião os custos gerados em resultado desse dever.

Quanto à duração da assistência, escreve o Tribunal de Justiça da União Europeia que do Regulamento não decorre qualquer limitação, temporal ou pecuniária, do dever de assistência dos passageiros, pelo que o conjunto dos deveres de assistência dos passageiros vítimas de cancelamento de voo se impõe, na totalidade, a uma transportadora aérea durante a totalidade do período durante o qual os passageiros em causa devem esperar o seu reencaminhamento [conforme, aliás, resulta do artigo 9º, nº1 alínea b) do Regulamento – alojamento durante o tempo necessário].

Por fazerem uma suma do que está aqui em causa, leiamos um excerto das conclusões do Advogado-Geral:

> *"a prestação de assistência revela-se particularmente importante no caso de ocorrência de circunstâncias extraordinárias que se prolongam no tempo, e é justamente no caso em que a espera devida ao cancelamento de*

um voo é particularmente longa que é necessário assegurar que o passageiro de um avião cujo voo foi cancelado possa ter acesso aos produtos e aos serviços de primeira necessidade, e isto durante todo o tempo de espera".

Contudo, alerta o Tribunal de Justiça da União Europeia que a interpretação não deve entrar em contradição com os princípios da proporcionalidade, do «justo equilíbrio de interesses», referido na Convenção de Montreal, e da não discriminação, pois um ato da União deve, com efeito, ser interpretado, na medida do possível, de forma a não pôr em causa a sua validade e em conformidade com o direito primário no seu conjunto (acórdão de 16 de setembro de 2010, C-149/10, Chatzi v Ikonomikon).

Assim, um passageiro dos transportes aéreos só pode obter, a título de indemnização pelo incumprimento por parte da transportadora aérea do seu dever de assistência previsto nos artigos 5°, nº 1, alínea b), e 9° do Regulamento, o reembolso das quantias que, atendendo às circunstâncias próprias do caso concreto, se revelaram necessárias, adequadas e razoáveis para suprir a falha da transportadora aérea na assistência ao passageiro, o que compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar.

Se Denise McDonagh obteve o pagamento das despesas referentes à semana extra que passou no Algarve, no valor total de 1 129,00€? Não sabemos, uma vez que o Tribunal de Justiça da União Europeia devolveu a apreciação das despesas ao Tribunal irlandês.

9. Colocação em classe superior ou inferior (artigo 10.º)

Nas situações em que a companhia aérea, também por efeito do *overbooking*, coloca um passageiro em classe superior, a transportadora aérea não pode exigir qualquer pagamento suplementar (artigo 10º, nº1). Geralmente os contemplados são aqueles que já possuem cartões de fidelidade, de classe superior (*silver* ou *gold*) das transportadoras aéreas.

Já na situação inversa, de colocação em classe inferior, a transportadora aérea terá de reembolsar o passageiro no prazo de sete dias de acordo com as seguintes modalidades: 30% do preço do bilhete para todos os voos até 1500

quilómetros, 50% do preço do bilhete para todos os voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros (com exceção dos voos entre o território da União e os departamentos ultramarinos franceses) e para todos os outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros e 75% do preço do bilhete para todos os voos não abrangidos nas modalidades anteriores, incluindo para os departamentos ultramarinos franceses.

10. Pessoas com mobilidade reduzida ou com necessidades especiais (artigo 11.º)

O artigo 11º vem no seguimento do artigo 26º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o qual dispõe, sob a epígrafe de *Integração das pessoas com deficiência*, que a *União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade.*

Assim, não poderia o legislador comunitário, na prossecução deste objetivo, deixar de consagrar uma norma às pessoas com mobilidade reduzida ou com necessidades especiais, dispondo que as transportadoras aéreas devem dar prioridade ao transporte das pessoas com mobilidade reduzida e de quaisquer pessoas, ou cães-guias, que os acompanhem, bem como às crianças não acompanhadas. Mais é consagrado, no nº2 do artigo 11º, que, perante uma recusa de embarque, cancelamento ou atraso de qualquer duração deve ser-lhes, logo que possível, prestada a assistência do artigo 9º (refeições, alojamento e comunicação).

Posteriormente, e reconhecendo que a proteção conferida por esta norma não é suficiente, foi ainda publicado o Regulamento (CE) nº 1107/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, relativo aos direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com mobilidade reduzida no transporte aéreo e que veio estabelecer regras para a proteção e a prestação de assistência às pessoas com deficiência e às pessoas com mobilidade reduzida que viajam por via aérea, quer para as proteger contra discriminações, quer para garantir que recebem assistência, sendo proibido, por exemplo, a recusa de

transporte com fundamento na deficiência ou na mobilidade reduzida (artigo 3º).

11. Indemnização suplementar e direito de regresso (artigos 12.º e 13.º)

O artigo 12º dispõe, no seu nº1, que a aplicação do Regulamento não exclui o direito dos passageiros a uma indemnização suplementar, nomeadamente, as que se encontrem eventualmente previstas em legislação internacional (por exemplo, na Convenção de Montreal), na legislação interna de cada um dos Estados Membro ou até em legislação europeia (por exemplo, na Diretiva 90/314/CEE).

Contudo, acrescenta esse mesmo artigo que as transportadoras aéreas podem deduzir essa indemnização suplementar à que os passageiros tiverem direito por aplicação do Regulamento. O nº2 do artigo 12º, nº2 vem excluir do âmbito de aplicação do artigo 12º, nº1 os passageiros que voluntariamente tenham aceitado ceder a sua reserva, ou seja, os já denominados voluntários aquando da recusa de embarque. Assim, se estes passageiros tiverem direito a uma indemnização suplementar não poderão beneficiar dos direitos concedidos pelo Regulamento.

Não obstante, refira-se ainda que o pedido de indemnização ao abrigo do Regulamento não impede que o passageiro peticione ainda, na nossa ordem jurídica, uma indemnização por outros danos patrimoniais e também por danos não patrimoniais sofridos, desde que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito (artigo 496º do Código de Processo Civil), sendo que aqui podem-se imaginar várias situações. Por exemplo, imagine-se a situação de um passageiro que é despedido do seu trabalho por não se ter apresentado ao trabalho devido ao cancelamento de um voo ou de o casal recém-casado que viu a sua viagem de lua-de-mel ser cancelada.

Sob a epígrafe "direito ao recurso", e que surge de uma errada tradução pelo legislador nacional, o artigo 13º regula sobre o direito de regresso das transportadoras. Diz-nos tal artigo que, tendo a transportadora pago uma indemnização ou cumprindo alguma obrigação por força do Regulamento, não

lhe é vedada a possibilidade de exigir indemnização, incluindo a terceiros, nomeadamente, a operadores turísticos ou qualquer outra pessoa com quem tenha contrato. De igual forma, o Regulamento não poderá interpretado de forma a limitar o direito de um operador turístico ou de um terceiro, que não seja um passageiro, com quem uma transportadora aérea tenha um contrato, de pedir o seu ressarcimento ou uma indemnização à transportadora aérea.

12. Direito à informação (artigo 14.º)

O artigo 14º, nº1 consagra o direito de informação dos passageiros, devendo as transportadoras aéreas garantir que, na zona de *check in*, esteja afixado, de uma forma claramente visível para os passageiros o seguinte texto padrão:

> *Se lhe tiver sido recusado o embarque ou se o seu voo tiver sido cancelado ou estiver atraso pelo menos duas horas, peça no balcão de registo ou na porta de embarque o texto que indica os seus direitos, em especial no que diz respeito a indemnização e a assistência.*

O nº2 do artigo 14º acrescenta que, em caso de recusa de embarque ou cancelamento, a transportadora aérea deve ainda distribuir a cada passageiro afetado um impresso (um folheto) com as regras de indemnização e de assistência previstas no Regulamento.

Tal distribuição deve ser ainda alargada a cada passageiro afetado por um atraso de, pelo menos, duas horas (está será, provavelmente, a regra mais ignorada do Regulamento em território português, já que as companhias aéreas se limitam, na sua maioria, a deixar tais folhetos num expositor junto da zona de embarque e não à entrega pessoal, conforme exige o Regulamento).

Em tal impresso devem ainda constar os elementos de contacto com o organismo nacional responsável pela execução do Regulamento: em Portugal, a ANAC – Autoridade Nacional de Aviação Civil (artigo 14º, nº3).

A lista completa dos organismos nacionais pode ser consultada em: *https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/passengers/air/doc/2004_261_national_enforcement_bodies.pdf*

13. Proibição de exclusão (artigo 15.º)

Dispõe o artigo 15º, nº1 do Regulamento que as suas normas são imperativas, ou seja, não podem ser limitadas ou excluídas, nomeadamente através de derrogação ou de cláusulas inseridas no contrato de transporte.

No entanto, **caso o passageiro tenha aceitado uma indemnização inferior do que a estabelecida no Regulamento, por falta de informação da transportadora aérea, é ainda possível o recurso aos Tribunais** (em Portugal) ou nos organismos competentes para obter o pagamento da indemnização devida de acordo com este Regulamento.

Na prática, esta é uma norma que se tem revelado essencial para a defesa dos direitos dos passageiros, uma vez que as companhias aéreas alegam nos processos judiciais, e com bastante frequência, que já satisfizeram o passageiro com outros benefícios que não a indemnização ou até com um valor negociado a título de indemnização. O ónus da prova quanto à prestação da informação caberá, conforme não pode deixar de ser, à transportadora aérea (artigo 342º, nº2 do Código Civil).

14. Fiscalização (artigos 16º e 17º)

Para assegurar o respeito pelas normas do Regulamento, cada Estado Membro deve designar qual organismo responsável pela execução do Regulamento no que respeita aos aeroportos situados no seu território e aos voos provenientes de países terceiros com destino a esses aeroportos (em Portugal, a ANAC - ANAC - Autoridade Nacional da Aviação Civil, com sede Rua B, Edifício 4 - Aeroporto Humberto Delgado 1749-034 Lisboa).

Tal organismo tem como principal função a adoção das medidas necessárias para garantir o respeito dos direitos dos passageiros e o processamento das queixas apresentadas pelos passageiros sob alegadas infrações ao Regulamento, o que, em Portugal, pode ser na seguinte ligação do website da ANAC:

http://www.anac.pt/vPT/Passageiros/FormReclamacao/Paginas/FormulariodeReclamacao.aspx

Curiosamente, o Regulamento deixou ao critério dos Estados Membros as sanções a aplicar pela infração ao disposto no Regulamento, apenas dispondo, no artigo 16º, nº3, que devem ser *efetivas, proporcionadas* e *dissuasivas.*

No seu artigo 17º ficou estabelecido que até 1 de janeiro de 2007 a Comissão deveria apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a execução e os resultados do Regulamentos, em particular quanto aos efeitos relativamente à recusa de embarque e ao cancelamento de voos, ao eventual alagamento do seu âmbito de aplicação a passageiros com um contrato com uma transportadora aérea comunitária ou que tenham uma reserva num voo que faça parte de um circuito organizado e que parte de um aeroporto de um país terceiro para um aeroporto situação no território de um Estado Membro em voos não operados por transportadoras aéreas comunitárias e a eventual revisão dos montantes indemnizatórios.

Contudo, só em 2013 é que se iniciou um procedimento legislativo com o objetivo de rever o Regulamento, o qual se encontra, presentemente, a aguardar uma posição do Conselho (procedimento legislativo ordinário 2013/0072).

Tal proposta surgiu no seguimento de um relatório da Comissão de 2010 (relatório sobre a remoção de obstáculos aos direitos dos cidadãos da União), o qual anunciou medidas para assegurar direitos comuns, nomeadamente aos passageiros de transporte aérea e a adequação dos instrumentos legais para garantir tais direitos.

Deste modo, a Comissão optou por tentar encontrar um equilíbrio entre uma política de controlo de aplicação mais rigorosa do Regulamento com incentivos económicos, estando proposto o seguinte:

- Definição mais rigorosa de "circunstâncias extraordinárias", de acordo com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso C-549/07 (Wallentin-Herman), a saber, circunstâncias que, pela sua natureza ou origem, não são inerentes ao exercício normal da atividade da transportadora aérea e se encontram fora do seu controlo;

- Aumento do número de horas a partir do qual é devida uma indemnização: de 3 para 5 horas em todos os voos dentro da UE. Para

voos com destino a países fora do território da união, o número de horas estará dependente da distância da viagem: (i) 5 horas para voos até 3 500 km ou menos; (ii) 9 horas para voos entre 3500 e 6000 km e (iii) 12 horas para voos com uma distância igual ou superior a 6000km. Curiosamente, os folhetos elaborados pela Comissão Europeia e que se encontram nos aeroportos nacionais já referem o atraso de 5 horas, pese embora tal alteração ainda não tenha sido aprovada, o que induz os passageiros em erro.

- Impõe à transportadora a obrigação de procurar outros voos para o passageiro caso não existe disponibilidade nos seus voos num período máximo de 12 horas;

- Impõe um limite de 2 horas, em todos os voos, para ser prestada a assistência.

- Confirma que os passageiros que perderam um voo de ligação por atraso de um voo anterior têm o direito, sob certas circunstâncias, uma indemnização. No entanto, tal direito apenas se aplicará quando todos os voos são parte de um único contrato de transporte;

- Estipula que os passageiros com voos reagendados com um pré-aviso inferior a duas semanas têm os mesmos direitos dos passageiros com voos em atraso;

- Define os direitos dos passageiros de voos cuja aeronave está parada na placa, nomeadamente, o direito de desembarcar após 5 horas;

- Estabelece o direito à informação logo que o voo esteja com perturbações;

- Clarifica o papel dos organismos nacionais, nomeadamente, na troca de informação entre os mesmos e a Comissão;

- Impõe às transportadoras aéreas que informem os passageiros, aquando das reservas, sobre os seus procedimentos para apresentação de reclamações, bem como a disponibilização de um formulário online

para serem feitas. As transportadoras terão um prazo máximo de 2 horas para responder às reclamações.

Tal revisão pretende ainda abranger o Regulamento 2027/07 (relativo à responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de acidente).

Pese embora as significativas melhorias quanto à obrigação de informação e facilidade de reclamação, não podemos deixar de notar que a Comissão retrocedeu ao elevar a duração dos atrasos para que os passageiros tenham direito a uma indemnização, especialmente nos voos dentro da União: de três horas de atraso passa-se agora para cinco horas de atraso (um atraso demasiado elevado para voos dentro do território da União, especialmente se tivermos em conta que tal abrange voos domésticos). A Comissão não conseguiu resistir à pressão das transportadoras aéreas e com esta alteração grande parte dos passageiros que atualmente têm direito à indemnização deixarão de o ter, até porque a larga maioria dos atrasos verificados é inferior a 5 horas.

A Comissão ficou ainda aquém na definição das "circunstâncias extraordinárias", pelo que, enquanto tal conceito não for definido no Regulamento, as transportadoras aéreas continuarão a preenche-lo com uma miríade de circunstâncias.

15. Notas finais

A norma revogatória encontra-se no artigo 18º, o qual dispõe que o Regulamento revoga o Regulamento (CEE) nº 295/29, de 4 de fevereiro de 1971. Este Regulamento previa indemnizações mais modestas que as atuais, sendo a máxima de 300 ecus, unidade de conta europeia que veio a ser substituída pelo Euro a 1 de janeiro de 1999. Um ECU correspondia a 200,48 Escudos, pelo que a indemnização máxima era de 60 144,60 Escudos, ou seja, pouco mais de 300,00€.

Por fim, o último artigo do Regulamento, o 19º, dispõe que o mesmo entrou a vigor a 17 de fevereiro de 2005.

Curiosamente, a Comissão inseriu, após o último artigo do Regulamento, uma declaração, na qual *recorda a sua intenção de promover compromissos voluntários ou de apresentar propostas no sentido de tornar as medidas comunitárias de proteção dos passageiros extensivas a outros modos de transporte que não os transportes aéreos, nomeadamente aos transportes ferroviários e aos transportes marítimos.*

Cumprindo este desígnio em 2007 foi publicado o Regulamento (CE) nº 1371/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos direitos e obrigações dos passageiros dos serviços ferroviários e em 2010 foi publicado o Regulamento (UE) nº1177/2010, de 24 de novembro, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos direitos dos passageiros do transporte marítimo e por vias navegáveis interiores.

Contudo, a União Europeia não ficou por aqui, tendo legislado mais além.

Este Regulamento, bem como os relativos ao transporte ferroviário e ao transporte marítimo, fazem parte de uma política mais alargada de transportes e de defesa de direito dos consumidores na união, da qual cumpre destacar os Regulamentos nº 2027/97, de 9 de Outubro (relativo à responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de acidente), nº 1008/2008, de 24 de setembro (relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade), nº 181/2011, de 16 de fevereiro (respeitante aos direitos dos passageiros no transporte de autocarro) e o nº 206/2004, de 27 de outubro (relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor)

Alerte-se que as regras de tais Regulamentos não são iguais às do Regulamento em análise, pois a situação das empresas que intervêm no setor de atividade dos diferentes meios de transporte não é comparável na medida em que, tendo em conta as respetivas modalidades de funcionamento, as condições da sua acessibilidade e a repartição das suas redes, estes diferentes meios de transporte não são, quanto às respetivas condições de utilização, intermutáveis (acórdão IATA e ELFAA).

Nessas circunstâncias, o legislador da União pôde instituir regras que preveem um nível de proteção do consumidor que diverge segundo o setor de transporte em causa.

Terminemos a viagem pelo Regulamento com uma pequena observação relativa à **competência** dos Tribunais nacionais para apreciarem os pedidos de indemnização efetuados ao abrigo do Regulamento.

É comum as companhias aéreas defenderem a incompetência dos Tribunais onde se encontra localizada a sua sede, uma vez que, estando perante uma obrigação pecuniária, o Tribunal competente será o do domicílio do credor, nos termos dos artigos 71º, nº1 e 774º do Código Civil, dispondo este último que *se a obrigação tiver por objeto certa quantia em dinheiro, deve a prestação ser efetuada no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento.*

Contudo, dispõe o artigo 71º, nº1 do Código de Processo Civil que *a ação destinada a exigir o cumprimento de obrigações, a indemnização pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso ou a resolução do contrato por falta de cumprimento é proposta no Tribunal do domicílio do réu, podendo o credor optar pelo tribunal do lugar em que a obrigação deva ser cumprida, quando o réu seja uma pessoa coletiva ou quando, situando-se o domicílio do credor na área metropolitana de Lisboa ou do Porto, o réu tenha domicílio na mesma área metropolitana.*

Assim, a regra geral de competência é a do domicílio do Réu, sendo que, no caso de este ser pessoa coletiva, o Autor pode optar, em detrimento do Tribunal domicílio do Réu, pelo Tribunal do lugar em que a obrigação deva ser cumprida (sendo certo que, *de acordo com o Tribunal de Justiça da União Europeia*, o lugar de cumprimento corresponde ao lugar do destino final do voo, conforme iremos expor já de seguida).

Deste modo, facilmente se conclui que o Tribunal da sede da transportadora aérea é territorialmente competente e que tal alegação é manifestamente infundamentada.

Recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia veio pronunciar-se sobre a **competência internacional** nas ações de indemnização intentadas contra a transportadora aérea operadora não domiciliada no território de um Estado

Membro ou com a qual os passageiros não têm nenhum vínculo contratual (Acórdão de 07/03/2018 nos processos apensos C-274/16, C-447/16 e C-448/16).

Julgou o Tribunal de Justiça da União Europeia que a ação de indemnização dos passageiros aéreos pelo atraso considerável de um voo com correspondência é matéria contratual para os efeitos do Regulamento nº 44/2001 (já que tal conceito não exige a celebração de um contrato, mas apenas a existência de uma obrigação jurídica livremente consentida por uma pessoa para com a outra), podendo os passageiros demandar, nos Tribunais do Estado Membro do destino final, a transportadora aérea que realizou noutro Estado membro apenas o primeiro segmento de um voo com correspondência.

Nas palavras do Tribunal de Justiça da União Europeia, os artigos 5°, ponto 1, alínea b), segundo travessão, de tal regulamento, e 7°, ponto 1, alínea b), segundo travessão, do Regulamento n° 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 (relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercia), *devem ser interpretados no sentido de que, no caso de um voo com correspondência, constitui o «lugar de cumprimento» desse voo, na aceção dessas disposições, o lugar de chegada do segundo voo, quando o transporte nos dois voos é efetuado por duas transportadoras aéreas diferentes e a ação de indemnização pelo atraso considerável desse voo com correspondência, ao abrigo do Regulamento n° 261/2004, se baseia num incidente que se verificou no primeiro dos referidos voos, efetuado pela transportadora aérea que não é o cocontratante dos passageiros em causa.*

Feito este breve percurso pelo Regulamento nº 261/2004, mantenhamo-nos atentos às decisões que vão sendo diariamente proferidas pelos nossos Tribunais, bem como pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual vai sempre trazendo novas luzes sobre a interpretação das diversas normas do regulamento.■

As competências do Juiz Presidente dos Tribunais de Comarca

NA ACTUAL ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA, ESPECIALMENTE AS DE GESTÃO PROCESSUAL

Luís Miguel Vaz da Fonseca Martins
Juiz de Direito

Sumário: 1. Introdução. **2.** Antecedentes. **2.1.** Panorama gestionário antes da Lei n.º 52/2008. **2.2.** O novo paradigma gestionário da Lei n.º 52/2008. **3.** Evolução do modelo gestionário com a introdução da Lei n.º 62/2013. **3.1.** Competências do presidente de comarca. **3.1.1.** Competências de gestão processual. **3.1.1.1.** Gestão por objectivos. **3.1.2.** Competências de representação e direcção. **3.1.3.** Competências funcionais. **3.1.4**. Competências administrativas. **3.2.** As competências do presidente, o exercício da função jurisdicional e o princípio da cooperação. **3.2.1.** Provimentos/ordens de serviço. **3.2.2.** Reafectação de juízes e de processos. **4.** Conclusão.

1.Introdução

Com a entrada em vigor, em 1 de Setembro de 2014, da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (Lei de Organização do Sistema de Justiça – LOSJ -, entretanto alterada pela Lei n.º 40-A/2016, de 22 de Dezembro), acompanhada da atinente regulamentação efectuada pelo Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de Março, precedida pela entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Aprovado pela Lei 41/2013, de 26/8), e com o Plano de Acção para a Justiça na Sociedade de Informação, concretizou-se e implementou-se o processo de reforma da organização judiciária portuguesa iniciado formalmente com a

publicação da Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

Tal processo reformista assenta em três pilares fundamentais:

- Alargamento da base territorial das circunscrições judiciais, que passa a coincidir, em regra, com as centralidades sociais;

- Instalação de jurisdições especializadas a nível nacional (reforço da especialização); e

- Implementação de um novo modelo gestionário das comarcas.[1]

Quanto ao primeiro suporte estrutural da reforma, dir-se-á que o mesmo é parcialmente acessório e funcional em relação aos demais, pois que o seu escopo foi também, e em função da escala estabelecida, o de perfectibilizar e incrementar o potencial performativo do modelo gestionário e do alcance da especialização.

Para tal desiderato foram criadas vinte e três comarcas, com um único tribunal judicial de primeira instância, tendo como base territorial os distritos administrativos e as regiões autónomas, que, com excepção de Lisboa e Porto[2], coincidem com tal divisão administrativa não pensada especificamente para a organização judiciária.

[1] Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de Março, sendo que tal já ressaltava do estudo elaborado pelo Ministério da Justiça em 15 de Junho de 2012, denominado "Linhas Estratégicas para a Reforma da Organização Judiciária", que surgiu na sequência do estudo elaborado também pelo Ministério da Justiça em Janeiro de 2012, designado "Ensaio para a Reforma da Organização Judiciária", que precedeu um outro documento, datado de Maio de 2012, com o título "Quadro de Referência para a Reforma da Organização Judiciária."

[2] Lisboa e Porto foram repartidas, respectivamente, em três (Lisboa, Lisboa Norte e Lisboa Oeste) e duas Comarcas (Porto e Porto Este), sendo ainda que Comarca de Lisboa apresenta uma territorialidade alargada, em face do modelo adoptado e, contrapostamente, Setúbal uma territorialidade diminuída, pois que os Juízos de Alcochete, Almada, Barreiro, Moita, Montijo e Seixal ficaram integrados na primeira, apesar de serem municípios pertencentes ao distrito de Setúbal.

No que tange à especialização, trata-se obviamente de uma especialização que designaremos de imperfeita, mas jamais foi a intenção do legislador implementá-la exaustivamente em todas as comarcas, daí que na novel organização judiciária tenhamos comarcas nas quais, em relação ao modelo anterior não houve praticamente qualquer acréscimo de jurisdições especializadas[3], se bem que houve um substancial aumento da especialização, como detalhada e comparativamente dá nota Vieira Cura[4], com os ganhos reconhecidamente advenientes da qualidade e celeridade resultante da especialização, mas com conatural perda de proximidade das populações e das empresas.

Aliás, pretendendo corrigir este ponto de tensão, veio o legislador recentemente através da Lei 40-A/2016, de 22 de Dezembro, que alterou a LOSJ e a Lei n.º 86/2016 de 27 de Dezembro, que alterou a regulamentação da LOSJ e o regime aplicável à organização e funcionamento dos tribunais judiciais, introduzir limitações no modelo de especialização, alargando a competência de vinte e cinco juízos locais a matéria que cabia conhecer a juízos especializados de família e menores, tendo em vista o mais fácil acesso da população a esta jurisdição, solução com a qual não concordamos, constituindo um entorse ao sistema vigente, pois que não se vislumbram vantagens apreciáveis nesta solução, sendo certo que a utilização de mecanismos como a teleconferência, como já vem sendo feito, e mesmo a deslocação do juiz, nos termos que o consente o art. 82º, nºs 1 e 2 da LOSJ (em algumas comarcas constituindo mesmo objectivos

[3] Cite-se a título de exemplo a Comarca de Bragança, que não foi dotada de qualquer juízo especializado, para além dos que já tinha (trabalho), a não ser os juízos locais cível e criminal sediados em Bragança, pois que não tinha e não tem juízos de comércio, família e menores, instrução criminal ou execução, acrescendo tão só a especialização cível e criminal (nestes casos a local e circunscrita ao município de Bragança), para além da laboral já existente. O juízo central cível e criminal não é obviamente de competência especializada, apesar de tal constar no mapa anexo ao Regulamento da Lei de Organização do Sistema Judiciário, tendo os juízes inclusivamente um acréscimo de competências se comparamos com a dos juízes de círculo no âmbito da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

[4] *In* "A Especialização dos Tribunais Judiciais (ou das Suas Secções) na Lei da Organização do Sistema Judiciário que a Regulamenta", Julgar, n.º 27, Setembro-Dezembro 2015.

processuais[5]), teria pelo menos quase os mesmos proveitos que a alteração legislativa introduzida.

Acresce que esta alteração levou igualmente a que em alguns casos, sem mexer e concatenar o quadro de magistrados e funcionários, tenha havido um desequilíbrio na carga processual, designadamente um excesso de serviço nas instâncias locais, absolutamente pernicioso, também, para a celeridade, eficiência e qualidade da justiça.

No que concerne ao novo modelo de gestão, elegeram-se como vectores fundamentais, embora dogmaticamente com diferentes enquadramentos e pontos de intersecção, a gestão processual de proximidade e a gestão por objectivos, tendo em vista introduzir uma maior agilização na distribuição e tramitação processual, uma facilitação na afectação e mobilidade dos recursos humanos e uma autonomia das estruturas de gestão dos tribunais, que lhes permita, designadamente, a adopção de práticas gestionárias por objectivos.[6]

É nesta linha de orientação que surgem com competências próprias a figura do juiz presidente, bem como o magistrado do Ministério Público coordenador e do administrador judiciário, assim como o conselho de gestão que é o órgão compósito constituído por aqueles sujeitos, com fontes de legitimação distintas.

Trata-se de uma estrutura de gestão tripartida, que pese embora se centre na figura do juiz presidente merece e mereceu críticas por se orientar, ao contrário da Lei 52/2008, em que, diz-se, quem decidia era o juiz presidente, "(...) em três canais paralelos, cada qual com um superior hierárquico a quem se presta contas; o Juiz-Presidente não gere senão processualmente os juízes podendo funcionar até como inspector *ad hoc* e reportando ao C. S. M.; o P. G. A. coordenador gere processualmente os magistrados do M.º P.º e reportando ao C. S. M.º P.º; o administrador, com competências próprias gere o seu espaço

[5] Azeredo Coelho, Ana, e Moura, Maria Inês, "Um Percurso com Objectivo - Os Objectivos Processuais em Ano de Transição", Julgar n.º 27, Setembro-Dezembro 2015, págs. 126.

[6] Cfr. o já citado documento "Linhas Estratégicas para a Reforma da Organização Judiciária."

que pode contender em concreto com o dos magistrados, e reportando ao Ministério da Justiça."[7]

O certo é que, e nisso todos estavam de acordo, era necessário fazer algo mais do que uma reforma meramente conjuntural ou de acriticamente reforçar os meios e dotar os tribunais de um juiz presidente que não se reconduzisse a uma figura meramente simbólica, como sucedia no âmbito da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, em que o lugar de juiz presidente era ocupado de "forma cega", através de um sistema de rotatividade e as funções de gestão processual ("court management") se mostravam na prática totalmente arredias da órbita das suas competências.[8]

É neste pendor reformista que se insere o Relatório da Comissão para a Eficiência Operacional da Justiça, constatando serem os problemas na área da gestão e na área da organização judiciária os principais constrangimentos à eficiência dos tribunais portugueses.[9]

---

[7] Noronha Nascimento, Luís António, "O Novo Modelo de Gestão na Proposta de Lei dos Tribunais", *in* Julgar n.º 20, Maio-Agosto 2013, págs.13.

[8] "Artigo 74.º

Presidência do tribunal para efeitos administrativos

1 - Para efeitos administrativos, a presidência do tribunal é atribuída ao respectivo juiz de direito.

2 - Nos tribunais em que haja mais de um juiz de direito, a presidência para efeitos administrativos compete, por períodos bianuais, a cada juiz titular, começando pelo da 1.ª vara ou juízo ou, sendo vários, pelo da 1.ª secção, seguindo-se escalonadamente a ordem dos demais.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, sempre que estiverem instalados no mesmo edifício diversos tribunais, a presidência, para efeitos de administração geral, cabe ao mais antigo dos respectivos presidentes."

"Artigo 75.º

Competência administrativa do presidente do tribunal

1 - Compete ao presidente, em matéria administrativa:

a) Orientar superiormente os serviços das secretarias judiciais;

b) Dar posse ao secretário judicial;

c) Exercer a acção disciplinar sobre os funcionários de justiça relativamente às penas de gravidade inferior à de multa;

d) Elaborar anualmente um relatório sobre o estado dos serviços;

e) Exercer as demais funções conferidas por lei."

[9] Relatório da Comissão para a Eficiência Operacional da Justiça – "Eficiência e Produtividade do Sistema Judicial: Um Desafio que temos de Vencer", Centro Atlântico, 2011.

2. Antecedentes

2.1. Panorama gestionário antes da Lei n.º 52/2008

No que concerne à actividade gestionária existente previamente à Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, para além do que perfunctoriamente já se deixou dito, a actividade nos tribunais portugueses, neste conspecto, cingia-se à gestão processual entregue ao juiz titular do processo, que exercia esta competência nos limites das leis adjectivas aplicáveis, mas desconsiderando quase em absoluto a organização onde o processo se inseria.

Na sugestiva expressão anglo-saxónica, os tribunais orientavam-se pelo "case management", sendo o conceito de "court management" obnubilado pela nossa não organizada organização judiciária.

A gestão dos tribunais era assegurada centralmente pelo Ministério da Justiça, a quem competia a gestão do orçamento, dos funcionários de justiça, dos edifícios e demais equipamentos e pelos Conselhos Superiores, cuja actividade estava centrada na gestão dos recursos humanos.

No caso Conselho Superior da Magistratura, que foi o Conselho que, apesar de tudo, mais aprofundou a actividade gestionária, para além da nomeação, avaliação, transferência, promoção e disciplina dos juízes, tal actividade consistia basicamente na:

- Colocação anual do contingente de juízes auxiliares, em função das necessidades previsíveis para o respectivo ano;

- Gestão dos quadros complementares de juízes correspondentes às áreas das relações do Porto/Guimarães, Coimbra, Évora e Lisboa, comummente designadas por "bolsas de juízes";

- Afectação temporária de juízes a tribunais ou juízos diversos daquele onde estavam colocados, em regime de acumulação de serviço ou substituição, com autorização dos próprios e mediante o pagamento de uma remuneração;

- Fixação de prioridades no processamento de causas que se encontrassem pendentes nos tribunais por período considerado excessivo, sem prejuízo dos restantes processos de carácter urgente;

- Alteração da distribuição de processos nos juízos com mais de uma secção, a fim de assegurar a igualação e operacionalidade dos serviços.

As duas primeiras medidas inseriam-se na gestão ordinária dos recursos humanos, orientando-se a primeira para situações como substituição de juízes em ausência prolongada (*v.g.* comissões de serviço), que abrangiam a totalidade do ano judicial, reforço de quadros para tribunais subdimensionados e a segunda preferencialmente para situações transitórias, que não duravam um ano completo e aqueloutras que surgiam "de supresa" no decurso do ano judicial, basicamente derivadas de ausências de juízes (*v.g.*, doença, licenças, comissões de serviço, sanções disciplinares ou medidas cautelares suspensivas) e a que havia que rapidamente atalhar.

O mesmo sucedia com a terceira, pese embora a sua natureza extraordinária, pois há muito que se havia vulgarizado como instrumento normal de gestão para, aproveitando a maior disponibilidade ou a maior capacidade de trabalho dos juízes de alguns tribunais, colmatar as dificuldades registadas noutros, sobretudo, mas não só, ao nível de recuperação e eliminação de pendências acumuladas.

Antes da criação dos quadros complementares revelava-se mesmo como a única medida susceptível de substituir juízes nas suas ausências, ou a situações de excessiva acumulação de serviço, quer esta fosse devida a razões conjunturais (aqui se incluindo a pendência de acções de especial complexidade e produtividade deficitária dos próprios juízes) ou estruturais (como o subdimensionamento dos quadros de determinado tribunal).

Já as duas últimas medidas respeitavam ao domínio da gestão dos fluxos processuais, mas a verdade é que vinham sendo usadas de forma timorata, em especial a última[10].

2.2. O novo paradigma gestionário da Lei n.º 52/2008

A Lei n.º 52/2008 inicia formalmente o processo de ruptura com o anterior sistema de organização judiciária e que viria a culminar no actual modelo de gestão e organização judiciária.

A necessidade da reforma de 2008 era consensual quanto ao seu escopo e necessidade, pois os poderes judicial e político convergiam, no sentido de que algo tinha de ser feito, sobretudo tendo em vista um aumento da produtividade, eficácia e diminuição dos tempos de resposta dos tribunais.[11]

O novo regime aplicável à organização e funcionamento dos tribunais judiciais restringiu-se a três comarcas piloto – Alentejo Litoral, Baixo Vouga e Grande Lisboa Noroeste -, tendo posteriormente em vista o progressivo alargamento ao resto do país (estavam previstas 39 comarcas), sendo que inclusivamente esteve muito próximo de se estender às comarcas de Lisboa e

[10] No sentido do exposto, Oliveira, Artur Dionísio, "A Organização Judiciária, o Modelo de Gestão e o Juiz Presidente", Centro de Estudos Judiciários, 2 de Maio de 2017, intervenção proferida em conferência no âmbito do Curso de Formação Específico para o exercício das funções de Presidente do Tribunal e de Magistrado do Ministério Público Coordenador

[11] "Há muito que os juízes individualmente ou através da sua associação vêm insistindo em mudanças ajustadas no mapa e na organização dos tribunais. Trata-se, essencialmente, de conseguir, de forma sustentada, ajustamentos da oferta da estrutura judiciária às variações da respectiva demanda, redimensionamento dos tribunais, alargamento da rede de tribunais especializados, modelos actualizados de administração e gestão, introdução de novas ferramentas processuais, tecnológicas e de gestão. Trata-se, ainda, de possibilitar os caminhos de inovação com a introdução de uma nova cultura organizacional nos tribunais, com definitiva clarificação das lideranças no respeito pela independência dos tribunais e pelo princípio da separação de poderes, em ordem a assegurar coisas básicas como a adequada produtividade, tempestividade, eficácia dos resultados produzidos, ambientes serenos e civilizados para utentes, etc." Parecer de Novembro de 2007 da Associação Sindical dos Juízes Portugueses relativo ao Anteprojecto de Decreto-Lei atinente ao Regime de organização e funcionamento dos Tribunais Judiciais, págs. 2.

Cova da Beira, através Decreto-lei n.º 74/2011, de 20 de Junho, que as criou, mas que jamais entrou em vigor, pois que com a demissão do governo em 2011 e com a entrada em funções novo governo nesse mesmo ano foi descontinuado aquele projecto de diploma, que foi revogado pelo Decreto-Lei nº. 113-A/2011, de 19 de novembro.[12]

A reforma de 2008 foi inovatória desde logo quanto ao paradigma procedimental, o que é inclusivamente reconhecido pelo pré-falado diploma revogatório, ainda que de uma forma anagramática e que se resume a duas palavras: experimentação e avaliação.[13]

Apesar de posteriormente ao período experimental, o processo de reforma ter estado à deriva, numa solução de impasse, sem o devido empenhamento dos principais actores do sistema judiciário (magistrados, funcionários e advogados), tendo coexistido, se bem que desde o seu início, dois regimes na organização judiciária portuguesa com alguma situações de bizarria e geradoras perplexidade, de que dá impressivamente nota Tiago Calado Milheiro[14], a verdade é que a experiência adquirida e avaliação do que correu bem e menos bem, essencialmente através duma monitorização extremamente próxima levada a cabo sobretudo pelo Conselho Superior da Magistratura (por intermédio do grupo de trabalho permanente de acompanhamento da reforma dos tribunais

[12] Referia-se no preâmbulo de tal diploma justificativamente que, pese embora a especialização da oferta judiciária e o novo conceito de gestão se apresentarem como elementos positivos do modelo de organização judiciária de 2008, uma vez que a nova organização judiciária ainda não havia ultrapassado a fase piloto, haveria elementos que aconselhavam a que se reequacionasse globalmente a malha judiciária, no sentido de se criar uma estrutura de tribunais mais simplificada, sem complexidades e assente em territorialidades sedimentadas e entendíveis pela generalidade da população. Mais se avançava que esse facto, aliado à vantagem de se avaliar o mapa judiciário de forma articulada com as linhas mestras da revisão do processo civil, em curso, garantiam que as duas reformas constituiriam um todo harmonioso, justificando que se tomem medidas no sentido de suster a instalação das comarcas de Lisboa e da Cova da Beira, até que se encontre definido e consensualizado o novo paradigma de organização judiciária.

[13] Cfr. desenvolvidamente sobre o tema, Gomes, Conceição, "Deve Reformar-se a Reforma do Mapa Judiciário?", *in* Julgar n.º 27, Setembro-Dezembro 2013, págs.79.

[14] "Lei n.º 52/2008: uma lei, duas velocidades. Algumas considerações sobre a problemática da aplicação segmentada de uma lei e suas alterações", *in* Boletim Informação e Debate, n.º 3, Março de 2010, págs. 207.

judiciais, do grupo de trabalho de acompanhamento das comarcas experimentais e do Conselho de Presidentes de Comarca), contribuiu para lançar bases da actual organização judiciária e proceder a uma implementação sustentada na experiência do novo modelo de gestão dos tribunais.

Na Lei 52/2008 o presidente passa a assumir um papel fulcral no novo protótipo gestionário, estabelecendo-se em tal diploma a existência de um presidente coadjuvado por um administrador judiciário (cfr. arts. 85.º e 94.º), tendo um vasto leque de competências de representação e direcção, de gestão processual, administrativas e funcionais (cfr. art. 88.º).

Trata-se, porém, de um sistema de gestão bicéfalo mitigado, pois o administrador apesar de actuar sob a orientação e direcção do presidente do tribunal (art. 95º, nº1) tem competências próprias, designadamente no concernente à gestão de espaços e equipamentos do tribunal e às acessibilidades físicas aos serviços, sem que esteja prevista a possibilidade de avocação pelo presidente, limitando-se a ter que ouvir sem qualquer vinculatividade o presidente ou magistrado do Ministério Público coordenador (cfr. art. 98º), acrescendo que dispõe ainda das competências delegadas pelo Director-Geral da Administração da Justiça, pelo presidente do Instituto de Gestão Financeira e Infra-Estruturas da Justiça e as demais previstas pela Lei n.º 52/2008.

As competências assim estabelecidas enfermam de alguma contradição com o papel de charneira de que aparentemente se quis investir o juiz presidente, atribuindo-se ao administrador judiciário competências funcionais insindicáveis, em que ao presidente assiste meramente o direito de audição, e competências delegadas por instituições alheias à comarca, que se reconduzem à sua intervenção na própria gestão da comarca, que se afastam do controlo do juiz presidente.

Pese embora estas aparentes antinomias normativas, que basicamente ainda hoje perduram (cfr. arts. 104º, n.º 2, 106.º, n.ºs 2 e 3 da LOSJ), as mesmas não levaram a que tenham existido dificuldade práticas da compreensão das

competências de direcção do juiz presidente e das funções de coadjuvação do administrador judiciário.

A tal ocorrência não terá sido alheio o modo da sua nomeação, que incumbe ao presidente do tribunal, que pode cessar as suas funções em qualquer altura (cfr. arts. 97.º e 104.º[15]), salvaguardando-se assim garantias de confiança e lealdade.

Por outro lado, a par desta figura de juiz presidente, recrudesceram os poderes gestionários do próprio Conselho Superior a Magistratura, deste logo porque a escolha desta nova figura lhe cabe, podendo cessar as suas funções em qualquer altura mediante deliberação fundamentada (cfr. art. 86.º).

Por outra via, o Conselho Superior da Magistratura pode efectuar delegação de competências ao próprio presidente e naturalmente avocá-las sempre que entenda oportuno (cfr. art. 88.º, n.º 7).

Ao Conselho Superior da Magistratura incumbe ainda a apreciação dos recursos interpostos dos actos do presidente nas matérias de gestão processual e das competências funcionais (cfr. art. 93.º).

Tal significa que quer pela via da nomeação, da delegação de poderes e competências, e apreciação dos recurso dos actos, o Conselho Superior da Magistratura formará uma hierarquia de controlo na actividade de organização dos tribunais, o que como vimos, constitui uma inovação na organização judiciária, pois anteriormente o Conselho Superior da Magistratura apenas de uma forma indirecta e informalmente detinha poder de gestão dos tribunais, através dos seus inspectores e dos vogais juízes de direito.

Agora esse controlo passa a ser directo e formalizado e passa a reger-se por estratégias de âmbito geral que exigem concertação, pois passam a existir

[15] Hoje previstas no art. 95.º, nº3 da LOSJ e 22º, n.º1 do Regulamento da LOSJ.

objectivos e acções de monitorização (cfr. arts. 88.º, nº 4, al. a) e n.º6, al. a) e 88.º, n.º 2, al. g) e n.º 4, al. c))[16]

Trata-se tudo de soluções normativas, com excepção da elaboração do orçamento, que com maior ou menor incisividade, igualmente podemos observar actualmente na LOSJ (cfr. arts. 92º, 94.º, n.º 9, 98.º, 94.º. n.º 4, al a), 94.º, nº 2, al. g) e 94.º, n.º 4, al c)).

3. Evolução do modelo gestionário com a introdução da Lei n.º 62/2013

3.1. Competências do presidente de comarca

Como acima deixámos dito, no modelo de gestão implementado pela Lei n.º 62/2013 elegeram-se como valores principais a gestão processual de proximidade e a gestão por objectivos, tendo por finalidade potenciar uma maior agilização na distribuição e tramitação processual, uma facilitação na afectação e mobilidade dos recursos humanos e uma autonomia das estruturas de gestão dos tribunais, que lhes permita, nomeadamente, a implementação de práticas gestionárias por objectivos.

E é neste novo modelo de gestão tripartida que se destaca a proeminente figura do presidente, que é, e bem, um juiz.

> "Na verdade, no funcionamento interno do tribunal, o juiz desempenha uma posição chave para articular duas dimensões de administração que têm de conviver entre si: a da administração da justiça e a da administração da organização que a suporta. A organização do tribunal deve estar estruturada de forma a evitar a influência indevida não só direta mas também indireta por parte das autoridades públicas estranhas ao poder judicial, ou de qualquer outro interesse exterior, no exercício das funções jurisdicionais e é um juiz

[16] No sentido exposto, Azevedo Mendes, Luís, *in* "Uma Linha de Vida: Organização Judiciária e Gestão Processual nos Tribunais Judiciais", Julgar nº 10, Janeiro-Abril, 2010, págs. 115.

> presidente quem melhor garante essa "blindagem". Por outro lado, para o exterior, é o juiz o "rosto" do tribunal e, no desenho constitucional, é ele um titular desse concreto órgão de soberania. Finalmente, é o juiz, também por tudo isso, o que melhor pode ser responsabilizado pelo bom ou mau funcionamento do seu serviço.
>
> (...) E porque se trata de um juiz, é quem melhor pode compreender que os presidentes dos tribunais não devem exercer as suas funções administrativas de forma a comprometer a independência de outros juízes ou a influenciá-los indevidamente no exercício das suas funções jurisdicionais."[17]

Está, pois, o presidente dotado de uma panóplia de competências e funções previstas no art. 94.º da LOSJ que procuraremos a seguir esmiuçar, começando pelas mais marcantes e que mais aprofundaremos na análise, que são naturalmente as de gestão processual.[18]

3.1.1. Competências de gestão processual

As funções do presidente de comarca em matéria de gestão processual, enquanto actividade dirigida à tramitação mais célere, simples e racional dos processos, abrange a gestão do conjunto de processos afectos a cada juiz e, mais genericamente, dos pendentes em cada tribunal ou comarca[19], existindo ainda a gestão do processo singularmente considerado, mas que incumbe ao juiz a que

[17] Igreja Matos, José; Mouraz Lopes, José, Azevedo Mendes, Luís; e Coelho, Nuno, *in* Manual de Gestão Judicial, págs. 187 e 188.

[18] Fora do catálogo do art. 94.º, existem outras competências relevantes se mostram conferidas ao juiz presidente, nomeadamente: designar o juiz que preside à distribuição (art. 89.º); nomear o administrador judiciário (art. 104.º, n.º 3); presidir ao conselho de gestão (art. 108.º, n.º 1); presidir ao conselho consultivo (art. 109.º, n.º 2, a)); e a possibilidade de propor ao Conselho Superior da Magistratura a nomeação de um magistrado judicial coordenador (art. 95.º, n.º 1).

[19] Morgado, Mário Belo, intervenção no Centro de Estudos Judiciários, a 6 de Junho de 2014, no âmbito da acção de formação "O Juiz Presidente e a Gestão Processual", publicado no atinente Caderno do Centro de Estudos Judiciários, págs.17.

está atribuído, não podendo o presidente invadir o espaço irredutível do julgador e isto quer no domínio processual estrito, de condução do processo para o proferimento da decisão jurisdicional, como na maturação e prolação desta mesma decisão.[20]

3.1.1.1. Gestão por objectivos

As competências macro de gestão processual do presidente do tribunal mostram-se descritas no art. 94.º, nº 4 da LOSJ, salvaguardando-se, no proémio de tal incisivo normativo, que as mesmas são exercidas com observância do disposto nos artigos 90.º e 91.º, ou seja e em primeira linha em consentaneidade com os objectivos estratégicos fixados para o triénio subsequente pelo Conselho Superior da Magistratura e o Procurador-Geral da República em articulação com o membro do governo responsável pela área da justiça (cfr. art. 90.º, n.º 1).

O cumprimento dos objectivos é monitorizado anualmente pelas entidades referidas, realizando reuniões trimestrais para acompanhamento dos resultados apurados em face dos objectivos assumidos (cfr. art. 90.º, n.º 2), sendo que deverão ser articulados até 15 de Julho para o ano judicial subsequente para o conjunto dos tribunais judiciais de primeira instância, ponderando os meios afectos, a adequação entre os valores de referência processual estabelecidos e os resultados registados em face dos objectivos assumidos para os tribunais judiciais de primeira instância (cfr. art. 90.º, n.º 3).

Com a consideração dos resultados obtidos no ano transacto e dos objectivos estratégicos formulados para o ano seguinte, o presidente do tribunal e o magistrado do Ministério Público coordenador, ouvido o administrador judiciário, articulam propostas para os objectivos processuais da comarca, para os tribunais de competência alargada para o ano subsequente (cfr. art. 91.º, n.º 1), submetidas até 15 de Outubro de cada ano à homologação do Conselho

[20] Cfr. Coelho, Nuno, "Gestão dos Tribunais e Gestão Processual", Centro de Estudos Judiciários, 2015, págs. 15 e em termos de direito positivo o art. 91.º, n.º 4 da LOSJ.

Superior da Magistratura e do Procurador-Geral da República (cfr. art. 91.º, n.º 2).

Os objectivos processuais devem reportar-se, nomeadamente, ao número de processos findos e ao tempo da sua duração, tendo em consideração a natureza do processo, ou o valor da causa, ponderados os recursos humanos, os meios afectos ao funcionamento da comarca, tendo por base, designadamente, os valores de referência processual estabelecidos (cfr. art. 91.º, n.º 3).

Deflui assim dos aludidos normativos, em conjugação com o adiante referido, que no âmbito da gestão por objectivos, e circunscrito aos termos da gestão processual do presidente da comarca, temos que a este cabe:

- A implementação de métodos de trabalho e objectivos mensuráveis para cada unidade orgânica, sem prejuízo das competências prosseguidas pelo Conselho Superior da Magistratura, designadamente na fixação dos indicadores do volume processual adequado;

- O acompanhamento e avaliação da actividade do tribunal, em particular a qualidade do serviço de justiça prestado aos cidadãos, tomando nomeadamente por referência as reclamações ou as respostas aos questionários de satisfação;

- O acompanhamento do movimento processual do tribunal, identificando, designadamente, os processos que estão pendentes por tempo considerado excessivo ou que não são resolvidos em prazo julgado razoável, informando o Conselho Superior da Magistratura e promovendo as medidas que se justifiquem;

- A promoção da aplicação de medidas de simplificação e agilização processuais, com a colaboração dos demais juízes, sem prejuízo do disposto em legislação específica quanto à adopção de mecanismos de agilização processual pelo presidente do tribunal ou pelo juiz;

- A proposta ao Conselho Superior da Magistratura da criação ou extinção de outros graus de especialização nas unidades de processos, designadamente para as pequenas causas;

- A proposta ao Conselho Superior da Magistratura da reafectação de juízes, respeitado o princípio da especialização dos magistrados, a outro tribunal ou juízo da mesma comarca ou a afectação de processos, para tramitação e decisão, a outro juiz que não o seu titular, tendo em vista o equilíbrio da carga processual e a eficiência dos serviços;

- A proposta ao Conselho Superior da Magistratura do exercício de funções de juízes em mais do que um tribunal ou juízo da mesma comarca, respeitando o princípio da especialização dos magistrados, ponderadas as necessidades do serviço e o volume processual existente;

- A solicitação do suprimento de necessidades de resposta adicional, nomeadamente através do recurso aos quadros complementares de juízes (cfr. art. 94.º, n.º 4).

Do exposto ressalta que a actividade do presidente da comarca não se pode restringir à fixação de objectivos processuais meramente em função dos resultados obtidos e dos objectivos estratégicos, antes tendo que adoptar uma postura activa, ou melhor, proactiva, procedendo à análise da informação existente, designadamente de matriz estatística, e à elaboração de diagnóstico e previsões em face da informação disponível e activamente alcançada, mais lhe cabendo apurar das fragilidades existentes que influenciam negativamente o desempenho do tribunal e, em face de tal aferição, tomar medidas e formular propostas tendentes a debelar os problemas já existentes, ou a, profilacticamente, obviar à sua eclosão.

Também se conclui que o modelo gestionário estabelecido não aponta apenas para produtividade e eficácia do tribunal, orientando-se do mesmo modo pela utilização eficiente dos seus recursos, assim como por dinâmicas da qualidade do serviço de justiça prestado pelos tribunais, onde se inclui a informação, transparência e o nível de satisfação dos utentes.

Resulta assim que ao presidente da comarca incumbe basilarmente, monitorizar e avaliar o desempenho do tribunal e, alicerçado no que emerge dessa monitorização e avaliação, proceder a um planeamento direccionado para a

eficácia, a eficiência e a qualidade, tendo em conta os objectivos estratégicos definidos pelos órgãos de gestão central.

De acordo com o já aludido art. 91.º da LOSJ: os objectivos processuais da comarca devem reportar-se, designadamente, ao número de processos findos e ao tempo de duração dos processos, tendo em conta, entre outros factores, a natureza do processo ou o valor da causa, ponderados os recursos humanos e os meios afectos ao funcionamento da comarca, por referência aos valores de referência processual estabelecidos; o acompanhamento do movimento processual do tribunal deve passar pela identificação dos processos que estão pendentes por tempo considerado excessivo ou que não são resolvidos em prazo razoável; o acompanhamento e a avaliação da qualidade do serviço de justiça prestado aos cidadãos deve ter por referência as reclamações ou as respostas aos questionários de satisfação.

Embora a LOSJ não seja muito clarificadora e sendo inclusivamente parca quanto aos indicadores que devem ser considerados para efeito da fixação dos objectivos processuais, como supra deixámos evidenciado, julga-se que serão de acolher os seguintes indicadores quantitativos de desempenho:

- A produtividade global do tribunal em função dos quadros humanos disponíveis (número total de processo findos/número total de juízes; número total de processo findos/número total de funcionários);

- A eficiência, que visa aferir a capacidade de resposta dos tribunais, medida pelo número de processos acabados, face às solicitações, medida pela soma dos processos que transitaram do período e dos processos entrados em juízo;

- A ratio de resolução ("clearence rate"), que correspondente ao número total de processos findos/número de processos entrados em determinado período, normalmente anual, multiplicado por 100; sendo igual a 100%, o volume de processos entrados foi igual ao dos findos, donde a variação de pendência é nula; sendo superior a 100%, ocorreu uma recuperação de pendência, que assim diminuiu. Quanto maior for este indicador maior será a

recuperação de pendências efectuada nesse ano. Se inferior a 100%, o volume de entrada foi superior ao dos concluídos, incrementando-se pendência;

- O "case turnover ratio", que corresponde ao número de processos findos/número de processo pendentes no final de um determinado lapso temporal;

- A produtividade por espécie ou tipo processual (número de processos findos de determinada espécie/número de juízes que tramitam essa espécie; número de processo findos de determinada espécie/ número de funcionários que tramitam essa espécie);

- O quociente dos tempos médios de duração dos processos por espécie processual, podendo ainda dividir-se a análise a partir das diferentes fases processuais e não apenas em função da tempestividade da decisão final;

- O "disposition time": (365/"case turnover ratio", expressando em dias o resultado do "case turnover ratio");

- O quociente de controlo de contas, com ênfase na dimensão relativa às custas processuais (número total de contas concluídas/número total de processos findos);

- O quociente de realização de diligências, perspectivando os adiamentos e as situações de ineficiência daí decorrentes (número total de sessões de julgamento realizadas/número total de sessões marcadas)[21].

Em face de todo o exposto, mister se torna utilizar métodos múltiplos e adequados de avaliação de desempenho por forma a lograr obter o conhecimento para gizar o planeamento tendente a alcançar a qualidade dos serviços de justiça, que ultrapassa a mera eficácia e mesmo a eficiência.

" (...) a eficácia que se busca em sede da Justiça ou de qualquer outra área não é a da mera contabilização de resultados quantitativos mas antes a da

[21] Cfr. Igreja Matos e outros, ob. op. cit., págs. 112 e 113, bem como as também já citadas Linhas Estratégicas para a Reforma da Organização Judiciária.

verificação das realizações, relacionadas a um tempo com a finalidade do campo (autónomo) e com a utilização mínima dos recursos.

Em consequência, os instrumentos de gestão que potenciam uma adequada supremacia da missão na definição da estratégia, seleccionando as perspectivas a considerar, a hierarquia entre elas e a fixação de objectivos e indicadores de medida, determinando o planeamento e possibilitando a avaliação global do desempenho, devem ser preferidos, já que permitem a satisfazer as reivindicações de especificidade e de introdução de indicadores de qualidade, incorporando a questão fundamental e constitucional das funções dos tribunais na sociedade."[22]

3.1.2. Competências de representação e direcção

De acordo com o art. 94.º, nº 2 da LOSJ, o presidente do tribunal possui competências de representação e direcção, para além destas propriamente ditas, que são de acompanhamento da realização dos objectivos fixados para os serviços judiciais do tribunal, de promoção da realização de reuniões de planeamento e de avaliação dos resultados dos serviços judiciais da comarca, de adopção ou proposta às entidades competentes de medidas, nomeadamente, de desburocratização, simplificação de procedimentos, utilização de tecnologias de informação e transparência do sistema de justiça[23], de pronúncia sempre que seja ponderada a realização de sindicâncias à comarca pelo Conselho Superior da Magistratura, de pronúncia sempre que seja ponderada pelo Conselho dos Oficiais de Justiça a realização de sindicâncias relativamente aos serviços judiciais e à secretaria e de elaboração de um relatório semestral sobre o estado dos serviços e a qualidade da resposta, submetendo-o à aprovação do conselho de gestão.

---

[22] Coelho, Ana Azeredo, "Os Objectivos da Justiça. A Justiça como Objectivo", Julgar, n.º 20, Maio-Agosto 2013, págs. 59 e 60.

[23] Nesta al .d) do art. 94º as medidas em causa podem enquadrar-se não apenas no contexto do poder de direcção, mas também e obviamente no âmbito da gestão processual, pois que as medidas tomadas ou propostas podem ser precisamente de índole de gestão processual.

A representação do tribunal aponta para o relacionamento exterior que o presidente deve manter com as demais organizações judiciárias ou da justiça, funcionado como seu interlocutor. Mas não só perante estes organismos ou instituições, bastando pensar no relacionamento que o presidente deve manter com os municípios, sendo que representará o tribunal em cerimónias de cariz local, não se devendo inibir de o fazer, antes pelo contrário, pois tal deverá servir para ligar o tribunal à comunidade onde se insere, ao mesmo tempo que se dá um sinal de abertura para o exterior. O inverso também é verdadeiro, devendo o presidente funcionar como o anfitrião do tribunal, recebendo representantes de outros organismos e instituições quer em visitas de trabalho, de mera cortesia ou porque simplesmente se quer saber como funciona o tribunal ou como tem funcionado o tribunal.[24]

Quanto à direcção do tribunal, trata-se aqui, genericamente de prover à coordenação do funcionamento dos órgãos e pessoas que compõem o tribunal e com os órgãos do sistema de justiça com que lidam.

3.1.3. Competências funcionais

Quanto às competências funcionais e de acordo com o plasmado no art. 94º, nº 3 da LOSJ, incluem-se as de dar posse aos juízes e ao administrador judiciário, elaborar os mapas de turnos e de férias dos juízes e submetê-los à aprovação do Conselho Superior da Magistratura, exercer a acção disciplinar sobre os oficiais de justiça, relativamente a pena de gravidade inferior à de multa e, nos restantes casos, ordenar a instauração de processo disciplinar, com excepção daqueles a que se reporta a al. k) do n.º 1 do art. 101º (nestes casos esta competência cabe ao magistrado do Ministério Público coordenador), nomear juiz substituto em caso de impedimento do titular ou do substituto designado, de acordo com as orientações genéricas do Conselho Superior da Magistratura, assegurar a frequência equilibrada de acções de formação pelos

[24] Pense-se por exemplo nas muito frequentes e interactivas visitas escolares e de delegações integradas no Ministério da Justiça.

juízes da comarca, com respeito pelas necessidades de serviço e em articulação com o Conselho Superior da Magistratura e participar no processo de avaliação dos oficiais de justiça, nos termos da legislação específica aplicável, com excepção daqueles se encontram em funções nos serviços do Ministério Público.

3.1.4. Competências administrativas

No âmbito das suas competências administrativas, com assento no art. 94.º, nº 8 da LOSJ, faz parte das atribuições do presidente elaborar planos anuais e plurianuais de actividades e relatórios de actividades, elaborar regulamentos internos dos serviços judiciais da comarca, ouvido o magistrado do Ministério Público coordenador e o administrador judiciário, participar na concepção e execução das medidas de organização e modernização dos tribunais e planear, no âmbito da magistratura judicial, as necessidades de recursos humanos.

3.2. As competências do presidente, o exercício da função jurisdicional e o princípio da cooperação

O exercício das funções dirigentes atribuídas ao presidente do tribunal, ao magistrado do Ministério Público coordenador, aos magistrados judiciais coordenadores, aos procuradores da república com funções de coordenação sectorial, ao administrador judiciário e restantes membros do conselho consultivo e aos serviços competentes do Ministério da Justiça, rege-se pelo princípio da cooperação, conforme o determina o art. 24º do Decreto-Lei n.º 49/2014, que regulamenta a LOSJ.

Trata-se de uma inserção sistemática incompreensível, pois um princípio basilar como o em referência deveria estar naturalmente na LOSJ e, por outro lado, ainda que assim não se entendesse, é insólito que tal princípio se insira na "Subsecção 3" que regulamenta a cooperação e ... as despesas de representação.

Dir-se-á a respeito deste princípio estruturante e que molda a forma de exercício das competências do presidente, que pese embora as competências próprias e as funções de liderança, deve numa governação partilhada articular o processo decisório procurando conformar os interesses em jogo sem pôr em causa o escopo das funções que lhe são conferidas.

Cooperar significa partilhar conhecimento e informação tendo em vista um processo de decisão. Saliente-se, porém, que no exercício de funções gestionárias sujeitas ao princípio da cooperação não estamos no âmbito de funções jurisdicionais, valendo aí "outro" princípio da cooperação com assento no art. 7º do Código de Processo Civil, sendo, contudo, imperativo no processo decisional e vinculativo dos seus destinatários.[25]

Ora, sendo assim como é, também em relação aos juízes da comarca poderia/deveria estar previsto um princípio de cooperação imbuído de matriz biunívoca em relação ao juiz presidente, em matérias de cariz gestionário, logo afastada toda e qualquer densidade jurisdicional, interpretada no sentido amplo, de forma a abranger o "case management".

Tal naturalmente dimana do facto de inexistir subordinação hierárquica ou funcional entre os juízes e o presidente, pelo que a liderança deste não pode ser de natureza impositiva ou autoritária, mas antes abrangente, auscultativa, participativa, e em última instância enformada pela cooperação entre juízes, onde se insere o presidente.

Tal busca do consenso entre o presidente e os juízes da comarca deve naturalmente pontificar em dois dos itens gestionários de maior melindre para os juízes e também mais sensíveis se considerarmos os valores em equação.

Na prática onde estes pontos de conflitualidade se têm verificado mais frequentemente reportam-se à competência para emitir provimentos e ordens de serviço e à tomada de medidas de reafectação de juízes e/ou processos, pois que a

[25] Igreja Matos, José, e outros, ob. op. cit., págs. 212.

ser incorrectamente interpretada pode afectar princípios como do juiz natural e da inamovibilidade.

3.2.1 Provimentos/ordens de serviço

Antes da implementação da nova organização judiciária as ordens de serviço e os provimentos emitidos pelos juízes constituíam instrumentos de gestão processual, na sua vertente de "case management" e mesmo na perspectiva de "court management", embora nestes casos com muito menor impacto.

Entretanto, o Conselho Superior da Magistratura, já na vigência da LOSJ, em 14 de julho de 2015, em plenário, tomou deliberação com o seguinte teor:

"1) O Juiz Presidente de Tribunal Judicial de Comarca pode emitir provimentos ou ordens de serviço, no âmbito das suas competências, nomeadamente dirigidos à implementação administrativa de métodos de trabalho para cada unidade orgânica que não assumam relevância no âmbito do "case management" (dever de gestão processual característico do exercício das funções jurisdicionais), circunscritos ao "court management" (de cunho administrativista), ouvindo previamente os juízes que exercem funções nas secções em que se encontram as unidades orgânicas visadas;

2) Os restantes Juízes têm legitimidade para emitir provimentos ou ordens de serviço no exercício do seu poder de direcção funcional, devendo previamente concertá-los com o Juiz Presidente do Tribunal Judicial de Comarca, no que concerne aos impactos que dos mesmos decorrerão para a actividade administrativa das unidades orgânicas;

3) Nas secções onde exerçam funções mais do que um Juiz, os Juízes podem adoptar provimentos nos termos referidos em 2), os quais devem, sempre que possível, ser consensualizados entre todos;

4) Os provimentos referidos nos números anteriores devem ser remetidos ao Conselho Superior da Magistratura pelo Juiz Presidente do Tribunal Judicial

de Comarca que emitirá parecer quanto aos provimentos emitidos ao abrigo dos pontos 2) e 3)."

Apesar da contestação que esta deliberação mereceu, julga-se não ser a mesma merecedora de reparo, pois o que aí se verteu relativamente à competência para a emissão de provimentos ou ordens de serviço assenta na destrinça entre as funções gestionárias do juiz presidente e as funções gestionárias dos restantes juízes em relação ao processo em concreto.

Por outro lado, faz-se apelo a consensos, o que bem se compreende, pois, as medidas de gestão processual individualizada que se pretendem implementar têm repercussão na gestão do tribunal, e por outra via a gestão do tribunal é potencialmente influenciadora da gestão que cada juiz faz do processo, acrescendo que o mesmo provimento pode integrar medidas de ambas as géneses.

Sufragamos, pois, o entendimento consignado na deliberação em análise, que fazendo uma adequada separação de competência entre o "court management" e o "case management", erige como valor fundamental na gestão a procura de consensos entre o juiz presidente e os demais juízes da comarca e entre os próprios juízes de comarca, ou seja subjaz aqui o não escrito princípio da cooperação entre (todos) os juízes.

3.2.2. Reafectação de juízes e de processos

As propostas de reafectação de juízes a outro tribunal ou juízo da mesma comarca e o exercício de funções de juízes em mais do que um juízo da mesma comarca ou da afectação de processos para tramitação e decisão a outro juiz que não o seu titular ou do exercício de funções de juízes em mais do que um tribunal ou juízo da mesma comarca (art. 94.º, n.º 4, als. *f) e g)* da LOSJ), a serem acolhidas pelo Conselho Superior da Magistratura (cfr. o art. 87º, n.º 1 da LOSJ, que se mostra em consonância com a aludida al. g) do art. 94.º, n.º 4) podem implicar com o princípio do juiz natural. Tais normativos cingem-se a

exigir o respeito pelo princípio da especialização dos juízes afectados, tendo por fins o equilíbrio da carga processual e de eficiência dos serviços, no caso da al. f), e a ponderação das necessidades do serviço e do volume processual, no referente à al. g).

Trata-se, porém, de algo que já ocorria antes da reforma judiciária e permanece actualmente com a afectação dos juízes do quadro complementar e com a alteração da distribuição de processos.

O risco de violação deste princípio é acautelado pela existência de regras estabelecidas com anterioridade no que tange à reafectação, de modo o obviar à selecção de um juiz para um determinado processo, valendo considerações do mesmo teor para o princípio da inamovibilidade.

" (...) o princípio do juiz natural não atua apenas no plano legislativo mas também no plano dos regulamentos e planos de distribuição elaborados por órgãos de administração judiciária (...).

O que acaba de ser dito significa que o exercício da competência nas disposições citadas da proposta de lei em discussão no parlamento não pode ser de molde, sob pena de violação do princípio do juiz natural, a permitir ao presidente do tribunal de comarca decidir livremente a reafectação dum determinado juiz a uma diferente secção, nem tão pouco a reafectação de um processo a um juiz que não seja o seu titular. (...) não é admissível uma sujeição da actividade dos juízes a critérios de pura gestão, mas antes se torna necessária a refracção normativa desses critérios através da sua expressão num regulamento."[26]

O Conselho Superior da Magistratura, visando obviar à possibilidade de violação desses princípios, através de complexo regulamento, com dificuldade extrema de aplicação (cfr. designadamente o art. 5.º), aprovado por deliberação do plenário de 15 de Julho de 2014, estabeleceu os princípios, critérios,

[26] Nogueira de Brito, Miguel, *in* "O Princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária", reportando-se à proposta de Lei n.º 114/XII, que enformou a actual LOSJ, Julgar n.º 20, Maio-Agosto, de 2013, págs. 36 e 37.

requisitos e procedimentos a que deve obedecer a promoção pelo juiz presidente de comarca das medidas a que alude o art. 94.º, n.º 4, als. f) e g), da LOSJ (art. 1.º).

Note-se que tal regulamento foi elaborado antes das alterações introduzidas pela Lei n. 40-A/2016, de 22 de dezembro, que acompanhando as preocupações do Conselho introduziu as seguintes alterações ao art. 94.º:

- As medidas a que se refere a al. f) do n.º 4, já não as da al. g), são precedidas do assentimento do juiz (n.º 5);[27]

- Esclarece-se que a afectação de juízes ou a afectação de processos têm como finalidade responder a necessidades de serviço, mas de cariz pontual e transitório, sendo fundadas em critérios gerais definidos pelo Conselho Superior da Magistratura, com respeito pelos princípios da proporcionalidade, equilíbrio do serviço e, frise-se, na aleatoriedade na distribuição, não podendo derivar prejuízo sério para a vida pessoal ou familiar do juiz (n.º 6);

- Determina-se que o Conselho Superior da Magistratura fixe antecipadamente os critérios a considerar quanto à densificação dos conceitos previstos no n.º 4, al. f), e os publicite, previamente à sua execução, nas páginas electrónicas das comarcas e do próprio Conselho da Magistratura (n.º7).

E onde entra aqui o consenso e a cooperação?

Naturalmente no consentimento do juiz afectado e não só no caso da al. f), em que a sua anuência é basilar, ao contrário do que acontecia na versão originária da LOSJ, mas também no consentimento no caso da al. g), caso em que a LOSJ não o exige. Caso contrário a acumulação de serviço terá de ser proposta e determinada coercivamente pelo Conselho Superior da Magistratura,

[27] Note-se que tal concordância *de per si* em nada alivia os receios de violação do princípio do juiz natural, mas analisando de uma perspectiva subjectiva, estabelece-se mais uma linha defensiva, um crivo que pode ser inultrapassável, pois que o próprio afectado com as medidas pode obstar à sua aplicação não dando o seu consentimento, designadamente invocando que a medida proposta viola o princípio do juiz natural, não sendo sequer tal manifestação susceptível de ser contrariada pelo presidente nem tão pouco pelo Conselho Superior da Magistratura no sentido de lhe impor a medida proposta.

de acordo com o regulamento supra referido, respeitado o plasmado no art. 94.º, nº 6 da LOSJ, que é aqui também aplicável. Tal entendimento tem cabimento na letra da lei, pois o exercício de funções em mais do que um juízo ou tribunal da mesma comarca, vulgarmente denominada de acumulação de serviço, não deixa de ser uma afectação parcial e em segundo lugar, as razões que presidiram à introdução de tal normativo valem integralmente para as situações de acumulação de funções.

Existindo uma discussão franca entre o presidente e os juízes visados sobre as necessidades de serviço, poder-se-á alcançar um entendimento consensualizado sobre a forma como se desenvolverá esse desempenho de funções, que com certeza será muito mais profícuo se assentar na voluntariedade do juiz abrangido por essa medida.

Naturalmente, que ao contrário que acontecia anteriormente à vigência da LOSJ, seria de toda a conveniência alterar o art. 87º, nº 2 da LOSJ, prevendo a remuneração variável das acumulações e substituições de serviço tal com acontecia nas Lei n.ºs 3/99 (arts. 68.º, nºs 5 e 6 e 69º e art. 11º do respectivo regulamento, o Decreto-Lei n.º 186-A/99, de 31 de Maio) e 52/2008 (arts 76º, n.º 3 e 77º, n.ºs 2 e 3), algo que para além de uma elementar justiça, terá pelo estímulo introduzido, o condão de possibilitar obter mais acordos para o desempenho destas funções, constituindo inclusivamente um factor impulsionador de aumento da produtividade e correspondente sucesso das medidas adoptadas.

4. Conclusão

O sucesso da reforma judiciária passa e passará naturalmente pelo bom exercício e aceitação das competências do juiz presidente em estreita mas não estrita articulação com o coordenador do Ministério Público, com o administrador judiciário, mas sobretudo em colaboração e cooperação com o Conselho Superior da Magistratura e com os juízes da comarca.

Em relação aos juízes da comarca terá de existir uma componente diplomática na actuação do juiz presidente e especificamente na actividade gestionária, principalmente na mais sensível, e que deverá ser marcada, ainda que informalmente, pela audição prévia, diálogo, busca de acordos e concertações, preservando sempre o núcleo da função jurisdicional e não só não comprometendo a independência dos juízes, mas contribuindo para o seu reforço e salvaguarda, designadamente na definição dos objectivos processuais.

Claro está que nem sempre poderão existir acordos, devendo nesses caso, repete-se, a actuação do presidente ser iluminada sempre pela salvaguarda e preservação da independência função jurisdicional.

Como bem refere Mário Belo Morgado:

> "Como expressamente consagra o art. 91.º, n.º 4, da Lei de Organização do Sistema Judiciário, ninguém pode impor, limitar ou condicionar as decisões a proferir nos processos em concreto, quer quanto ao mérito da decisão, quer quanto à opção pela forma processual entendida como mais adequada. Mas, apesar dos equívocos que frequentemente lhe estão associados, é evidente que o princípio da independência não implica, *de per si*, qualquer situação jurídico-administrativa de privilégio pessoal para os magistrados. Os juízes são - e devem ser - absolutamente independentes no exercício da judicatura, mas há que ter presente que nos tribunais a função jurisdicional coexiste com a função administrativa, domínio em que se inserem, por exemplo, as competências desenvolvidas pelo CSM, pelos inspetores judiciais e por todos os demais responsáveis pela gestão do sistema, competências que são materialmente administrativas. Num Sistema de Justiça moderno e com qualidade não podem deixar de estar presentes três elementos estruturantes: independência dos tribunais; boa aplicação do Direito; por fim, mas não em último lugar, a eficácia e celeridade do serviço público que é a Justiça."[28]

[28] "Gestão processual: aspectos de uma competência fulcral", Intervenção no âmbito do IX Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura, disponível em www.csm.pt.

Ou seja e concluindo, em última instância, na harmonização de todos os vectores apontados, com a inultrapassável fronteira da independência do juiz, deverá o juiz presidente orientar a sua actuação gestionária no sentido de promover, tal como todos os demais actores da organização e estrutura judiciária, a realização da justiça.

Bibliografia citada

. Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Parecer de Novembro de 2007 do Grupo de Estudos Observatório dos Tribunais, relativo ao Anteprojecto de Decreto-Lei atinente ao Regime de organização e funcionamento dos Tribunais Judiciais, "A Construção do Novo Mapa dos Tribunais: Enraizamento, Efectividade e Mudança, consultável em http://www.asjp.pt/2010/05/05/reforma-do-mapa-judiciario/.

. Azeredo Coelho, Ana, e Moura, Maria Inês, "Um Percurso com Objectivo - Os Objectivos Processuais em Ano de Transição", Julgar n.º 27, Setembro-Dezembro 2015.

. Azeredo Coelho, Ana, "Os objectivos da Justiça. A justiça como objectivo", Julgar, n.º 20, Maio-Agosto 2013.

. Azevedo Mendes, Luís, "Uma Linha de Vida: Organização Judiciária e Gestão Processual nos Tribunais Judiciais", Julgar nº 10, Janeiro-Abril, 2010.

. Coelho, Nuno, "Gestão dos Tribunais e Gestão Processual", Centro de Estudos Judiciários, 2015

. Gomes, Conceição, "Deve Reformar-se a Reforma do Mapa Judiciário?", Julgar n.º 27, Setembro-Dezembro 2013.

. Igreja Matos, José; Mouraz Lopes, José, Azevedo Mendes, Luís; e Coelho, Nuno, Manual de Gestão Judicial, 2015.

. Milheiro, Tiago Caiado, "Lei n.º 52/2008: uma lei, duas velocidades. Algumas considerações sobre a problemática da aplicação segmentada de uma lei e suas alterações", Boletim Informação e Debate, n.º 3, Março de 2010.

. Ministério da Justiça, Linhas estratégicas para a Reforma da Organização Judiciária, 15 de Junho de 2012.

. Ministério da Justiça, Relatório da Comissão para a Eficiência Operacional da Justiça – Eficiência e Produtividade do Sistema Judicial: Um Desafio que temos de Vencer, Centro Atlântico, 2011.

. Morgado, Mário Belo, intervenção no Centro de Estudos Judiciários, a 6 de Junho de 2014, no âmbito da acção de formação "O Juiz Presidente e a Gestão Processual", Caderno do Centro de Estudos Judiciários.

. Morgado, Mário Belo, "Gestão processual: aspectos de uma competência fulcral", Intervenção no âmbito do IX Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura, em 2014, consultável em https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/09eacsm/9eacsm_mariobelomorgado.pdf.

. Nogueira de Brito, Miguel, "O Princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária", Julgar n.º 20, Maio-Agosto, de 2013.

. Noronha Nascimento, Luís António, "O Novo Modelo de Gestão na Proposta de Lei dos Tribunais", Julgar n.º 20, Maio-Agosto 2013.

. Vieira Cura, António A., "A Especialização dos Tribunais Judiciais (ou das Suas Secções) na Lei da Organização do Sistema Judiciário que a Regulamenta", Julgar, n.º 27, Setembro-Dezembro 2015.

A natureza constitucional dos Julgados de Paz

Joel Timóteo Ramos Pereira
Juiz de Direito

Resumo: Os julgados de paz, embora previstos na Constituição, inseridos na categoria dos tribunais, têm uma *auctoritas* circunscrita às partes, com exclusão das entidades públicas. Os seus específicos carateres constitutivos têm maior proximidade com as estruturas arbitrais ou de resolução alternativa de litígios, que embora não os inibam da natureza de tribunais de administração de justiça, excluem-nos da natureza de órgãos de soberania.

Palavras-chave: Tribunais, função jurisdicional, poder judicial, julgados de paz, soberania, estruturas alternativas.

Abstract: The "julgados de paz" ("peace courts"), although predicted in the Portuguese Constitution, included in the category of courts, have an auctoritas circumscribed to the parties, excluding public entities. Their specific constitutive characteristics are more closely related to arbitration or alternative dispute resolution entities, which, while not inhibiting them from the nature of courts of administration of justice, exclude them from the nature of sovereign bodies.

Keywords: Courts, judicial function, judiciary, "peace courts", sovereignty, alternative dispute resolution entities.

1. Introdução

A previsão da existência dos julgados de paz foi introduzida na revisão constitucional de 1997[1]. Antes desta, o art.º 211.º (revisão de 1989) e o art.º 212.º

[1] Art.º 133.º, n.º 3, da Lei Constitucional n.º 1/97, *Diário da República*, Série I-A, de 20-09-1997: "Ao n.º 2 do mesmo artigo é aditada, *in fine*, a expressão «e julgados de paz»". Esta alteração

(revisão de 1982) da Constituição da República Portuguesa (CRP) apenas previam a possibilidade de existirem "tribunais marítimos e tribunais arbitrais". A versão originária da Constituição de 1976 era totalmente omissa à previsão de outros tribunais além dos da jurisdição comum (judiciais), de contas, militares e administrativos e fiscais (art.º 212.º, da CRP de 1976).

Atenta a estrutura do texto constitucional, afigura-se que os julgados de paz, ainda que sistematizados na categoria dos Tribunais *"lato sensu"*, não fazem parte do acervo jurisdicional *essencial* plasmado na Constituição, o qual surge constituído pelo Tribunal Constitucional, pelos Tribunais da jurisdição comum (judiciais), da jurisdição administrativa e fiscal e pelo Tribunal de Contas (art.º 209.º, n.º 1) [2].

Com efeito, se é certo que o legislador constituinte não quis excluir os cidadãos e empresas de obter a realização do direito através de instâncias alternativas devidamente reguladas — para cujo efeito previu que *"podem existir* (...) tribunais arbitrais e julgados de paz" (art.º 209.º, n.º 2) — destacou a realização da tutela jurisdicional efetiva, na qual assenta o direito fundamental de "acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos" (art.º 20.º, n.º 1), nos Tribunais enunciados no citado n.º 1, do art.º 209.º.

Importa assim aferir qual a *natureza constitucional* dos julgados de paz, comparando-os com as demais categorias de Tribunais constitucionalmente consagradas, observando os seus carateres e sinais distintivos, designadamente cotejar sobre a sua integração no elenco dos órgãos de soberania e do poder judicial.

foi aprovada por unanimidade (cfr. Reunião de 25-06-1997 da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, *in Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 109, de 26-06-1997, p. 3224).

[2] São da *Constituição da República Portuguesa*, na sua redação atual, todos os preceitos sem concreta indicação da sua origem.

2. O Estado e os Tribunais

2.1. As funções do Estado [3]

§1. Desde os primórdios das organizações coletivas, o primado do Estado enquanto poder de natureza pública e política, ou seja, como *poder soberano* [4], assentava no exercício de funções que, pela sua natureza e pelo seu núcleo essencial, de imperatividade e vinculação, exigiam a manifestação exterior da *potestas*, na maioria das vezes, acompanhada de força impositiva.

Já Aristóteles[5] apontava que o Estado tinha três funções básicas: deliberativa, administrativa e judiciária[6], mas foi com Montesquieu que foi desenvolvido o *princípio da separação de poderes* – legislativo, executivo e judicial – enquanto modelo político do exercício das funções do Estado [7].

---

[3] Sobre os sentidos do termo "função do Estado" e sua evolução histórica, em especial nas Constituições Portuguesas, *vd.* MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V – Atividade constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (3.ª ed.), pp. 7-43.

[4] RODRIGUES, L. Barbosa, *Direito Constitucional – Tópicos*. Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 31.

[5] Cfr. MILLER, FRED, "Aristotle's Political Theory", *in The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Edward N. Zalta, 2017. Disponível na URL: https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-politics/.

[6] Na "teoria da felicidade" de Aristóteles, a "qualidade da alma" só pode ser atingida no Estado. Na sua obra *A Política*, alvitrou que é através do Estado e das leis que o homem atinge "a mais alta virtude". Na *genética do Estado*, enunciou que o indivíduo, a família, a tribo, o povo, por não poderem ser autossuficientes, deram origem ao aparecimento do Estado, que tem a capacidade de autossustentar-se, desenvolvendo políticas de defesa, comércio e economia, sustentando uma comunidade. Assim, a *essência do Estado* é a comunidade dos cidadãos, sendo o cidadão o homem livre que tem participação na *administração,* na *justiça* e no *governo. Cfr*. ARISTÓTELES, *Política*, Lisboa: Nova Vega, 2016 (Trad. Amaral, António Campelo), Livro IV, §14-16.

[7] Pedro Fernández Sánchez assinala que "(...) as fórmulas de separação entre funções e órgãos legislativos e jurisdicionais veem as suas origens mais remotas localizadas há cerca de 3.500 anos, encontrando os seus últimos momentos de referência constituídos pela elaboração dos sistemas do barão de Montesquieu e de Jean-Jacques Rousseau, na segunda metade do século XVIII, os quais representaram, não pontos de partida de uma doutrina ideal e mitológica da separação de poderes, mas pontos de chegada (*subvariantes de referência*) daquela que se tornou a variante dominante (*legalitária e anti- judicialista*) da doutrina compósita da separação de poderes, que cada uma das Constituições portuguesas, com diferentes matizes e intensidades mas sem exceções, veio a acolher"

Sem prejuízo do caracter basilar subjacente ao princípio (impedir a concentração poderes políticos de uma sociedade numa só pessoa, entidade ou órgão de governo), a sua consagração sustenta a manifestação da *essencialidade* de determinadas funções, às quais é reconhecida uma *auctoritas* superior às das demais entidades e organizações, ainda que tenham natureza pública. Contudo, não é unívoco o sentido e âmbito estrutural das diversas funções e do que as caracterizaram.

§2. Para a vertente *clássica*, as funções do Estado são, genericamente, as correspondentes ao princípio da separação dos poderes, ou seja, *legislativa, executiva e jurisdicional*.

(i) Sinteticamente, no exercício da ***função legislativa***, o Estado cria, modifica e revoga regras, plasmadas em normas, visando a previsão ou regência dos direitos e deveres ínsitos às relações emergentes de uma comunidade; essas normas devem ser gerais e abstratas, destinadas à definição da esfera jurídica dos cidadãos.

(ii) No âmbito da ***função executiva***, é promovida a efetivação de políticas de administração do interesse público, mas respeitando as ordenações legais emanadas pelo órgão legislativo, que nesse âmbito constituem um *limite* ao exercício da função executiva. O órgão de soberania ao qual é atribuído o exercício desta função tem por superior atuação o desempenho da função política de *governo*, desenvolvendo-se da exercitação das competências que lhe estão conferidas pela Constituição (programação e orientação estratégica, designadas de "políticas públicas") e que abrange a designada *função de indirizzo político* [8], isto é, de impulso político próprio, distinto da função legislativa, mas que é exteriorizado

(SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Lei e Sentença – Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, Vol. 1. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 21).

[8] Sobre possíveis conflitos com a iniciativa política do órgão legislativo por excelência, cfr. SÁNCHEZ, Isabel M. Giménez, "*Indirizzo político,* dirección política, impulso político: el papel del Parlamento", *in Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 18, 2008-II. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, pp. 83-108. Disponível em https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6068/6528.

pela emanação também *legislativa*, na forma de diplomas legais, *maxime* decretos-lei e portarias. Só num grau inferior e subordinada a esta, surge a *função administrativa* em sentido estrito, pela qual se concretizam as finalidades e as condições concretas de realização dos ideais traçados nos quadros de política estratégica, onde se inclui a intervenção nos diversos setores públicos (*v.g.,* segurança, saúde, trabalho, cultura, etc.). Esta distinção é relevante na medida em que os "*atos políticos"* da função executiva *não são impugnáveis* perante os Tribunais, enquanto que os *"atos administrativos",* praticados no desempenho da função administrativa *stricto sensu*, são passíveis de recurso contencioso.

(iii) Já no exercício da ***função jurisdicional***, o Estado é convocado a decidir litígios emergentes de conflitos concretos, instruindo a decisão com os elementos de facto produzidos em sede probatório e subsumindo-a mediante a integração do regime jurídico aplicável [9]. Apesar das suas decisões se imporem e prevalecerem sobre as de quaisquer outras entidades públicas ou privadas, o Estado no exercício da função jurisdicional também tem limites de atuação, na medida em que está vinculado a decidir em conformidade com a Constituição e a lei e, por outro lado, não pode interferir nas relações que pertençam ao núcleo das funções legislativa e executiva.

§ 3. Contudo, conforme refere Bacelar Gouveia, "a separação de poderes no século XX *esteia-se*, recordando a velha contraposição *gobernaculum-iurisditio*, sobretudo entre a *função decisória*, de um lado, e a *função de controlo*, do outro lado, esta ainda assumindo uma faceta de controlo da própria constitucionalidade. Por isso mesmo, como refere Hans Kelsen, terá mais sentido falar em «*distribuição de poderes*» do que em «separação de poderes»" [10].

[9] Paulo Otero define a função jurisdicional como a "atividade jurídica desenvolvida pelos Tribunais que, sob impulso ou iniciativa externa, se consubstancia na resolução definitiva de uma questão controvertida de Direito e que, tendo sempre em vista a prossecução da justiça, visa alcançar a paz jurídica" (OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português*, *Vol.II – Organização do poder político*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 411).

[10] GOUVEIA, Jorge Bacelar, "Separação de Poderes", *in Enciclopédia da Constituição Portuguesa*. Lisboa: Quid Juris, 2013, p. 361,362.

Por essa razão, o elenco das funções do Estado pode também ser considerado no âmbito das perspetivas diversas correspondentes ao "complexo de atos e ações" praticados pelo Estado "em ordem à prossecução e graduação de *fins* ou de *interesses públicos"*, versando "cumulativamente, as interações existentes entre os vários patamares, constitucional, político e administrativo, do ordenamento jurídico" [11]. Seguindo a doutrina de Barbosa Rodrigues[12], para o entendimento das funções do Estado torna-se necessário distinguir as *funções constitucionais* e as *funções constituídas*, seguindo critérios estritamente jurídicos. Sintetizando esta doutrina, pode afirmar-se o seguinte:

§3.1. As ***funções constitucionais*** identificam-se com a integralidade superior da *ação jurídica* de um Estado de Direito, na medida em que "têm por objeto a criação de normas estruturantes do ordenamento jurídico", bem como a respetiva formalização e garantia, situando-se numa posição *hierarquicamente* superior. Nestas, podem identificar-se três espécies: a função constitucional de direção, a função constitucional legislativa e a função constitucional de controlo.

(i) A *função constitucional de direção*, que quando *originária*, é a "função das funções", um "verdadeiro Programa de Estado" (*v.g.* coincidindo com a formação do próprio Estado) ou emergir de uma rutura constitucional (*v.g.*, uma revolução) de um Estado já existente. Haverá também uma função constitucional de direção *derivada*, que corresponderá à decisão de revisão constitucional ou de transição constitucional. Em qualquer das suas vertentes, esta função define-se como *normativa* de valor reforçado.

(ii) A *função constitucional legislativa* concretiza, especifica e desenvolve os princípios estruturantes do ordenamento, circunscrevendo-se em termos materiais à "transposição e implementação dos princípios e regras mais gerais estatuídos pela função constitucional de direção". Embora a orgânica e o respetivo procedimento surjam como "produto da anterior decisão constitucional diretiva",

[11] RODRIGUES, L. Barbosa, *O Primeiro-Ministro no sistema de governo governamental primo-ministerial português*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2012, p. 23.

[12] *Ibidem*, pp. 24-58.

esta também é uma função *normativa*, ainda que de "segundo grau", "normas constitucionais comuns", sendo uma função atribuída a órgãos de tipo parlamentar na generalidade dos sistemas democráticos;

(iii) A *função constitucional de controlo*, qualificada de natureza *contingente* (por não estar prevista em sede originária na generalidade dos procedimentos de elaboração constitucional nem estatuída derivadamente na maioria das Constituições), tem por incidência a matéria das funções constitucionais de direção e legislativa, embora o controlo seja estritamente horizontal ou seja, sem ter por desiderato a aferição de conformidade dos atos constituídos com os atos constitucionais, sendo certo que esse controlo é *político* e não *jurisdicional*.

§3.2. É nas designadas ***funções constituídas*** (em que a Constituição se assume como fundamento positivo e limite negativo) que se opera a clássica distinção das funções política, administrativa e jurisdicional.

(i) Relativamente à *função política* — que, inserindo-se num Estado de Direito, tem necessariamente natureza jurídica — e, por ser constituída, não podendo configurar-se como anterior, superior ou independente do Direito positivo, é hierarquicamente subordinada às funções constitucionais de direção e de legislação. Esta função identifica-se com o *programa de governo do Estado*, executa vinculadamente as normas constitucionais, para cujo efeito, triparte-se em três subfunções: as funções *positivas* de direção (impulsionando a execução do programa) e legislativa (formalizando normativamente) e a função *negativa* de controlo (garantindo e fiscalizando aquelas). Esta função exterioriza-se mediante atos normativos (*v.g.*, legislativos) e não normativos (atos políticos de direção subjetiva).

(ii) Por seu turno, a *função administrativa,* apresenta-se com elevada estabilidade (o Estado exterioriza-se como prestador e conformador) mas caracteriza-se pela subordinação hierárquica às funções constitucionais e às funções políticas (constituídas), em todas as suas dimensões (e não apenas como

"via da execução das leis" [13]), razão por que se defende que a mesma não tem [*necessariamente*] uma existência "diretamente ancorada na Constituição", já que tem por objeto principal a *satisfação* (mas não a *definição*) de determinadas necessidades coletivas consideradas essenciais (*v.g.*, segurança, cultura, bem-estar económico [14] e social). Barbosa Rodrigues [15] subdivide esta função em *administrativa de direção* (a que determina o conteúdo), *administrativa regulamentar* (a que formaliza e concretiza atos normativos, *v.g.*, regulamentos complementares ou de execução), *administrativa de execução* (a direta produção de bens e prestação de serviços) e *administrativa de controlo* (a que procede ao reexame, verificação e garantia de correspondência, quer numa vertente objetiva — que ocorre designadamente nos poderes de inspeção e de supervisão —, quer numa vertente subjetiva — presente no exercício do poder disciplinar).

(iii) A terceira função constituída é a *jurisdicional*. Entre as funções do Estado, é a que se apresenta no vetor de *estrita vinculação* (à Constituição e à lei), por nela não serem manifestas *a liberdade ou iniciativa* de atuação (intrinsecamente inerente ao exercício de funções políticas) e a *discricionariedade* (mais própria das funções administrativas). Esta função pode ser: *(iii.a) de controlo* dos atos constitucionais, políticos ou administrativos (e, nessa perspetiva, caracterizando-se como *função híbrida* constitucional-constituída) mediante o controlo da conformidade com a Constituição dos atos praticados pelas funções constituídas; *(iii.b) de aplicação stricto sensu* — e por essa razão, limitada — circunscrevendo-se à subsunção aplicativa da norma ao caso concreto. É no exercício desta função que se integram os Tribunais Judiciais.

---

[13] Conforme sustentou CAETANO, Marcello, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010 (3.ª Reimp), p.33.

[14] Sobre os termos da execução da função administrativa, designadamente de acordo com o o modelo contratualista do exercício do poder administrativo de autoridade e em particular da função administrativa como "função de segundo grau", *cfr.* CORREIA, Jorge Alves, *Contrato e Poder Administrativo*. Coimbra: Gestlegal, 2017, pp. 164-167 (*vd.*, igualmente sobre o problema da compatibilidade entre o contrato e autoridade no direio administrativo e do princípio da constitucional da colaboração público-privada, pp. 284-306).

[15] RODRIGUES, L. Barbosa, *O Primeiro-Ministro…*, p. 51.

§4. Do enunciado *supra*, resulta que intervenção do Estado, na plenitude das funções constituídas *política e jurisdicional*, é sempre *exterior* (superior ou marginal) às concretas relações jurídicas dos cidadãos e, por esse motivo, surge com *imperium* e *potestas*. Na verdade, no exercício da função política, *maxime* legislativa, através da emanação de atos normativos abstratos, o Estado apenas *regula* as relações jurídicas, disciplinando-as, tendo por base destinatários indeterminados perante situações hipotéticas; no âmbito das funções jurisdicionais, o Estado – através dos seus órgãos jurisdicionais – resolve um litígio ao qual é estranho, mas diversamente do que sucede com os órgãos legislativo e executivo, não lhe cabe qualquer iniciativa nessa resolução, pois é sempre *chamado* a decidir o caso concreto, ainda que este seja instruído oficiosamente por outros órgãos do Estado (*v.g.*, Ministério Público, nos processos crime). Importa observar que mesmo quando o Tribunal Constitucional procede à apreciação fiscalização da conformidade de normas jurídicas — e, em particular, das normas das leis e dos decretos-leis — com a Constituição, não o faz por iniciativa própria, mas por solicitação dos órgãos constitucionais aos quais foi conferida legitimidade para a suscitar.

Diversamente, quando o Estado atua no exercício da função administrativa *stricto sensu*, poderá surgir como sujeito e parte de relações jurídicas com os particulares, caso em que não intervém munido do seu *ius imperium*[16] e, por conseguinte, havendo litígio, a sua resolução deve caber aos órgãos jurisdicionais, separados e independentes do Estado-Administração. Apesar disso, porque no exercício de uma função do Estado, o desiderato da sua atuação é a realização de um *interesse público* legalmente definido[17]. Por essa razão, afigura-se a delimitação

[16] Aqui, as entidades administrativas do Estado, subordinadas ao poder executivo, têm uma atividade essencialmente de *execução material* de políticas definidas pelo Governo e/ou de cumprimento de atos normativos (quer os emanados pelo poder legislativo, quer os que possam emergir do exercício da função *política* do poder executivo).

[17] Segundo Vieira de Andrade, a relação jurídica administrativa é "aquela em que um dos sujeitos, pelo menos, é uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, *atuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido*" (ANDRADE, Vieira, *A Justiça Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 79). No mesmo sentido, Freitas do Amaral ensinou que a "relação jurídica de direito administrativo" é aquela que confere poderes de autoridade ou impõe restrições de interesse público à administração, perante os particulares, ou aquela que atribui

da intervenção administrativa deixou de estribar-se na clássica distinção entre atos de gestão pública e atos de gestão privada, deslocando o critério para o conceito de *relação jurídica administrativa* e de *função administrativa*, em que nesta se destaca a realização de um *interesse público* realizado por um órgão público dotado de *autoridade* e no uso de prerrogativas próprias de "poder".

§5. O respeito por cada uma das funções do Estado reclama uma particular vigilância perante a possibilidade de "invasão" pelos titulares dos respetivos órgãos na esfera que não lhe caiba.

Assim, *deve evitar-se a invasão da função política por quem exerça a função administrativa*, o que designadamente pode ocorrer com a criação de regulamentos municipais que regulem matérias dos direitos, liberdade e garantias (afixação de publicidade e propaganda, limitação à liberdade de circulação) ou que criem tributos unilaterais (verdadeiros impostos sob a capa de taxas). Mas o inverso também pode suceder, com a *invasão do poder político na função administrativa*, muito particularmente quando o Governo tenha um apoio minoritário na Assembleia da República[18].

O mesmo princípio deve aplicar-se na relação entre a função jurisdicional e as funções política e administrativa. Assim, se por um lado, a Administração deve respeitar o princípio da reserva da função jurisdicional (o que o legislador quis acautelar com a *atribuição de competências* aos órgãos da Administração[19], as quais

direitos ou impõe deveres públicos, aos particulares, perante a administração (AMARAL, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2008, Vol.I, p. 423 ss e Vol. II, pp. 12 ss).

[18] O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 1/97 (proc. 845/96, de 08-01-1997) fez a distinção do que deve ser o caráter abstrato da legislação no confronto com o caráter concreto típico da administração, invocando o *princípio da reserva da decisão* (da Administração) *no caso concreto*, paradigmático na questão que nesse Acórdão foi apreciada (criação de vagas adicionais no ensino superior público). No mesmo sentido, cfr. Ac. Tribunal Constitucional n.º 24/98, proc. 621/97, de 22-01-1998 (alteração de contrato de concessão de autoestrada).

[19] No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 427/2009 (proc. 698/09, de 28-08-2009) foi decidido que a atribuição, por via legislativa, a órgãos da administração penitenciária, da competência para, verificados determinados pressupostos, decidirem sobre a colocação de reclusos em regime aberto não violava o princípio da *reserva do juiz*.

não podem ser ultrapassadas), por outro lado, a Constituição[20] também impõe ao juiz uma "autocontenção" *(self restraint)* [21] perante o perigo de invasão da esfera de atuação da própria Administração (designadamente quando seja chamado a decidir sobre matérias que o legislador atribuiu à Administração uma margem decisória discricionária, desde que não configure ser arbitrária), obstando à "*judicialização"* da política[22].

§6. Cumpre finalmente notar que — *transitando* agora a reflexão *das funções para os órgãos de exercício de poder* — apesar de na Constituição estar devidamente consagrado o princípio da separação de poderes, todos eles, incluindo os Tribunais, estão integrados na *organização do poder político* (Parte III da Constituição) e embora distinguindo os órgãos de políticos e jurisdicionais, reconhecendo-lhes a qualidade de órgãos de soberania.

Na verdade, o poder político *lato sensu* é o único que na organização do Estado pode definir direitos, impor comportamentos, relativamente aos quais manifesta uma intrínseca legitimação para cumprir e fazer cumprir, se necessário com recurso à coação material.

Nesta medida, importa desde logo questionar se os julgados de paz incorporam esta manifestação de poder, com o cunho de *Estado* ou se, à semelhança de outras estruturas, as suas determinações dependem, *ab initio,* da adesão voluntária dos interessados e, em caso afirmativo, se existem algumas limitações ou conformações exteriores ao seu pleno exercício.

---

[20] *Cfr.*, *infra*, **2.2.1.§2.**

[21] Sobre esta matéria, *cfr.* CIRÍACO, Patrícia Karinne de Deus, *O debate sobre a separação dos poderes: uma análise crítica do ativismo judicial*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014 e POSNER, Richard, "The Meaning of Judicial Self-Restraint", *in Indiana Law Journal*, Vol. 59, n.º 1. Chicago: University of Chicago Law School, 1983, pp. 1-24.

[22] Fora destas considerações está o Tribunal Constitucional. Conforme sustenta Armindo Ribeiro Mendes, a criação de Tribunais Constitucionais "dá especiais características a um sistema político, acarretando inevitavelmente uma certa judicialização da política" sendo certo que "significa que sejam assépticos, isto é, que não tenha uma determinada pré-compreensão sobre o Político" (MENDES, Armindo Ribeiro, "Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política", *in Julgar,* n.º 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp.115,116).

2.2. Especificidade da "função jurisdicional de aplicação"

Tendo por desiderato a resposta às questões *supra* delineadas, importa em primeiro lugar aferir em que termos o legislador constituinte quis consagrar o exercício da terceira função do Estado – a jurisdicional e, se nesta, há lugar para a integração dos julgados de paz.

2.2.1. Os Tribunais como *órgãos de soberania*

"Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo" (art.º 202.º, n.º 1)[23].

Esta estatuição emerge diretamente do elenco dos órgãos de soberania, vertido no art.º 113.º, nos termos do qual "são órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo *e os Tribunais*".

Por *órgãos de soberania* devem considerar-se aqueles nos quais o Povo, enquanto titular da soberania [24/25] e do poder político (art.º 108.º), reconheceu e depositou[26] o exercício dos poderes do Estado (legislativo, executivo e judicial),

[23] Corresponde à redação originária (art.º 205.º, da CRP de 1976), que se manteve intocável em todas as revisões constitucionais.

[24] A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, *baseado na soberania popular* (art.º 2.º, n.º 1), estatuindo o n.º 1, do art.º 3.º que "a *soberania*, una e indivisível, *reside no povo*, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição". Nestes preceitos está consagrado o princípio do *contrato social* pugnando por Jean-Jacques Rousseau, pelo qual o povo, rejeitando uma postura de submissão, entrega ou confia nos seus representantes o *exercício* das funções do Estado, mantendo, contudo, aquele o controlo da estruturação e organização, nos termos consignados na Constituição, pela qual a soberania política emerge da vontade coletiva.

[25] Neste sentido, cfr. RODRIGUES, L. Barbosa, *Direito Constitucional – Tópicos*, Lisboa: Quid Juris, 2015, pp. 36,37: "O Povo emerge, no ordenamento jurídico-constitucional português, e na generalidade dos ordenamentos democráticos, enquanto perpétuo e exclusivo titular da soberania. E afirma-se, inerentemente, como titular da integralidade das funções constitucionais e constituídas – político-governativa, político-legislativa, administrativa e *jurisdicional* – do Estado" (itálico acrescentado).

[26] Esta entrega não é *total* nem *incondicional*. Na verdade, o "(...) exercício soberano assume um caráter híbrido, semidireto ou semirrepresentativo, nunca uma natureza exclusivamente representativa ou integralmente direta" (*Ibidem*, p. 37). Por outro lado, se o exercício da soberania pelo povo pode não ter uma relação imediata com a forma de governo (podendo até aceitar executivos mais autoritários), pode haver uma especial particularidade na pretensão do povo quanto

sendo que estes só podem ser desempenhados nos termos da própria Constituição (art.º 108.º, *in fine*).

§1. Do citado preceito resulta, de imediato, que os Tribunais são os *únicos* órgãos de soberania com competência para administrar a justiça, enquanto afirmação do princípio da separação de poderes (art.º 111.º, n.º 1) [27], constituindo este a *garantia* de conservação da liberdade e segurança dos cidadãos, decorrente da clara *diferenciação jurídico-dogmática das funções do Estado* [28/29].

Os órgãos do poder legislativo ou do poder executivo não têm competência para administrar justiça (não lhes podem ser atribuídas funções jurisdicionais) nem para interferir no processo jurisdicional da realização da justiça. E se é certo estar conferida aos órgãos da administração pública a competência para proferir decisões de natureza reguladora, administrativa e sancionatória, com influência direta na organização social e privada dos cidadãos e das empresas, salvaguarda-se

---

à forma de escolha dos magistrados. Bernard Manin, na análise da doutrina de Rousseau, afirma: "(...) numa democracia, o povo consegue evitar que suas decisões, como soberano, sejam afetadas pelos pontos de vista particulares que devem adotar para o governo, mas quando se trata da escolha de magistrados, as considerações particulares de personalidade podem influenciar a sua decisão. (...) Mesmo que a escolha de magistrados seja realizada de acordo com uma lei geral, as questões de personalidade ocorrerão inevitavelmente na atribuição da função" (MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 76).

[27] CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993 (6.ª ed.), p. 687, ensina que "Quando se fala de separação dos órgãos de soberania como princípio estrutural da organização do poder político tem-se geralmente em vista a separação horizontal de poderes (de órgãos e funções): *no plano funcional* interessa identificar as funções político-constitucionais básicas como a legiferação, a jurisdição e a execução; *no plano institucional* a separação de «poderes» incide especialmente sobre os órgãos constitucionais, como, por ex., o Parlamento, o Governo e os tribunais".

[28] PIÇARRA, Nuno, *A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 247: "A teoria da separação dos poderes passou a identificar-se com uma teoria da diferenciação dogmática das funções estaduais, de acordo com critérios jurídicos".

[29] Jorge Miranda, vincando que a separação dos poderes tem, intrinsecamente, uma *limitação material* que tem por desiderato a realização dos direitos fundamentais, afirma que o Estado de Direito "limitação para garantia dos direitos fundamentais; é expressão de institucionalização e de racionalidade máximas" (MIRANDA, Jorge, "Divisão do Poder e Partidos Políticos, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* Vol. LI, n.º 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 25).

a faculdade de impugnação das deliberações ou anulação dos atos administrativos perante os tribunais[30] — e nesses casos, *apenas* perante os enunciados no n.º 1, do art.º 209.º, *com expressa exclusão* dos previstos no n.º 2, do preceito (tribunais arbitrais e *julgados de paz*).

Embora alertando ser "equívoco" o enunciado textual "administrar a justiça", J. Gomes Canotilho e Vital Moreira sinalizam que "o principal alcance (...) consiste em determinar que só aos tribunais compete administrar a justiça e, dentro dos tribunais, ao juiz (reserva de juiz), não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos, designadamente à Administração Pública" [31].

§2. Do segundo segmento do citado normativo, emerge que a competência dos Tribunais consiste *exclusivamente* na *administração da justiça*[32].

Efetivamente, a "interdependência" entre os órgãos de soberania consignada no n.º 1, do art.º 111.º, radica essencialmente na função de "racionalização e limitação dos poderes públicos enquanto princípio informador da estrutura

[30] As decisões das entidades administrativas, incluindo as autoridades administrativas independentes, de que são expoente os vários organismos da regulação económica e financeira, gozam da *presunção de legalidade* a que estão sujeitos (art.º 3.º, n.º 1 e art.º 4.º do Código de Procedimento Administrativo) e, por essa razão, obrigatórias e passíveis de execução imediata (art.os 175.º e ss., do CPA), incluindo quanto às medidas provisórias (art.os 89.º e ss., do mesmo Código). No entanto, assiste aos interessados o direito de impugnar contenciosamente os atos ou reclamar pela sua omissão, perante os Tribunais (art.os 184.º e ss., do CPA).

[31] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 508, ponto V.

[32] Carlos Fraga discorda da expressão "administrar a justiça". Invoca que "discutida aquando da elaboração da Constituição Espanhola de 1978, os constituintes rejeitaram-na, preferindo a expressão «Poder Judicial», por entenderem que não se tratava de uma mera questão terminológica, mas de uma mudança de conceção política de base. Embora seja um lugar comum empregar as duas expressões como sinónimo, esta equiparação é errada hoje em dia tecnicamente, mas, sobretudo, politicamente. Corresponde a uma conceção de estrutura e repartição do Poder dentro do Estado que pretende e, no passado conseguiu, retirar o Poder Judicial do verdadeiro poder político, deixando-o reduzido a mera administração, a mais uma manifestação de administração do Estado" (FRAGA, Carlos, *Subsídios para a independência dos juízes*. Lisboa: Edições Cosmos, 2000, p. 44, nota de rodapé 61).

orgânica da Constituição"[33], não sendo admissível a extensão da intervenção do judiciário para matérias da competência do legislativo[34] ou do executivo.

Conexa com essa *exclusividade interna* (sem interferência *dos* outros poderes) e *externa* (sem competência para interferir nas matérias da competência dos outros poderes), a Constituição consagra que "os tribunais *são independentes* e *apenas* estão sujeitos à lei" [35/36] (art.º 203.º), sabendo que de estarem *sujeitos* à lei não deriva qualquer relação de hierarquia entre os órgãos legislativos e os órgãos judiciais,

[33] CANOTILHO, *ibidem*, p.73. Acrescenta o Autor: "separando os órgãos e distribuindo as funções consegue-se, simultaneamente, uma *racionalização* do exercício das funções de soberania e o estabelecimento de *limites* recíprocos", esclarecendo que "o princípio da separação e interdependência «concretiza-se» através do princípio da tipicidade dos órgãos de soberania e pelo princípio da reserva constitucional no que respeita à formação, composição, competência e funcionamento dos mesmos órgãos"; "o Estado surgirá, aqui, como organização diversificada atuante e não como unidade de imputação nas vestes de pessoa jurídica (*Ibidem*, pp. 181 e 682).

[34] Mesmo quando o legislador confere ao julgador a competência para a integração das lacunas da lei na *falta de caso análogo* — que não é admissível em sede de *direito penal*, por força do art.º 29.º, n.os 1 e 3, da Constituição — "a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se *houvesse de legislar* dentro do espírito do sistema" (art.º 10.º, n.º 3, do Código Civil), ou seja, tendo por referência o *sentido do legislador*, sendo essa a única solução ínsita à obrigação de julgar e dever de obediência à lei, conforme estatuído no art.º 8.º, do mesmo Código, nos termos do qual "o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio" (n.º 1). Acresce que a solução assim obtida no processo vale apenas para o concreto processo, não sendo idónea à criação de qualquer norma, ou seja, sem *interferir* na competência do legislador.

[35] O termo *lei* significa *norma jurídica*, qualquer que seja a sua forma de produção e não a lei *stricto sensu*, incluindo, por conseguinte, as normas e princípios da ordem jurídico-constitucional (art.º 8.º). Aliás, aquando da discussão sobre a redação originária do art.º 208.º, foi proposto o aditamento da expressão *"e ao direito"*, enquanto "válvula de segurança contra o positivismo legalista", no entanto essa proposta foi rejeitada por se considerar que o termo "lei" tem sentido "amplo", no qual devem ter-se por incluídos "princípios materiais de justiça que são inerentes à civilização jurídica" (LOPES, Victor Silva, *Constituição da República Portuguesa 1976 Anotada*. Lisboa: Editus, 1976, p. 239). Sobre esta discussão, cfr. CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 515, ponto VI.

[36] Sobre esta questão, Paulo Castro Rangel enuncia que "o espaço material da reserva de jurisdição já não coincide com o da *reserva de Lei* e, portanto, a reserva de jurisdição não é mais um simples instrumento ou garantia da reserva de Lei" (RANGEL, Paulo Castro, *Reserva de Jurisdição - Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica, 1997, p. 21). Com efeito, o juiz não está preso à lei, mas observando esse referencial, deve aferir do espírito da lei e dos princípios que lhe subjazem.

mas tão só a especificidade da própria função judicial, ou seja, de "garantia, concretização e desenvolvimento do direito, revelado, em via inicial, pelos atos legislativos da Assembleia da República e do Governo" [37].

Henry St. John, Visconde de Bolingbroke, célebre autor inglês do século XVIII, pioneiro da ideia dos "*check and balances"*, argumento sobre a necessidade da separação dos poderes, sintetizou que a "*[inter]dependência* constitucional (...) consiste nisto: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando atua e afeta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a *independência* consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente e sem qualquer influência direta ou indireta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. (...) Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende dos órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência"[38].

§3. Finalmente, estatui o art.º 202.º, n.º 1, que a administração da justiça pelos Tribunais é realizada "*em nome do povo*", indicando que a justiça não se efetiva mediante sufrágio[39], mas mediante um mecanismo de representação constitucional do povo (*"em nome"* dele)[40], na pessoa dos juízes, que são os titulares desses órgãos de soberania. No entanto, tal não exclui a existência de outros mecanismos de representação emergentes do sufrágio, designadamente na

[37] CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993 (6.ª ed.), p. 758.

[38] Bolingbroke *apud* PIÇARRA, Nuno, *cit.*., p. 86.

[39] A este propósito, refere Paulo Ferreira da Cunha: "A definição dada para os tribunais afasta os preconceitos (de influência anglo-saxónica e de inspiração demagógica) sobre a eleição ou não eleição dos juízes. É uma fórmula feliz [a do art.º 202.º, n.º 1]." (CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direito Constitucional Anotado*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 447).

[40] Seguindo entendimento diverso, Paulo Otero considera que "não há uma intrínseca natureza representativa na intervenção dos tribunais ao administrarem a justiça: dizer que o fazem em nome do povo será uma pura ficção jurídica" e que "trata-se aqui de um puro vínculo jurídico, sem qualquer ideia de representação decisória dos juízes, que faz os tribunais administrarem a justiça em nome do povo (...), pois o povo é considerado pela Constituição o titular da soberania" (OTERO, Paulo, *ob. cit.*, pp. 416, 417).

forma de composição dos órgãos integrantes do *sistema judicial* — em particular, o órgão constitucional Conselho Superior da Magistratura —, com a designação e eleição de vogais, respetivamente, pelo Presidente da República e pela Assembleia da República (art.º 218.º, n.º 1).

Sem prejuízo, divergindo-se do sustentado por Cunha Rodrigues, a expressão "em nome do povo" não tem um valor meramente pedagógico ou sugestivo[41]. A Constituinte quis assinalar a *legitimidade* do poder judicial [42], emergente do próprio povo, enquanto coletivo unitário, em nome do qual só pode ter-se por feita justiça quando aquele garanta os direitos e liberdades fundamentais, o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático [art.º 9.º, al. *b)*], assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (art.os 20.º, n.º 1 e 202.º, n.º 2).

Nesta senda, diversamente do que ficou plasmado para o Presidente da República (art.º 120.º), para a Assembleia da República (art.º 147.º) e para o Governo (art.º 182.º) — para os quais não ficou estipulado que exercem as suas funções "em nome do povo" — quis-se reforçar a *divisa legitimadora* não dependente de sufrágio direto[43], porque os Tribunais quando administram a justiça, fazem-no em nome de *todo* o povo, não estão dependentes de maiorias, nem decidem *por causa* ou *em favor* dos interesses destas. Pelo contrário, são

[41] RODRIGUES, Cunha, *A Constituição e os tribunais*. Lisboa: Diabril, 1977, p. 42.

[42] Conforme expõe Orlando Afonso, "o poder judicial constitui-se e legitima-se, em cada país, a partir das opções constitucionais tomadas. (...). A nossa Constituição ao criar e definir os Tribunais como órgãos de soberania com competência para administrar a justiça e ao dispor que os juízes dos tribunais são recrutados pelas regras e requisitos pré-determinados, está a legitimar originariamente o Poder Judicial e todos aqueles que de acordo com as regras de integração no corpo de magistrados, venham a ser titulares." (cfr. AFONSO, Orlando Viegas Martins, *Poder Judicial – Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 53).

[43] Anotam J. Gomes Canotilho e Vital Moreira que "[a] justiça feita em nome do povo e não «pelo povo» significa que a articulação com a soberania popular («povo») não se faz em termos de imediação popular, através do sufrágio, mas sim, de forma mediata ou indireta («em nome do povo»)" - CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 202.

chamados a ser os garantes dos direitos e interesses *de todos*, ainda que integrem minorias e independentemente da sua condição — e nesta, ainda que não sejam cidadãos nacionais (*cfr.* art.º 15.º).

Acresce que "o Tribunal só age se o povo o *ativar* e toda a justiça que faz, fá-la em nome do povo (de cada um dos cidadãos) porque são estes que por si ou por intermédio de quem os representa, que demandam a Justiça. E ao demandá-la junto dos Tribunais estão a legitimar o poder judicial" [44]. Ou seja, distintamente dos demais órgãos de soberania, que podem atuar por *iniciativa própria*[45] na criação, condução e execução dos seus programas, os Tribunais dependem *sempre* da iniciativa e impulso do povo, *para quem* e *em nome de quem* administram a Justiça. É esta uma sua *singularidade*, enquanto órgãos de soberania.

2.2.2. O exercício como *Poder* constitucional

Conforme enuncia Rodrigues da Silva, "a palavra *poder* tem dois significados: escrita com a inicial *minúscula* significa faculdade, força, capacidade; escrita com inicial *maiúscula* significa Estado"[46]. A função jurisdicional exercida nos Tribunais é um *Poder*[47], no sentido *ligado ao conceito de Estado* e à salvaguarda da ordem e

[44] AFONSO, Orlando Viegas Martins, *Poder Judicial – Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 60, 61.

[45] Conforme refere Marcelo Rebelo de Sousa, "a função jurisdicional do Estado consiste no julgamento dos conflitos de interesses públicos e privados através de órgãos entre si independente, *colocados numa posição de passividade e imparcialidade*", acrescentando, em seguida que "nesta definição cumulam-se *elementos materiais*, como a natureza essencialmente intelectual e jurídica da atuação dos órgãos que exercem a função jurisdicional e o objeto dessa atuação – o dirimir conflitos de interesses públicos e privados -*, elementos orgânicos*, como a independência dos órgãos, e *elementos formais*, como a sua passividade – não tomando a iniciativa de julgar quaisquer conflitos -, e a sua imparcialidade – não assumindo como seu qualquer dos interesses conflituantes (SOUSA, Marcelo Rebelo, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979, p. 251).

[46] SILVA, José Maria Rodrigues, *O Homem e o Poder*. Lisboa: Fólio Edições, 2000, p. 11.

[47] Sobre a diferença entre *potestas* e a *auctoritas*, enquanto limite extrínseco daquela, sendo a função jurisdicional a limitação do Poder pela *auctoritas* da jurisdição (o Direito dito no caso

do cumprimento da *rule of law*, na medida em que "o Estado subordina-se à Constituição e *funda-se* na legalidade democrática" (art.º 3.º, n.º 2). Não se trata, contudo, do exercício de uma arma de controlo ou de atuação política, isto é, de supremacia sobre os outros poderes, já que *todos* os poderes do Estado devem exercer as competências que lhes foram outorgadas pelo povo, observando e cumprindo os princípios da separação e da interdependência. Nesta conformidade, a função jurisdicional consubstancia-se no exercício de um *Poder* na realização da justiça, enquanto imperativo da afirmação do Estado e das suas instituições, evitando a desordem social e a *vindicta privada*.

Por essa razão, estatui o art.º 205.º, n.º 2 que "as decisões dos tribunais são *obrigatórias* para todas as entidades públicas e privadas e *prevalecem* sobre as de quaisquer outras entidades". Esta afirmação rompe com a prática clássica e medieval em que o exercício da jurisdição era parte integrante de *um* poder político que concentrava em si a autoridade legislativa, de governo, administração e de julgamento ou, quando tal não sucedia, a função de julgar era exercida sob *delegação*, sem autonomia própria ou subordinada a outro *poder*.

Ora, "o poder judicial [só] será efetivamente um Poder se for detentor da possibilidade impor coativamente as suas decisões (inter partes ou erga omnes) sem recursos a poderes que lhe são estranhos" [48].

Este conceito é muito relevante e *definidor* da natureza constitucional dos Tribunais. Na verdade, assiste-se à utilização, por vários setores da sociedade, de termos de qualificação dos Tribunais que não têm correspondência com a estatuição constitucional, designadamente a de qualificação dos Tribunais como simples "autoridade judiciária" e/ou de "serviço público". Tais conceitos são *redutores* da natureza dos Tribunais.

---

concreto), cfr. CAMPINHO, Alberto, *Independência e unidade da judicatura*. Braga: Livraria Minho, 1994, pp. 146,147.

[48] AFONSO, Orlando Viegas Martins, *Poder Judicial – Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 41.

Com efeito, verifica-se a proliferação de diversas "*Autoridades*" [49], de natureza administrativa, reguladora ou de supervisão, que não têm qualquer conexão com o exercício da função jurisdicional. Ora, conforme sustenta Orlando Afonso, "a palavra autoridade, não é mais sinónimo de poder pleno, mas de qualidade daquele que está «autorizado» pelo Poder a praticar ou a determinar que se pratique, por iniciativa sua, determinados atos; a autoridade não é (ou raramente é) titular do Poder: para a autoridade administrativa ou para a autoridade policial, como para qualquer outra, o Poder coloca-se-lhes num plano externo e superior (...). Atribuir à magistratura judicial a simples qualidade de autoridade judiciária, (...) é colocar a Justiça num plano de subordinação em face do Poder; é torná-la o braço secular do Poder político: a autoridade age se e enquanto o Poder lhe permite a ação" [50].

Do mesmo modo, equiparar o Judiciário [constituído pelos Tribunais] a um *serviço público* é menorizar a sua natureza de órgão de soberania. É certo que nos Tribunais prestam-se vários serviços para os cidadãos. A Assembleia da República também tem e presta serviços regulados por lei [51], designadamente de documentação, comunicação, relações internacionais, edições, biblioteca, arquivo histórico parlamentar e informação ao cidadão, porém não é essa prestação que define e caracteriza o *múnus* da Assembleia da República, a saber, órgão de soberania. Um serviço público pressupõe instrumentalidade e satisfação de necessidades da população; os Tribunais não prestam um serviço de justiça, mas *administram-na* na defesa e salvaguarda dos direitos subjetivos e dos interesses

[49] *Cfr.*, a título meramente exemplificativo, "Autoridade Tributária e Aduaneira", "Autoridade da Concorrência", "Autoridade para as Condições do Trabalho", "Autoridade da Mobilidade e dos Transportes", Autoridade Nacional – Agência Portuguesa do Ambiente", "Autoridade Nacional de Comunicações – Anacom", "Alta Autoridade para a Comunicação Social", "Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária", "Autoridade de Segurança Alimentar e Económica", "Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões", "Autoridade de Saúde Pública", "Autoridade Nacional de Proteção Civil", "Autoridade Nacional da Aviação Civil" e "Autoridade Nacional de Segurança".

[50] AFONSO, Orlando Viegas Martins, *Poder Judicial – Independência in Dependência*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 42,43.

[51] Lei n.º 28/2003, de 30 de julho e Resolução da Assembleia da República n.º 20/2004, de 16 de fevereiro.

legítimos dos cidadãos. Embora todos os poderes em democracia só existam por causa e para os cidadãos — e nesse prisma os órgãos de soberania são serviços públicos — resumir os Tribunais a essa qualificação é diluí-los na amálgama das demais entidades às quais o povo não quis conferir exercício de soberania, destruturando a sua identidade.

2.2.3. Garantias constitucionais no exercício da função jurisdicional

A Constituição cinge-se a consagrar a *independência* e a *sujeição exclusiva à lei* como elemento definidor da garantia do exercício da função jurisdicional. Não se afigura conceptualmente correto particularizar que os *Tribunais* "são isentos e imparciais", na medida em que "a *isenção* é um atributo pessoal do juiz (e um dever), a *imparcialidade* um requisito processual e a *independência* um princípio fundamental caracterizador do poder judicial num Estado de Direito" [52]. A demarcação garantística deve, assim, radicar nos carateres densificadores da enunciada independência plasmada no art.º 203.º.

§1. Uma das garantias consubstancia-se na total ***autonomia na interpretação e aplicação*** do direito ao caso concreto. Os Tribunais não estão sujeitos a seguir uma interpretação jurídica vinculada[53], devendo fazer uma subsunção do direito à matéria de facto julgada, ajustada à especificidade caso concreto. E se é certo que os acórdãos uniformizadores de jurisprudência devem ser respeitados e o seu entendimento aplicado integralmente por todos os Tribunais[54], não está excluída a possibilidade de ser proferida decisão em sentido divergente, ainda que, necessariamente, devidamente fundamentada (art.º 205.º, n.º 1) com a

[52] AFONSO, Orlando Viegas Martins, *ob. cit.*, p. 66.

[53] Sem prejuízo de a atuação na interpretação ser *livre*, tal não significa que possa ser *arbitrária* ou *discricionária*, na medida em que os Tribunais estão *sujeitos* à lei (citado art.º 203.º).

[54] Sobre o valor e o efeito dos acórdãos de uniformização de jurisprudência, *cfr.* ALEXANDRE, Isabel, "Problemas recentes da uniformização da jurisprudência em processo civil", *in Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2000 (Tomo I, pp. 103-163, em especial pp. 154 ss.).

correspondente argumentação, a qual deve resultar de evolução doutrinal posterior ou de atualização interpretativa[55]. A autonomia interpretativa abrange igualmente a inadmissibilidade de qualquer condicionamento, pressão ou instrução por parte dos titulares de qualquer órgão de soberania, com ressalva do *dever de acatamento* pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos Tribunais Superiores[56].

§2. *Publicidade.* Nos termos do art.º 206.º, as *audiências* dos Tribunais são públicas. O preceito aponta, essencialmente, para as audiências de discussão e julgamento em que seja produzida prova: "a função da publicidade das audiências está não apenas em reforçar as garantias de defesa dos cidadãos perante a justiça, mas também em proporcionar o controlo popular da justiça, robustecendo, por isso, a legitimidade pública dos tribunais"[57].

Ainda que não esteja expressamente prevista na Constituição, a *publicidade do processo* (mais abrangente que a publicidade das audiências) confere transparência da administração da justiça, podendo qualquer pessoa interessada e sem invocação de motivo, aceder ao processo, examiná-lo e obter cópias ou certidões de quaisquer peças nele incorporadas. A publicidade da audiência e do processo só podem ser limitadas pela necessidade de tutela da dignidade e da intimidade das pessoas envolvidas no processo[58], cujos interesses ou direitos legítimos,

---

[55] *Cfr.* art.º 688.º, do Código de Processo Civil e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19-09-2004, proc. 3871/12.4 TBVFR, Cons. Bettencourt de Faria, *in dsgi.pt/jstj.*

[56] *Cfr.* art.º 4.º, n.º 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais: "Os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores". Tem-se entendido que o não acatamento pelos Tribunais inferiores das decisões dos Tribunais superiores, quando proferidas em via de recurso e estejam transitadas em julgado, constitui *nulidade insuprível*, sendo *ilegítima* a recusa de cumprimento da decisão do Tribunal Superior.

[57] CANOTILHO, J.Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 533, ponto II.

[58] No *processo civil,* cfr. art.os 164.º (publicidade do processo) e 606.º (publicidade da audiência), ambos do Código de Processo Civil*; no processo penal*, cfr. art.º 86.º (publicidade a partir do inquérito, sem prejuízo dos casos sujeitos a segredo de justiça) e art.º 321.º (publicidade da audiência), ambos do Código de Processo Penal.

ponderados em concordância prática, possam ser lesados pela divulgação ao público[59].

Destarte, a publicidade da audiência (e do processo) constitui uma garantia essencial do povo no próprio controlo da atividade jurisdicional. Com efeito, "além do fortalecimento da transparência do processo judicial e do controlo democrático, a publicidade das audiências reforça também a *confiança*, por parte dos cidadãos, no funcionamento dos tribunais, e a própria *independência* dos juízes. Estas duas últimas dimensões justificam a afirmação de que a publicidade das audiências dos tribunais não é apenas um problema de controlo democrático, mas também um momento de condensação de juridicidade estatal"[60].

§3. *Participação popular.* O art.º 207.º prevê a participação popular direta na administração da justiça, designadamente na realização de julgamentos (crime) com intervenção de *tribunal do júri* [61] nos crimes graves (estando, contudo, a sua participação dependente de requerimento pela acusação ou pela defesa, não podendo ser determinada oficiosamente pelo juiz) e ainda a intervenção de *juízes sociais* no julgamento de questões de trabalho, de infrações contra a saúde pública,

[59] Sobre o segredo de justiça em processo penal, cfr. entre outros, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009 (anotação ao art.º 86.º); ANTUNES, Maria João – "O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp 1237-1268; MONTE, Mário Ferreira, "O segredo de justiça em processo penal na relação de tensão entre o papel do Juiz de Instrução e do Ministério Público – anotação ao Acórdão n.º 110/2009 do Tribunal Constitucional", in *Revista Lusíada Direito*, n.º 1. Porto: Universidade Lusíada, 2010, pp. 457-476.

[60] CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 534, ponto V, §2.

[61] O regime de júri em processo penal foi aprovado pelo Dec.-Lei n.º 387-A/87, de 29 de dezembro e, além de regular o processo de seleção, apuramento e designação, estatui o art.º 16.º que "o desempenho da função de jurado constitui *serviço público obrigatório*, sendo a sua recusa injustificada punida como crime de desobediência qualificada". Os jurados não intervêm apenas na decisão da matéria de facto, mas igualmente na questão de direito (art.º 14.º, n.º 1), sendo-lhes aplicável a mesma garantia consagrada para os juízes, de *irresponsabilidade decisória*, sem prejuízo dos casos especialmente previstos na lei em que podem ser sujeitos, em razão do exercício das suas funções, a responsabilidade civil ou criminal (n.º 3, do art.º 14.º).

de pequenos delitos e em matéria de família e menores[62/63]. Além da participação de "cidadãos comuns *qua tale*", o n.º 3, do prevê ainda a *assessoria técnica*, no apoio ao julgamento, de profissionais qualificados pelos seus especiais conhecimentos.

2.2.4. Princípio da tutela jurisdicional efetiva

O princípio da tutela jurisdicional efetiva, que radica na garantia do efetivo de acesso das *pessoas*[64] à proteção e salvaguarda dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, obteve relevante condensação na revisão constitucional de 1989, nos n.os 4 e 5, do art.º 268.º, ainda que apenas na vertente da *relação do cidadão com os órgãos da administração pública*, garantindo-se nessa sede, aos administrados, a "tutela efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses [e] a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem (...)"[65].

---

[62] Os juízes sociais intervêm nas causas previstas no n.º 2 do artigo 30.º da Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro (Lei Tutelar Educativa), e no artigo 115.º da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo).

[63] Sobre a função dos juízes sociais e a sua conexão com o sentido de uma intervenção social includente, recorrendo aos contributos da Psicologia, a Sociologia e a Medicina Legal, *cfr.* Fundação para o Desenvolvimento do Porto e Universidade Católica do Porto, *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens - A Função dos Juízes Sociais - Actas do Encontro*. Coimbra: Almedina, 2003.

[64] O art.º 20.º, n.º 1, da Constituição não circunscreve o direito à tutela jurisdicional efetiva aos *cidadãos*, mas é inequívoco ao consagrar que *"a todos* é assegurado...". Ou seja, quer sejam *pessoas singulares* — cidadãos nacionais ou estrangeiros, apátridas (cfr. art.º 15.º) — quer sejam *pessoas coletivas* (cfr. art.º 12.º, n.º 2).

[65] Nesse âmbito, da relação *administrativa*, Gonçalo Capitão e Pedro Machado assinalaram que tal direito "apresenta-se inegavelmente como elemento essencial do Estado de direito democrático, erigido, por um lado, em garante da ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas e, por outro, em expressão da proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça, especialmente por parte do Estado. Enquanto direito fundamental, a direito a tutela judicial efetiva não se limita, contudo, a ser um direito de defesa perante as ingerências estaduais ou privadas na esfera juridicamente protegida de cada cidadão, é também um direito a prestações porquanto impositivo das tarefas estaduais de promoção e/ou garantia das condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo dos bens jurídicos compreendidos no «acesso ao direito» e no «acesso aos tribunais»"

Posteriormente, na revisão constitucional de 1997, houve acolhimento do princípio na redação do art.º 20.º, consagrando que a tutela jurisdicional efetiva abrange, além do *direito de acesso* ao direito e aos tribunais (art.º 20.º, n.º 1), o direito de *obter uma decisão judicial em prazo razoável* e mediante *processo equitativo* (art.º 20.º, n.º 4), bem como que essa tutela se verifique em *tempo útil* contra ameaças ou violações dos direitos (art.º 20.º, n.º 5).

Ora, um dos seus elementos caracterizadores consubstancia-se no ***dever de fundamentação*** das decisões. Nos termos do n.º 1, do art.º 205.º, "as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são *fundamentadas* na forma prevista na lei". Quer os destinatários diretos da decisão, quer os cidadãos em geral (pelo direito de consulta que lhes está reconhecido), têm o direito em que lhes seja dado a conhecer o processo de formação da convicção do julgador quanto à decisão da matéria de facto, bem como os normativos e a interpretação que do mesmo seja feita na aplicação ao caso concreto. Este dever geral de fundamentação das decisões judiciais, que apenas é excluído nas decisões de mero expediente, "explica-se pela necessidade de justificação do exercício do poder estadual, da rejeição do segredo nos atos do Estado, da necessidade de avaliação dos atos estaduais, aqui se incluindo a controlabilidade, a previsibilidade, a fiabilidade e a confiança nos atos do Estado. A estes exige-se clareza, inteligibilidade e segurança jurídica" [66].

O dever de fundamentação é igualmente o suporte de controlo da decisão[67], designadamente por via de recurso (quer pelas partes, quer pelos Tribunais Superiores) e constitui a essência da transparência da atividade jurisdicional, devendo ter-se por *adequadamente suficiente* a fundamentação que permita a um

(CAPITÃO, Gonçalo e MACHADO, Pedro, "Direito à tutela jurisdicional efetiva", In *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n.º 3, Abril-Junho 1995, Lisboa: Universidade Lusíada, 1995, pp. 33,34).

[66] CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 526, ponto I.

[67] Conforme decidiu o Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão, de 02-06-2016, proc. 781/11.6TBMTJ, Rel. Cons. Fernanda Isabel Pereira, *in dgsi.pt/jstj*), "O dever de fundamentar as decisões impõe-se por razões de ordem substancial – cabe ao juiz demonstrar que, da norma geral e abstrata, soube extrair a disciplina ajustada ao caso concreto – e de ordem prática, posto que as partes precisam de conhecer os motivos da decisão a fim de, podendo, a impugnar".

destinatário normal aferir do raciocínio *cognoscitivo* e *valorativo* seguido para a prolação da decisão. Acresce ainda que a fundamentação constitui uma salvaguarda para o próprio juiz, na medida em que delimita a sua responsabilidade jurídica (civil, criminal e política) nos casos em que a lei estabelece essa possibilidade.

2.3. O princípio da reserva do juiz

Do art.º 205.º, n.º 1, da Constituição deriva o principio da *reserva do juiz*, ou seja, de que o exercício da função jurisdicional cabe exclusivamente aos tribunais e, *dentro dos tribunais, ao juiz*, pelo que não podem ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos, designadamente à Administração Pública. O poder judicial só pode ser exercido por tribunais, e os juízes atuam estritamente vinculados aos princípios de independência, legalidade e imparcialidade[68].

2.3.1. Exigências

As exigências derivadas da exclusividade do exercício da função jurisdicional são precisamente a *isenção*, *imparcialidade*, *estrita juridicidade* ("sujeição à lei" – art.º 203.º) e *independência*.

A ***isenção*** é o primeiro atributo do juiz justo. "Não se é justo por se ser juiz, mas é-se juiz para se ser justo. E para se ser justo é necessário ser isento" [69]. E "ser isento significa não estar comprometido, em primeiro lugar, consigo próprio;(...) em segundo lugar, não estar comprometido com a comunidade ou

[68] Gomes Canotilho ensina que "o poder judicial é um «*poder separado*»: organizatória e funcionalmente, é separado dos outros. (...). Daí um primeiro e importante momento do chamado «poder judicial»: a independência dos tribunais significa necessariamente a separação da função de julgar (função jurisdicional) num sentido positivo e num sentido negativo. Em sentido *positivo*, a função jurisdicional é exclusivamente atribuída a juízes; em sentido *negativo*, proíbe-se o exercício da função jurisdicional por outros órgãos ou poderes que não sejam jurisdicionais" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 657, 660).

[69] AFONSO, Orlando, *ob. cit.*, p. 65.

sociedade que o envolve: pessoas, organizações, grupos de pressão" [70]. Ou seja, estar apenas *comprometido* com a sua competência com a observância do direito.

A ***imparcialidade*** não se confunde com a isenção. Esta constitui um atributo pessoal do juiz, enquanto que aquela significa não haver qualquer comprometimento com as partes do processo: o juiz não "toma partido" por qualquer das partes, quando decide a favor de uma e a desfavor de outra; simplesmente cumpre o que a lei lhe determina[71]. Por essa razão, havendo alguma circunstância que afete ou seja passível de ser questionada a sua imparcialidade, deve ser o juiz que, de *moto proprio*, deve suscitar o seu *impedimento* no processo.

Relativamente à ***independência*****,** esta não diz respeito a qualquer relação do juiz com as partes, relativamente às quais, afastado dos seus interesses particulares, está numa posição distinta ("suprapartes"), mas sim da sua *relação institucional* enquanto titular do Poder judicial, relativamente aos demais poderes do Estado (independência externa), bem como em relação aos demais titulares do mesmo Poder Judicial, dos quais o Juiz não pode receber quaisquer instruções, apenas estando obrigado a acatar as decisões, em sede de recurso, proferidas pelos Tribunais Superiores.

2.3.2. Garantias

Para assegurar a independência dos juízes — a qual, mais do que um *direito* destes, é uma *prerrogativa garantística* dos cidadãos — a Constituição consagra a sua inamovibilidade e irresponsabilidade (art.º 216.º).

A ***inamovibilidade*** significa que os juízes não podem ser demitidos, suspensos ou transferidos, salvo nas situações excecionadas pela própria lei, as quais devem

[70] *Ibidem*, p. 66.

[71] *Ibidem*, p. 66: "A imparcialidade significa que o Juiz, apenas sujeito à lei, premissa substancial da dedução judicial e sua fonte de legitimação política, deve ser estranho quer aos sujeitos de qualquer causa quer ao sistema político, quer aos interesses particulres de uns quer aos gerais do outro".

ser devidamente fundadas e justificadas. Associado à inamovibilidade, prevê o art.º 32.º, n.º 9, o princípio do ***juiz natural*** [72], do qual decorre que o julgamento de qualquer causa não pode ser atribuído a um específico juiz, nem antes nem no decurso da sua tramitação: os processos devem ser distribuídos por critérios absolutamente objetivos e pré-determinados, não podendo nem as partes, nem qualquer outro órgão, designadamente o Conselho Superior da Magistratura, atribuir um *específico* processo a um *concreto* juiz[73]. Tem por desiderato obstar a *designação* ou *afastamento* arbitrário ou "a pedido" de um juiz ou tribunal para decidir um caso submetido a juízo.

A ***irresponsabilidade*** não significa que o juiz possa decidir arbitrária ou discricionariamente. Este princípio é basilar da independência, traduzindo-se na insusceptibilidade de ser responsabilizado pelo concreto ato de julgar e pela específica interpretação e decisão proferida no caso concreto. Na ausência deste princípio, o juiz ficaria limitado e sofreria pressão e receio no ato de decidir, o que seria contraditório com a exigência intrínseca do exercício da função jurisdicional. O juiz ao decidir não pode estar coartado ou condicionado com a possível discordância das partes, *maxime* quando tenham elevado poder político, económico ou social. Estando assegurado o direito ao recurso, é por esta via que as suas decisões podem ser impugnadas, confirmadas ou revogadas. Não está, contudo, excluída a sua responsabilidade civil, criminal ou disciplinar, nos casos de dolo ou negligência grosseira, ou seja, quando o juiz tenha violado o *múnus* da sua função.

[72] Conforme se assinalou no Acórdão n.º 393/89, do Tribunal Constitucional, este princípio está intrinsecamente relacionado "com a independência dos tribunais perante o poder político. O que ele proíbe é a criação (ou a determinação) de uma competência *ad hoc* (de exceção) de um certo tribunal para uma certa causa. O princípio proíbe, em suma, os tribunais *ad hoc*".

[73] Sobre esta matéria, com análise de direito comparado e no confronto com a sua possível restrição pelo conteúdo do princípio da tutela jurisdicional efetiva, *cfr.* BRITO, Miguel Nogueira, "O Princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária", *in Revista Julgar*, n.º 20. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 19-37.

O n.º 3, do art.º 216.º, estatui ainda a regra da ***exclusividade funcional*** [74]**.** Esta, conforme é sustentado por Gomes Canotilho e Vital Moreira, aplica-se apenas os *juízes "profissionais"*, ou de carreira, "não podendo obviamente ter a ver com aquelas categorias de juízes que, constitucional ou legalmente, *exerçam o cargo a título eventual (v.g.*, juízes sociais*, árbitros*, leigos chamados a substituir juízes, na falta ou impedimento destes, etc.)"[75]. O sentido deste princípio consiste, precisamente, em que o juiz se concentre na sua função, sem risco de ligações ou dependências profissionais, financeiras ou sociais que o limite no exercício jurisdicional e afete a sua isenção, imparcialidade ou independência.

2.4. Princípios jurídico-organizatórios e funcionais

São diversas as opções de organização judiciária nos Estados de direito democrático. Portugal adotou um sistema de administração do judiciário com a intervenção direta do poder legislativo e judicial (na representação) e do executivo (na gestão dos equipamentos e recursos materiais).

Assim, o Conselho Superior da Magistratura é um *"órgão constitucional autónomo*, que tem como função essencial a gestão e disciplina da magistratura dos tribunais judiciais e cuja existência e composição satisfazem dois requisitos: *(a)* garantir a autonomia dos juízes dos tribunais judiciais, tornando-os independentes do Governo e da Administração; *(b)* atenuar de algum modo a ausência de legitimação democrática dos juízes, enquanto titulares de órgãos de soberania, envolvendo os dois órgãos de soberania diretamente eleitos — o Presidente da República e a Assembleia da República – na composição do órgão superior da magistratura judicial*"* [76], sabendo que o *número* total (9) dos membros

[74] Nos termos deste preceito, "Os juízes em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas, nos termos da lei".

[75] CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 585, ponto I.

[76] Definição de Gomes Canotilho e Vital Moreira (*ob. cit.*, p. 596, ponto I)

designados pelo Presidente da República e *eleitos* pela Assembleia da República *supera* em um os membros eleitos pelos juízes (8)[77].

Além da matéria relativa à gestão e disciplina, a organização judiciária é caracterizada por *graus de recurso* dentro da mesma jurisdição, estruturados hierarquicamente[78], daqui resultando que *cada categoria de tribunais* é *independente e autónoma*, sem possibilidade de haver recursos decididos por Tribunal superior de distinta categoria. A única situação *especial* [79] (não se afigura correto qualificar de "exceção) consiste nos recursos para o Tribunal Constitucional, que procedem de qualquer categoria de Tribunais.

A Constituição é omissa na definição das regras de *funcionamento* dos Tribunais, tendo apenas com uma breve referência sobre a especialização dos Tribunais Judiciais (art.º 211.º), relegando-as para lei orgânica. Já quanto à *organização*, explicita a natureza do Supremo Tribunal de Justiça como *órgão superior da hierarquia* dos tribunais judiciais, bem como prevendo os tribunais de primeira e segunda instância (art.º 210.º) e enunciando o Supremo Tribunal Administrativo como órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais (art.º 212.º). O Tribunal Constitucional tem a sua organização e competência plasmada nos art.^{os} 221.º a 224.º, inexistindo qualquer densificação

[77] Sobre a composição do Conselho Superior da Magistratura enquanto *forma de legitimação*, Jorge Miranda afirmou: "(...) como os Tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, os juízes não podem deixar de ter uma ligação com a base dessa soberania através dos órgãos do Estado assentes no sufrágio universal – o Presidente da República e o Parlamento. Um puro governo da magistratura – a qual não é eletiva – seria inadmissível. Mas, por outro lado, a Constituição também afirma o princípio da democracia participativa (...). Logo, a participação dos juízes no Conselho Superior que conduz à sua gestão é imposta não só por razões de tradição e de eficácia técnica como por razões de congruência político-constitucional. Legitimidade e participação, racionalidade e pluralismo, equilíbrio e limitação recíproca, eis as linhas cardeais do sistema e com as quais estou, por conseguinte, de acordo no essencial" (MIRANDA, Jorge, "Tribunais, Juízes e Constituição", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, n.º 1. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2009, p. 20).

[78] Com exceção do Tribunal de Contas, que é o tribunal superior e único em matéria de contas públicas.

[79] O art.º 209.º, n.º 1 é paradigmático ao enunciar: *"Além do Tribunal Constitucional*, existem as seguintes categorias de tribunais (...)". Ou seja, exclui-o de qualquer categoria nominativa.

quanto às restantes categorias de tribunais. É manifesto que embora sendo órgãos de soberania, deveria caber "à Constituição a definição da sua composição, da sua competência e do seu funcionamento (art.º 110.º, n.º 2). Todavia, isso só em pequena medida acontece, sendo a Constituição bastante mais sumária em relação aos tribunais do que em relação aos demais órgãos de soberania" [80].

3. Previsão constitucional dos Julgados de Paz

3.1. Enquadramento histórico

Os julgados de paz já existiram na orgânica judiciária portuguesa, embora com uma formulação, organização e competência distintas.

1. Sem prejuízo de referências com alguma similitude em passado mais remoto[81], na época medieval, em sede do foral das localidades, eram mencionados os privilégios, tributos, foros, leis, bem como a nomeação de juízes com jurisdição sobre o mesmo. No entanto, os "juízes de paz" não são mencionados nem como os aplicadores da justiça Régia, nem como responsáveis pelo cumprimento dos forais. Os únicos juízes com capacidade e função de cuidar administrativamente e judicialmente da "boa governança das vilas e seus termos" [82], eram os *"juízes*

[80] CANOTILHO, J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 547, ponto IV.

[81] João Galhardo Coelho refere que em busca das menções mais remotas à figura dos juízes de paz, encontramos, no Código Visigótico, referência aos defensores ou assertores pacis, importante corpo de magistrados investidos por especial autoridade real, com a prerrogativa de «fazer e manter a paz»" (COELHO, João Miguel Galhardo, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*. Lisboa: Âncora Editora, 2003, p. 13) Também Cardona Ferreira enuncia que "já no Código Visigótico se fala nos declarantes de paz (pacis autem assertores sunt) e, no Fuero Juzgo (cuja fonte foi a forma Vulgata do Código Visigótico) referia-se o mandanero de paz" (FERREIRA, J.O. Cardona, *Justiça de Paz. Julgados de Paz*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 80).

[82] NETO, Margarida Sobral, "Percursos da História Local Portuguesa: monografias e representações de identidades locais", *in* SANTOS, J.M. e Catana, A.S. (coord.), *Memória e História Local*. Coimbra: Palimage, 2010, pp. 66, 68. Acessível na URL: www.academia.edu/5279609/Percursos_da_História_Local_Portuguesa.

ordinários" (eleitos pelo município) ou os *"juízes de fora"* (de nomeação régia), tal como constam das Ordenações Manuelinas (Livro I) e Filipinas (Livro I)[83].

2. Embora a Constituição de 1822, no seu art.º 180.º, já apontava para a sua futura criação (com a previsão do "*juiz eletivo*"), os *juízes de paz* só foram expressamente previstos, pela primeira vez, na Carta Constitucional de 1826[84], tendo sido instituídos posteriormente, em 1832, por Mouzinho da Silveira[85]. Os juízes de paz eram eleitos e nenhuma questão ou demanda deveria ser levada a juízo de 1.ª instância, ou seja, perante os Juízes de Direito, sem ter sido previamente apresentada no juízo de conciliação (ou de paz) [86]. Era, portanto, uma *estrutura pré-judicial de conciliação*. A Constituição promulgada pelas Cortes a 20 de março de 1838 confirmou o caráter eletivo do juiz de paz, tendo a "Novíssima Reforma Judiciária" de 21 de maio de 1841 mantido as suas funções e eleição, competindo-lhes "a conciliação das partes em demanda, empregando para isso todos os meios que a prudência e a equidade lhe sugerissem, fazendo ver às partes os males que lhes resultariam das demandas, abstendo-se de empregar algum meio violento ou caviloso, sob pena de responsabilidade por perdas e danos, e por abuso do poder" (art.os 134.º e 135.º). Contudo, pela Carta de Lei de 1867, os juízes de paz deixaram de ser eleitos para serem *nomeados pelo Governo.*

[83] Sobre as várias menções aos juízes de paz na história do direito português, cfr. FERREIRA, J.O. Cardona, *Justiça de Paz*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 70-99.

[84] A Carta Constitucional instituiu que o poder judicial era composto por juízes de direito, jurados e juízes de paz – cfr. art.os 118.º e 129.º. Disponível em: http://purl.pt/11484/5 [Consult. 28-03-2018].

[85] Cfr. art.os 40.º a 50.º, do Decreto n.º 24, de 16-05-1832.

[86] "(...) a sua função era julgar pequenas demandas até dezasseis mil réis, tomar medidas sociais como colocar em custódia o bêbado, fazer separar os ajuntamentos em que houvesse perigo de desordem, fazer com que não houvessem vadios ou mendigos, obrigando-os a viver de trabalho honesto, vigiar a conservação das matas e florestas públicas" (SEVIVAS, João, *Julgados de Paz e o Direito*. Lisboa: Rei dos Livros, 2007, p. 19).

3. No século XX, o Estatuto Judiciário[87] conferia aos juízes de paz a competência para a prática de *atos processuais simples* e aqueles que lhes fossem *delegados pelo juiz de direito da comarca*, sem prejuízo de atribuições dispersas conferidas em diplomas legais[88], mas não para o julgamento de litígios cíveis ou de infrações criminais[89]. Estavam sujeitos à ação disciplinar do Conselho Superior Judiciário, órgão único ao qual também estavam sujeitos, em sede disciplinar, todos os juízes dos outros tribunais. Quanto à sua nomeação, nas sedes de concelho a função de juiz de paz era inerente ao cargo de conservador do registo civil e nos restantes era inerente ao cargo de "professor do sexo masculino do ensino primário da sede da respetiva freguesia", sendo essa função exercida independentemente de nomeação, diploma e posse (art.º 22.º do EJ1944). O Estatuto Judiciário de 1962 descaracterizou o juiz de paz, reduzindo-o a um órgão de coadjuvação burocrático-administrativa dos juízes de direito da comarca.

4. Após a revolução de 25 de Abril de 1974, a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais de 1977[90] previu novamente a figura do juiz de paz, atribuindo ao juiz

[87] O primeiro Estatuto Judiciário foi publicado pelo Dec.-Lei n.º 13.809, de 22 de junho de 1927, posteriormente revisto pelo Dec.-Lei n.º 33.547, de 23 de fevereiro de 1944. O segundo Estatuto Judiciário data de 1967, mantendo, contudo, a orgânica judiciária do primeiro.

[88] Entre as "demais atribuições" conferidas em diplomas legais, destacaram-se as funções de polícia judiciária (n.º 4 e § único do art.º 3.º do Dec.-Lei n.º 35.042, de 20-10-1945) e a de presidência das comissões de avaliação de prédios urbanos em cada sede de concelho (art.º 5.º do Dec.-Lei n.º 38.784, de 14 de março de 1950).

[89] No Juízo de Paz da Sé Nova de Coimbra, "os assuntos dirimidos eram diversificados, encontrando-se, maioritariamente, as dívidas por empréstimo de dinheiro a juros, ou dívida de venda de cortiça, dívida ao pároco por ofícios por alma, dívida de empréstimo para impressão do jornal Flor do Mondego, empréstimo de dinheiro para compra de uma junta de bois, pagamento de pedra britada para as obras do caminho-de-ferro, pagamento a carpinteiro e pedreiro de obras (...) e reconhecimento de filha ilegítima" (BANDEIRA, Ana Maria Leitão, "O Arquivo do Juízo de Paz da Sé Nova de Coimbra", *in Boletim do Arquivo da Universidade de Coimbra*, Vol. XXVII. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, pp. 68,69).

[90] Lei Orgânica n.º 82/77, de 06 de dezembro de 1977.

de paz, que seria eleito pela assembleia ou plenário de freguesia[92], com competência para exercer conciliação e julgar pequenas causas penais (contravenções de posturas da freguesia) e pequenas causas cíveis que envolvessem apenas direitos e interesses de vizinhos. Na prática, os julgados de paz estavam configurados como "*tribunais arbitrais* de caráter permanente"[93]. Posteriormente, com a publicação do Regulamento da LOTJ77 [94], consagrou-se que o juiz de paz, nas suas decisões, não estaria sujeito a critérios de legalidade estrita, adotando segundo critérios de equidade, a solução mais justa e conveniente, sabendo que em tais procedimentos *nem sequer era admissível a intervenção de advogado*, salvo na fase de recurso (art.º 13.º, n.º 2, do RLOTJ77). Por outro lado, à semelhança do que sucede nos atuais Julgados de Paz, após o requerimento inicial (designado de "demanda"), o juiz de paz deveria as partes e *só se o réu aceitasse pleitear no julgado de paz* poderia apresentar contestação, caso contrário, o processo ficava sem efeito. Sucede, porém, que a Assembleia da República *recusou a ratificação* do referido Regulamento[95] e os Julgados de Paz aí previstos não chegaram a ser instalados.

5. Foi apenas na 4.ª revisão constitucional (1997) que a Assembleia da República acrescentou ao n.º 2, do art.º 209.º, da Constituição, ou seja, onde já se previa a possibilidade de existência de *tribunais arbitrais*, nela incluir-se a dos *julgados de paz*. Em 2001, pela Lei n.º 78/2001, de 13 de julho (LJP) foi regulada a competência, organização e funcionamento dos julgados de paz e a tramitação dos processos da sua competência (regime alterado pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho).

[92] Ou seja, seria sempre uma estrutura com competência muito circunscrita — à *freguesia*, enquanto conjunto de lugares ou bairros.

[93] Cfr. MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil I*. Lisboa: AAFDL, 1980, p. 615 e CASTRO, Anselmo de, *Direito Processual Civil Declaratório*, II Vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p.55.

[94] Dec.-Lei n.º 539/79, de 31 de dezembro de 1979.

[95] Resolução n.º 177/80, de 31 de maio de 1980.

3.2. Elemento teleológico

1. Do longo incurso histórico descrito *supra*, constata-se que os julgados de paz ou os juízes de paz estiveram sempre na linha de *estruturas de auxílio ou pré-judicial* das pequenas causas, sendo reduzida a sua competência decisória, inseridos na resolução extrajudicial de litígios, através de um procedimento simplificado, inclusive sem obrigatoriedade de intervenção de mandatários judiciais, com o mínimo de formalismo e em que as partes, que *voluntariamente* aceitam subordinar-se à equidade, onde os princípios da *oportunidade* económica e social acabam por ter uma importância superior à estrita observância da regra do direito.

2. A alteração do n.º 2, do art.º 209.º, da Constituição foi aprovada por unanimidade sem qualquer discussão[96]. O aditamento do referido normativo resultou, essencialmente, da retoma da ideia vertida no projeto do Regulamento da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais de 1977, a saber, de procurar uma justiça mais próxima dos cidadãos, mais participada pelas partes e, por essa razão, exercida por profissionais não togados. A participação popular tinha e continua a ser efetivada em alguns processos crime com a intervenção dos jurados, na justiça do trabalho e na jurisdição de menores com os "juízes sociais".

Tendo decorrido apenas quatro anos entre a 4.ª revisão constitucional e a aprovação da Lei dos Julgados de Paz (LJP), é possível discernir o elemento teleológico através dos princípios e carateres plasmados nesta última[97], a saber, a

[96] Cfr. Reunião de 25-06-1997 da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, *in Diário da Assembleia da República*, II Série-RC, n.º 109, de 26-06-1997, p. 3224.

[97] A Lei dos Julgados de Paz não tem qualquer preâmbulo nem exposição de motivos. Do Projeto de Lei n.º 83/VIII [Disponível na Internet no enderço http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=6242], na sua versão originária, fazendo-se referência ao Decreto-Lei n.º 539/79, de 31 de dezembro (não ratificado pela Assembleia da República), abordava-se "a importância da intervenção direta e decisiva da comunidade na aplicação da justiça", que "teria vantagens tanto no respeitante à superação dos conflitos, pacificação e reconciliação, como no que concerne à readaptação social, poupando as partes a certos efeitos negativos e estigmatizantes da justiça formal". Parte significativa do projeto de lei não foi acolhida no processo que culminou com a aprovação da Lei 78/2001, designadamente que o juiz de paz seria eleito pela Assembleia Municipal, para um exercício temporário, no cargo, de 3 anos, renovável pelo Conselho Superior da Magistratura. No entanto,

pretensão da existência de uma forma mais expedita de resolução dos litígios, com competência limitada e tramitação que privilegiasse a mediação[98] e a resolução do litígio pelo acordo direto das partes. Estas são chamadas a ter uma intervenção ativa nas fases de pré-mediação e de mediação. Apenas quando o acordo não for possível, o litígio é reconduzido para a decisão do juiz de paz, após a realização de audiência de julgamento, com produção de prova.

Afigura-se, assim, *não ter havido qualquer pretensão em equiparar os Julgados de Paz aos Tribunais Judiciais*, mas unicamente em promover a existência de meios, disponíveis aos cidadãos, de natureza *alternativa* para a composição dos litígios, por via da mediação e conciliação, *quando as partes não pudessem* recorrer à arbitragem e/ou *não quisessem* recorrer à arbitragem ou aos tribunais judiciais[99].

Aliás, quer pela competência material dos, quer pelo valor das causas e das custas, a litigiosidade submetida aos Julgados de Paz é, na sua grande maioria, relativa a conflitos que dificilmente seriam apresentados para resolução nos

no cerne projetado, o juiz de paz procuraria "sempre a composição das partes visando a *resolução pacífica do conflito*" (itálico destacado).

[98] Sobre o relevo da mediação nos julgados de paz e, em especial, na justiça restaurativa, *vd.* FERREIRA, Francisco Amado, *Justiça Restaurativa – natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp.73-94 e 113-117.

[99] *Em sentido contrário*, Dulce Nascimento sustenta que existe uma "complementaridade" entre a justiça comum e a justiça dos Julgados de paz: "uma das maiores potencialidades (...) resulta da complementaridade do modelo de justiça comum (retributivo) com o modelo de justiça de proximidade (restaurativo), pois para diferentes necessidades e exigências impõem-se distintas respostas e soluções, traduzindo-se Julgados de Paz e Tribunais Judiciais em duas instâncias jurisdicionais diferenciadas e complementares uma da outra" (NASCIMENTO, Dulce, "Portugal e os Julgados de Paz", *in Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. IV, n.º 15. Curitiba: Editora Bonijuris, 2014, p. 149).

Tribunais Judiciais, correspondendo a uma litigância *oculta*, *ocasional* [100] ou *suprimida*[101].

Com efeito, determinados conflitos de vizinhança ou fundados em danos de reduzido valor não seriam submetidos à apreciação jurisdicional dos Tribunais comuns, designadamente quando as partes não poderiam beneficiar de proteção jurídica (apoio judiciário), atento o elevado custo com taxas de justiça, encargos e honorários de mandatários, a que acresceria a complexidade inerente à tramitação processual e o tempo necessário à sua resolução. Os Julgados de Paz surgem, assim, como estruturas *de resolução alternativa, facultativa e subsidiária*, às quais podem aceder todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, do maior ou menor valor económico do conflito e/ou da constituição de mandatário forense.

Finalmente, importa atentar que na mais recente lei de organização do sistema judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26-08), na qual o legislador quis congregar todos os órgãos e entidades relacionados com o sistema de justiça (incluindo os que não integram a função jurisdicional), consignou no art.º 151.º, n.º 1 — ou seja, *após* a enunciação dos tribunais arbitrais —, que "os julgados de paz *constituem uma forma alternativa de resolução de litígios*, de natureza exclusivamente cível", não os qualificando sequer como tribunais. Aliás, por essa razão, no Parecer da

[100] João Pedroso fez alusão à necessidade de proceder-se à adaptação do regime de acesso à proteção jurídica relativamente a pessoas e conflitos — designados "litígios ocasionais — que se encontram excluídos dos Tribunais, em virtude de estes estarem "ocupados" por "litigantes habituais" (PEDROSO, João, "A justiça em Portugal entre a(s) crise(s) e a(s) oportunidade(s) - Contributo para a construção de um novo paradigma de política pública de justiça", *in Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 306, Braga: Editora Universidade do Minho, 2006, pp. 263-302).

[101] Boaventura Sousa Santos expôs que "os movimentos sociais (...) mostraram que esta procura efetiva de direitos é a ponta do iceberg. Para além dela, há outra procura que eu designo de procura suprimida. Há uma demanda ou procura efetiva dos tribunais, que é a que se conhece, uma demanda ou procura potencial, que é aquela que se pode conquistar pelas reformas processuais. Mas, há também uma outra área, que é a da procura suprimida. É a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados. (...) Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura invisibilizada" (SANTOS, Boaventura Sousa, *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coimbra: Cortez Editora, 3.ª ed., 2011, pp. 23,24).

Universidade de Coimbra, datado de 26-04-2013, remetido à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, foi manifestada discordância da inclusão dos julgados de paz no texto da referida Lei, em virtude de uma lei orgânica de organização judiciária, nos termos da Constituição, apenas dever incluir os tribunais estaduais que são órgãos de soberania[102].

3.3. Breve referência ao Direito Comparado

As referências mais próximas dos julgados de paz em sede de direito comparado encontram-se na organização judiciária de Espanha, de Itália e do Brasil.

§1. Na Espanha, os *juzlgados de paz*[103] são constituídos por juízes leigos, não pertencentes à carreira judicial; são órgãos unipessoais que existem apenas em municípios onde não haja Tribunal de Primeira Instância e de Instrução, exercendo competências em pequenas questões de natureza cível e criminal, mas principalmente servindo como elo de cooperação judicial, facilitando a comunicação dos órgãos judiciários com os cidadãos residentes nessas

[102] *Cfr*. Parecer da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 5, "(...) tendo essa lei como objeto os tribunais enquanto «órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo» (art.º 2.º, n.º 1), está criado, segundo cremos, um obstáculo insuperável à inclusão nela dos tribunais arbitrais (que, de qualquer modo, não integram a «organização judiciária». Com efeito, os tribunais que merecem a qualificação de órgãos de soberania (art.º 110.º, n.º 1, da Constituição) só podem ser os tribunais estaduais, o que não é o caso dos tribunais arbitrais. E o mesmo parece acontecer com os julgados de paz (...), apesar de terem natureza estadual, pois são considerados «meios de resolução alternativa de litígios» (em relação aos tribunais judiciais, cada um deles, sim, órgão de soberania)", acrescentando-se na p. 45 que "Concebidos, no art. 150.º, como «uma forma alternativa de resolução de litígios» – e alternativa, precisamente, aos tribunais judiciais de 1.ª instância (em matéria cível), os julgados de paz são claramente excluídos do âmbito dos tribunais que são órgãos de soberania, os únicos que a presente Proposta de lei tem como objeto. Devem, por conseguinte, ser eliminados desta lei". — *in* Iniciativa Parlamentar da Proposta de Lei 114/XII, Disponível na Internet no endereço http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?ID=37371.

[103] *Vd*. Ley Orgánica 6/1985, de 1-07, del Poder Judicial (*Boletín Oficial del Estado*, de 02-07-1985), Capítulo VI, artigos 99.º a 103.º.

localidades[104]. Os juízes de paz são eleitos pela maioria absoluta da Sessão Plenária do *Ayuntamiento*, entre as pessoas que, cumprindo as condições legais, assim o solicitem, sendo o seu mandato de quatro anos, fazendo juramento de posse perante o Juiz de Primeira Instância e de Instrução. *Sem prejuízo*, os "juzlgados de paz" *estão integrados* na orgânica judiciária do Poder Judicial de Espanha, sendo considerados como o "primeiro patamar da estrutura judicial do Estado" e configurados "como órgãos servidos por juízes leigos, não profissionais, que *exercem funções jurisdicionais* e no desempenho de suas funções *integram o Poder Judiciário*, gozando de imobilidade temporária" [105]. E apesar de os *jueces de paz* em Espanha não serem profissionais de carreira, são estão subordinados ao mesmo "Consejo General del Poder Judicial", diversamente do que sucede com os juízes de paz em Portugal.

§2. Na Itália, os *Giudice di Pace* são órgãos judiciais, integrados no sistema judicial italiana, para dirimição de pequenas disputas de natureza cível e criminal. Em matéria cível, são competentes para as causas de valor até 5.000 euros, com exceção de causas relativas à indemnização por danos causados pela circulação de veículos e embarcações, cujo limite é de 20.000 euros. Há, contudo, matérias relativamente às quais têm *competência exclusiva*, designadamente nas causas de reposição de terrenos, plantios e árvores, litígios de condomínio de habitações residenciais, bem como conflitos entre proprietários de prédios vizinhos, quanto às emissões de fumo ou calor, fumos, ruídos e propagações simulares. A justiça de paz italiana é competente, independentemente do valor, mesmo para as causas relacionadas juros ou deveres assessórios por mora no pagamento de benefícios previdenciários ou previdenciários. Em sede criminal, é limitada aos crimes elencados no Decreto Legislativo n.º 274, de 28-08-2010, dos quais se destacam os relativos à ofensa à integridade física, crimes contra a honra, crimes contra o

[104] *Cfr.* Instrução n.º 4/2001, de 20-06, do Plenário do Consejo General del Poder Judicial sobre o alcance e os limites do dever de assistência judiciária pelos *juzlgados de paz*, in *Boletín Oficial del Estado*, n.º 162, de 07-07-2001, pp. 24823 a 24825 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A2001-13208)

[105] Texto transcrito e traduzido da Exposição de Motivos do Regulamento n.º 3/1995, de 07-06, *in Boletín Oficial del Estado,* n.º 166, de 13-07-1995.

património de valor reduzido, desvio de águas, invasão de propriedade e dano (a coisas e animais). No processo criminal é procurada a conciliação entre o "acusado" e o "lesado". Não é possível a aplicação de pena de prisão: o juiz de paz só pode condenar em multa ou em trabalho de serviço público.

O juiz de paz italiano é recrutado de entre licenciados em Direito, em concurso público promovido pelo Conselho Superior da Magistratura italiano. Apesar de não ser um magistrado de carreira, é designado de «*magistrato onorario*», integrando a ordem judiciária (art.º 1.º, da Legge n.º 374, de 21-11-1991).

Do enunciado, resulta que o único elemento comum com os julgados de paz em Portugal consiste em que a justiça cível é limitada a um conjunto definido de matérias e de reduzido valor.

§3. No Brasil, os *juizados especiais* (cíveis e criminais) são "órgãos da Justiça Ordinária" [106] destinados a conciliar, julgar e executar causas cíveis de menor complexidade (não superior a 40 salários mínimos) ou a julgar infrações penais "de menor potencial ofensivo" (contravenções ou crimes puníveis com pena máxima de dois anos de prisão). O processo segue critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Os juizados especiais não têm custas e, conforme o município onde esteja instalado, podem funcionar em *horário noturno*, visando o acesso de um maior número de cidadãos ou empresas. Por regra, o processo é conduzido por um conciliador ou juiz leigo (auxiliares da Justiça, recrutados, respetivamente, entre os bacharéis em Direito e entre advogados com mais de cinco anos de experiência). Só no caso de não ser possível obter a conciliação ou transação, é o processo julgado pelo Juiz togado (do quadro do Judiciário), o qual dirige o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Se for obtida a conciliação, esta é reduzida a escrito e homologada pelo juiz togado, mediante

[106] Artigo 1.º da Lei n.º 9.099, de 26-09-1995 (Disponível na Internet no endereço http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm).

sentença com eficácia de título executivo. Contudo, ainda que não seja possível alcançar a conciliação, as partes podem optar, de comum acordo, sujeitar o litígio a juízo arbitral, sendo o árbitro um *juiz leigo* do *juizado*.

Desta caracterização sumária, resulta que os únicos elementos comuns com os julgados de paz em Portugal são os critérios pelos quais o processo pode ser conduzido (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade) bem como a forma de apresentação da demanda, a qual pode seguir a forma escrita ou oral. Tratam-se de órgãos de justiça (tribunais), *integrados na orgânica judiciária brasileira* e com intervenção — pelo menos, na fase final do processo —, de um Juiz togado (de carreira) [107].

4. Tribunais (do Estado) *versus* Julgados de Paz

4.1. Carateres aferidores da natureza *jurisdicional*

Conforme referem Gomes Canotilho e Vital Moreira[108], *não é pacífico* que a expressa qualificação dos tribunais como órgãos de soberania e a expressa atribuição aos mesmos do exercício da função jurisdicional seja um *monopólio* dos Tribunais do Estado. Porém, também sustentam que a Constituição é pouco explícita quanto à designada *jurisdição privada,* sabendo que apesar de estar prevista a existência de tribunais arbitrais e julgados de paz, "*nada se diz* quanto à sua *inserção* no *ordenamento jurisdicional*" [109].

§1. Há *órgãos jurisdicionais* fora do ordenamento judiciário do Estado. Alguns, aliás, têm uma intervenção para além das fronteiras do Estado, quer por terem sido criados por convenções internacionais, quer por terem sido previstos

[107] Numa análise comparativa mais detalhada, *vd.* SOARES, Matias Gonsales, "Análise comparativa entre os Julgados de Paz em Portugal e os Juizados Especiais no Brasil na área cível", *in* Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 13, n.º 1489 (2017). Disponível na Internet: https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4337/analise-comparativa-entre-os-julgados-paz-portugal-os-juizados-especiais-brasil-area-civel.

[108] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, pp. 506 (ponto III.)

[109] *Ibidem*, p. 507.

enquanto conselhos de jurisdição para resolução de litígios dos seus membros, provenientes de várias nacionalidades. Considerem-se, neste elenco, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, os tribunais desportivos e eclesiásticos, bem como os órgãos jurisdicionais de diversas ordens profissionais (*v.g.*, Ordem dos Advogados), que inclusivamente estão previstos em diplomas aprovados pelo poder legislativo. Tais órgãos jurisdicionais, necessariamente, apenas atuam no âmbito das suas específicas matérias para as quais foram criados. As suas decisões têm valor jurídico entre as partes, mas não vinculam os órgãos de soberania nacionais, *maxime*, os Tribunais do ordenamento judiciário do Estado, ou seja, não são suscetíveis de obrigar a todas as entidades públicas e privadas e não prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades (art.º 205.º, n.º 2, *a contrario*). Por conseguinte, não são órgãos de soberania.

§2. Além destes, verifica-se uma *"desjudicialização"* mediante a atribuição da resolução de conflitos de génese diversa à *arbitragem*. Gomes Canotilho e Vital Moreira são paradigmáticos em afirmar que "*sem integrar a função jurisdicional*, a arbitragem afasta-se da recondução dos mecanismos jurisdicionais arbitrais à simples lógica contratual. É esta, de resto, a justificação para a existência de limites expressos à constituição de tribunais arbitrais (reserva jurisdicional dos tribunais do Estado)" [110/111]. Apesar de terem sido constituídos, pelo próprio Estado, centros de arbitragem / tribunais arbitrais para resolução "preferencial" [112] de alguns litígios, designadamente do foro administrativo e fiscal, não se afigura que

[110] *Ibidem*, p. 507. Itálico acrescentado.

[111] Sobre a caracterização da arbitragem, do compromisso arbitral e da já complexa intervenção dos advogados em representação das partes nesta sede, *cfr.* REIS, João Luís Lopes dos, *Representação Forense e Arbitragem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

[112] Em processo civil, a preterição de tribunal arbitral voluntário nos termos do contrato ou compromisso arbitral tem por consequência a incompetência absoluta do tribunal judicial [art.º 96.º, al. *b)*, do Código de Processo Civil]. Acresce que, de acordo com o disposto no art.º 533.º, n.º 4, do mesmo Código, quando o autor, "podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio".

possam considerar-se como "órgãos de soberania", por falta dos elementos identificativos já *supra* mencionados[113].

§3. Finalmente, conforme dispõe o n.º 4, do art.º 202.º, a lei pode *institucionalizar* instrumentos e formas de composição *não jurisdicional de conflitos*". Esta opção visa, essencialmente, "garantir em tempo razoável alguns direitos e interesses das pessoas e aproximar a composição dos conflitos de uma *justiça de proximidade*" [114]. O mecanismo por excelência previsto neste preceito é a criação de *estruturas de mediação*[115/116], as quais estão presentes, igualmente, nos julgados de paz (art.os 30.º a 36.º e 49.º a 56.º, da LJP). Tais formas de composição de litígios, dirigidas por mediadores, assessorados por outros profissionais técnicos, podem ser idóneas em obstar a instauração de processos nos Tribunais ou inclusivamente pôr termo a processos pendentes[117]. No entanto, pela sua

[113] *Cfr.* **2.2.1.** e **2.2.2.**

[114] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 511, ponto XII.

[115] A Lei n.º 29/2013, de 19-04, regula os sistemas públicos de mediação, definindo-os como serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas. Além da mediação civil, existente nos Julgados de Paz", foi criado o "*Sistema de Mediação Familiar*" (Despacho n.º 18 778/2007, de 13-07, *Diário da República*, II Série, de 22-08), o "*Sistema de Mediação Laboral"* (Protocolo entre Ministério da Justiça, CIP, CAP, CCP, CGTP e UGT) e o *"Sistema de Mediação Penal"* (Lei n.º 21/2007, de 12-06). Neste último, também designado de "justiça restaurativa", o crime praticado é considerado como uma *violação nas relações entre as pessoas* e não apenas um ato típico, ilícito e antijurídico praticado contra o Estado (no sentido de comunidade), tendo por desiderato principal a reparação do dano sofrido pela vítima. Contudo, tem por pressuposto a *concordância* de ambas as partes na sujeição do litígio a esta forma alternativa de justiça e à mediação, sem prejuízo de na sua frustração, não poder ser utilizada como indício ou prova no âmbito do processo penal.

[116] Sobre a mediação em geral, cfr. LOPES, Dulce, *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra: Almedina, 2016. Procedendo à análise específica do sistema de mediação familiar, cfr. CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar - Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Na arbitragem voluntária, cfr. ABREU, Miguel Cancella; CAMPOS, Clara Moreira e D'ÁVILA, Filipe Lobo, *A Arbitragem Voluntária e a Mediação de Conflitos*, Coimbra: Almedina, 2008.

[117] Nos termos do art.º 273.º, do Código de Processo Civil, em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação (ficando a instância suspensa, salvo oposição expressa de alguma das partes), bem como as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância pelo prazo máximo de três meses. Se for alcançado acordo da mediação, é o mesmo apreciado pelo Juiz, aplicando-se as regras referentes à homologação por sentença.

natureza e composição, não administram a justiça, *não* sendo equiparáveis a tribunais: a solução de cada situação está sempre dependente da obtenção de consenso entre as partes, sem que o mediador ou conciliador possa impor qualquer conclusão. Com efeito, a função do mediador consiste no apelo ao respeito e à cooperação entre as partes, na compartilha das posições, na organização das discussões destinada à identificação comum ou mútua do problema. Nesse âmbito, ressalva as convergências, investiga os reais motivos das partes em conflito, procura introduzir confiança de forma a ser aceite pelas partes como um *auxiliador* na negociação e, em caso de sucesso desta, na redação mais adequada, equitativa e duradoura do acordo[118]. No entanto, são as partes que têm o controlo da controvérsia, podendo fazer cessar a mediação a qualquer momento e sem que do exercício dessa faculdade lhes advenha qualquer consequência (na ausência de resolução, assiste-lhes o direito de recorrer aos Tribunais): o procedimento é voluntário, extrajudicial e sem efeitos cominatórios e, a final, *são sempre as partes que decidem* os termos e condições da resolução do seu conflito, sendo o acordo alcançado equiparado a um *contrato*, a cujo cumprimento ficam obrigadas (art.º 405.º, do Código Civil).

4.2. Da fiscalização da constitucionalidade / legalidade normativa

Nos termos do disposto no art.º 204.º, "nos feitos submetidos a julgamento não podem *os tribunais* aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados". A norma não circunscreve este dever aos tribunais das categorias do n.º 1, do art.º 209.º, antes decorrendo da mesma que se trata de uma imposição aplicável a *todos* os tribunais, inclusive os *arbitrais*[119].

[118] Inclusivamente admissível em matérias de direito penal, na decorrência da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Sobre a mediação penal, *cfr.* LEITE, André Lamas, *A Mediação Penal de Adultos Um Novo «Paradigma» de Justiça?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; MELO, Helena Pereira e BELEZA, Teresa Pizarro, *A Mediação Penal em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2012; SANTOS, Leonel Madaíl, *Mediação Penal*, Lisboa: Chiado Books, 2015.

[119] Conforme refere António Pinto Monteiro, "mesmo que os tribunais arbitrais não se enquadrem completamente na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania (artigo 202.º, n.º 1), eles nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos

Aliás, este dever "estende-se a todos os casos em que os tribunais são chamados a aplicar normas infraconstitucionais, *mesmo quando desempenham funções não jurisdicionais*, como consequência direta do princípio da subordinação à lei" [120].

Considerando-se os julgados de paz como *tribunais*[121], inexiste qualquer exceção, podendo os juízes de paz proferir *decisão positiva* de inconstitucionalidade (julgando uma norma inconstitucional) bem como decidir pela não inconstitucionalidade de norma que tenha sido impugnada por qualquer das partes do processo (*decisão negativa* de inconstitucionalidade). No primeiro caso, há *recurso direto* para o Tribunal Constitucional (art.º 280.º, n.º 1); no segundo, esse recurso está dependente de, previamente, ser esgotado o recurso ordinário da causa (art.º 280.º, n.º 4), desde que observados os demais requisitos de admissão de recurso.

Relativamente à situação prevista no n.º 5, do art.º 280.º, a saber, se o julgado de paz aplicar norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional, caso em que está estatuído o *recurso obrigatório* pelo Ministério Público, suscita-se a questão da *ausência do Ministério Público junto dos Julgados de Paz*. Neste âmbito, afigura-se que se nos termos do n.º 3, do art.º 60.º,

---

constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem expressa e constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais (ou seja, haverá, portanto, outros tribunais, para além dos que podem ser qualificados como órgãos de soberania)" e na medida em que "o tribunal arbitral voluntário constitui-se precisamente para exercer a função jurisdicional, isto é, para praticar os atos jurisdicionais para que tiver sido solicitado, nos termos da convenção de arbitragem", sendo as suas decisões jurisdicionais e não podendo aplicar normas que infrinjam a Constituição ou os princípios nela consignados, a sentença arbitral deve estar submetida ao regime da garantia da Constituição e, por conseguinte, admite a possibilidade de recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional (MONTEIRO, António Pedro Pinto, "Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional", *in Themis*, ano IX, n.º 16. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 197, 201 e 202).

[120] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 521, ponto VIII.

[121] Marcello Caetano definiu tribunal como "o órgão singular ou colegial que a requerimento de alguém, e procedendo com imparcialidade e independência segundo as fórmulas pré-estabelecidas, possui autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto a fim de determinar o direito aplicável a esse caso em decisão com força obrigatória para os interessados" [CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1963 (4.ª ed.), p. 540].

da LJP, "nos processos em que sejam partes incapazes, incertos e ausentes, a sentença é notificada ao Ministério Público junto do tribunal judicial territorialmente competente", por maioria de razão deve ser igualmente notificado o mesmo Ministério Público da sentença que aplique a referida norma inconstitucional, por aplicação subsidiária do processo civil (art.º 63.º, LJP). Todavia, em termos práticos, salvo se for suscitado por alguma das partes, não havendo expressa referência na sentença à anterior declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, os serviços do julgado de paz não terão, em princípio, conhecimento jurídico para proceder a essa notificação.

4.3. Elementos comuns

(1) ***Administração da justiça***. Os julgados de paz administram a justiça. Esta é, seguramente, *em nome do povo* (art.º 202.º, n.º 1), porque não pode haver outra reconhecida pelo poder legislativo.

(2) ***Sujeição à lei***. Os julgados de paz estão sujeitos à lei, nos mesmos termos consignados no art.º 203.º. A decisão do juiz de paz é proferida "de acordo com a lei ou equidade" (art.º 26.º, n.º 1, LJP).

(3) ***Coadjuvação de outras autoridades***. Nos termos do art.º 202.º, n.º 3, "no exercício das suas funções os tribunais têm direito à coadjuvação das outras autoridades". Não se afigura ser de excluir a aplicação desta norma aos julgados de paz, no sentido em que estes devam ser considerados tribunais, sendo certo que o princípio geral que rege os órgãos do Estado é a sua coadjuvação e cooperação mútua, independentemente da sua natureza (órgãos de soberania, órgãos constitucionais, autoridades, entidade administrativas independentes, órgãos da administração pública em geral, etc.).

(4) ***Apreciação da constitucionalidade***. Aos julgados de paz é aplicável o regime estatuído no art.º 204.º (*cfr.*, *supra*, **4.2.**), sendo apenas de ordem prática aferir dos termos do cumprimento do disposto no art.º 280.º, n.º 5, em virtude da ausência do Ministério Público junto dos julgados de paz e de ao mesmo só serem

notificadas as sentenças em que sejam partes incapazes, incertos e ausentes (art.º 60.º, n.º 3, LJP).

(5) ***Independência na decisão***. Apesar de ser muito restrito o cumprimento do princípio da independência, nos termos estatuídos no art.º 203.º, o juiz de paz, não recebendo quaisquer instruções sobre a forma e conteúdo decisório, é *independente* no exclusivo ato de julgar.

(6) ***Obrigatoriedade da decisão***. Sendo a decisão final do juiz de paz equiparada a sentença de Tribunal de Primeira Instância, tem a mesma *obrigatoriedade* enunciada no art.º 205.º, n.º 2, no sentido de não necessitar de qualquer homologação ou confirmação subsequente para se tornar obrigatória, nem podendo ser anulada ou revogada por qualquer outra autoridade ou órgão de soberania, com exceção do Tribunal de Comarca, por via de recurso (art.º 62.º, LJP).

(7) ***Audiência***. As audiências nas diversas categorias de Tribunais do art.º 209.º, n.º 1 e nos julgados de paz seguem a regra da *publicidade*. Já na mediação, fase essencial do processo no julgado de paz, o princípio aplicável é o da *confidencialidade* (art.º 5.º, da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril *ex vi* art.º 53.º, da LJP).

(8) ***Iniciativa da parte demandante***. Atenta a natureza alternativa da competência dos julgados de paz de o *demandante* poder *escolher* instaurar o processo no Julgado de Paz ou no Tribunal Judicial. Já o *demandado* não pode recusar o processo, designadamente requerendo a sua remessa ao Tribunal Judicial, aplicando-se quanto à citação, a mesma regra de interrupção da prescrição (art.º 43.º, n.º 8, LJP). Este enquadramento é similar ao dos Tribunais Judiciais.

(9) ***Incompatibilidade do Juiz.*** À semelhança do disposto no art.º 216.º, n.º 3, da Constituição para os *juízes em exercício*, os juízes de paz em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada de natureza profissional (art.º 27.º, da LJP).

4.4. Elementos diferenciadores

(1) ***Competência***. Conforme *infra* se enunciará (5.2.2.), a competência dos julgados de paz é *alternativa* e não exclusiva. Nas diversas categorias de Tribunais, elencadas no n.º 1, do art.º 209.º, da Constituição, a competência em razão da matéria de cada Tribunal é *exclusiva* e a instauração de ação com violação das regras de competência em razão da matéria consubstancia uma exceção dilatória [art.º 577.º, al. *a)*, do CPC], de conhecimento oficioso (art.os 96.º e 97.º, do CPC), devendo o juiz abster-se de conhecer o pedido e absolver o réu da instância [art.os 99.º e 278.º, n.º 1, al. *a)*, do CPC]. Nas causas de competência do julgado de paz (art.º 9.º, LJP), as partes não são obrigadas a instaurar o processo no julgado de paz, podendo optar por fazê-lo neste ou no Tribunal Judicial.

(2) ***Natureza da participação popular***. Não há participação popular, nos termos previstos no art.º 207.º, da Constituição, nos julgados de paz. A participação a que se faz referência é a das próprias partes, no âmbito do desiderato da *justiça de proximidade*, ínsita nas estruturas alternativas de resolução de litígios.

(3) ***Força vinculativa das decisões proferidas***. À semelhança do que sucede com a generalidade dos tribunais arbitrais, as decisões proferidas pelos julgados de paz têm o *valor de sentença* proferida por Tribunal de 1.ª instância (art.º 61.º, LJP) e devem ser fundamentadas (art.º 205.º, n.º 1, da Constituição). Contudo, os julgados de paz não têm estruturas de execução das suas próprias decisões, pelo que em caso de incumprimento, as partes têm de instaurar a competente execução no *juízo de execução do Tribunal de Comarca*, observando a tramitação prevista no Código de Processo Civil (art.º 6.º, n.º 2, da LJP) [122]. Sem prejuízo, conforme enunciam Gomes Canotilho e Vital Moreira, "a «execução de sentenças» é

[122] Verifica-se nesta sede *paralelismo* entre os julgados de paz e os tribunais arbitrais que, de igual modo, não têm competência para execução das suas próprias decisões (art.º 47.º, da Lei 63/2001, de 14 de dezembro), incluindo providências cautelares (art.º 28.º, da mesma Lei). Nos casos em que o tribunal arbitrar profira uma decisão a liquidar em incidente prévio à execução, a Lei da Arbitragem Voluntária permite que o incidente de liquidação corra termos no tribunal arbitral, embora com aplicação das mesmas regras previstas no Código de Processo Civil (cfr. art.º 47.º, n.º 2).

geralmente considerada como uma questão de direito processual executivo" [123] e não uma questão constitucional.

(4) ***Recurso***. Apesar de a decisão proferida pelo julgado de paz ter valor de sentença proferida por Tribunal de Primeira Instância, havendo recurso, este é interposto para a "secção competente do tribunal de comarca em que esteja sediado o julgado de paz" (art.º 62.º, LJP). Ou seja, diversamente do que sucede com as decisões da generalidade dos centros de arbitragem e tribunais arbitrais (cujo recurso, nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária, é interposto para o Tribunal da Relação), o legislador considerou que a impugnação das decisões dos Julgados de Paz faz-se para o *Tribunal de Comarca* (Primeira Instância) e não para o Tribunal da Relação. Esta configuração situa os julgados de paz como *instância pré-judicial*.

(5) ***"Estatuto" dos juízes***. Os juízes de paz *não fazem parte do corpo único* consagrado no art.º 215.º, n.º 1, nem outrossim lhes é aplicável o estatuto dos magistrados judiciais. Aos juízes de paz é aplicável, quanto a deveres, incompatibilidades e direitos, o regime dos trabalhadores que exercem funções públicas (art.º 29.º, LJP). *Não gozam do princípio da inamovibilidade nem da irresponsabilidade* nos termos estatuídos no art.º 216.º. São nomeados a prazo (período de cinco anos) e a sua renovação está dependente da deliberação do Conselho dos Julgados de Paz que atenderá para "a conveniência de serviço, a avaliação do mérito do juiz de paz, o número de processos entrados e findos no julgado de paz em que o juiz exerce as suas funções, bem como a apreciação global do serviço por este prestado no exercício das mesmas". Importa notar que, conforme sustentado por Gomes Canotilho e Vital Moreira, que "quando a nomeação não seja vitalícia, o princípio da independência dos juízes exige que eles sejam nomeados por períodos de tempo certo e determinado, e, em princípio, *insuscetíveis de renovação*, a fim de evitar a insegurança inevitavelmente ligada à incerteza sobre a renovação da nomeação"[124].

[123] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 529, ponto VI.

[124] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, p. 587, ponto V, §2.

(6) ***Órgão de gestão***. O Conselho dos Julgados de Paz *não é* um órgão constitucional, diversamente do que sucede com o Conselho Superior da Magistratura (art.º 218.º, da Constituição) e não tem autonomia, por funcionar na *dependência* da Assembleia da República (art.º 65.º, n.º 1, LJP). Sem independência orgânica, a sua composição afasta-se dos princípios de salvaguarda a independência, eficácia e papel dos juízes, designadamente a presença de representante do poder executivo e a reduzida representação dos juízes de paz.

5. Sinais distintivos dos Julgados de Paz

5.1. Princípios enformadores

Dispõe o art.º 2.º, da LJP que: *(i) a atuação* dos julgados de paz é vocacionada para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes; *(ii) os procedimentos* nos julgados de paz estão concebidos e são orientados por *princípios* de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual.

§1. ***Proximidade.*** Os cidadãos são chamados a intervir *pessoalmente* na resolução do litígio, sem qualquer formalidade e mesmo sem a presença de mandatários (art.º 38.º, n.º 1, LJP) [125]. Em todas as fases do processo – pré-mediação, mediação e julgamento – todos os intervenientes são convocados a contribuir para a ativa solução do caso concreto, tendo assim os julgados de paz uma *ação pedagógica* das partes e *solucionadora* do litígio[126].

A proximidade manifesta-se em vários atos, dos quais se destacam os seguintes: ***(i)*** A apresentação do requerimento inicial ou de contestação pode ser

[125] Só é obrigatória a assistência de mandatário, além da fase do recurso, quando "parte seja analfabeta, desconhecedora da língua portuguesa ou, por qualquer outro motivo, se encontrar numa posição de manifesta inferioridade" (art.º 38.º, n.º 2, LJP).

[126] Conforme refere Cardona Ferreira, "Os Julgados de Paz podem e devem ter uma ação pedagógica e solucionadora dos diferendos entre os cidadãos, mas isso vai depender da sensibilização, quer dos utentes, quer dos servidores" (FERREIRA, J.O. Cardona, *Julgados de Paz* – Organização, Competência e Funcionamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 19).

realizada *verbalmente* ou por escrito (art.º 43.º, n.º 2, LJP); ***(ii)*** obrigatoriedade de comparência pessoal das partes em todas as fases do processo (art.º 38.º, n.º 1, LJP), sem prejuízo da possibilidade de outorgarem procuração com poderes especiais para o efeito. A falta à audiência, não justificada ou com reiteração tendo a primeira sido justificada, tem um efeito processual *gravíssimo* – de desistência do pedido (se a falta for do demandante) ou confissão dos factos (se a falta for do demandado) – cfr. art.º 58.º, LJP; ***(iii)*** salvo recusa pelas partes da mediação, esta tem por desiderato estimular a resolução do litígio, diretamente entre as partes (art.º 16.º, n.º 2, LJP), podendo as partes escolher o mediador por acordo (art.º 51.º, n.º 2, LJP).

§2. *Cooperação.* As partes são convocadas a *cooperar*, como condição de eficácia da justa composição do litígio[127]. A LJP estabelece que em todas as fases da tramitação processual, as partes são ouvidas e a sua posição tida em consideração: assim sucede na fase de pré-mediação (art.º 50.º, LJP), na mediação (art.º 53.º, LJP) e na fase de julgamento (art.º 57.º, LJP), podendo as partes sugerir propostas e o mediador reunir separadamente, a fim de clarificar as questões suscitadas e auxiliar na obtenção das várias possibilidades de acordo[128].

§3. *Celeridade.* Este princípio, pretensão nem sempre alcançada, funda-se essencialmente na "*absoluta economia processual*". Não se trata de um princípio inédito, na medida em que no processo civil também vigora o *princípio da limitação dos atos*, segundo o qual "não é lícito realizar no processo atos inúteis"

[127] Sobre a diferença entre a "visão bélica e estratégica do processo" e a "visão do processo como espaço de comunicação", *vd.* CHUMBINHO, João, *Julgados de Paz na prática processual civil – meios alternativos de litígios*. Lisboa: Quid Juris, 2007, pp.195-199.

[128] Nos Tribunais comuns vigora igualmente o princípio da cooperação. Nos termos do art.º 7.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, "na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio". Do mesmo modo, o juiz pode em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes, estando as pessoas obrigadas a comparecer (cfr. n.os 2 e 3, do art.º 7.º). No entanto, tal colaboração é, por regra, *provocada* e de difícil adesão, sendo necessário o Juiz *advertir expressamente* de cominação de multa para que esta seja aplicada a quem recuse a colaboração devida (art.º 417.º, n.º 2, do CPC), sem prejuízo dos casos de recusa legítima (cfr. n.º 3, do mesmo preceito).

(art.º 130.º, do CPC). No entanto, nos julgados de paz, a tramitação foi reduzida ao mínimo de atos essenciais, com restrição de peças processuais admissíveis, limitação da cumulação de pedidos (art.º 44.º, LJP), forma de citação (excluindo a edital e a expedição de cartas rogatórias ou probatórias - art.º 46.º, n.os 2 e 4, LJP), limitação da admissibilidade de reconvenção (art.º 48.º, LJP), encurtamento de prazos e dilações, meios probatórios (circunscritos à prova documental e testemunhal [129] – cfr. art.º 59.º, LJP) e, inclusivamente, requisitos de elaboração da sentença (art.º 60.º, LJP).

4. *Simplicidade*. Não é necessário ter conhecimentos jurídicos ou experiência judiciária para recorrer aos julgados de paz. O requerimento inicial tem por suporte um formulário próprio, mas pode ser apresentado verbalmente (art.º 43.º, da LJP), o mesmo sucedendo com a contestação (art.º 47.º, n.º 1, LJP). As partes estão dispensadas de apresentar duplicados e é facultativa a constituição de mandatário forense (art.º 38.º, LJP).

5. *Adequação*. O processo pode ser flexibilizado e adaptado conforme o que melhor se ajuste à obtenção da justa composição do litígio[130/131]. A aplicação deste princípio visa alcançar uma maior eficácia nos mecanismos processuais,

[129] Se for requerida a prova pericial se o juiz de paz entender que a diligência é pertinente ou não dilatória, manda remeter os autos ao tribunal de 1.ª instância competente, para a produção da prova necessária (art.º 58.º, n.º 3, da LJP), ou seja, usa a estrutura organizacional dos Tribunais Judiciais para o efeito.

[130] No processo civil, foi consagrado um *poder-dever* de *gestão processual* que permite alcançar o mesmo objetivo. Nos termos do art.º 6.º, n.º 1, do CPC, "cumpre ao juiz, (...) dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, *adotando mecanismos de simplificação e agilização processual* que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável".

[131] Sobre o princípio da adequação, na vertente de gestão processual, *cfr*. XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês; CASTRO, Gonçalo Andrade, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria geral, princípios, pressupostos*, Porto: Universidade Católica Editora, 2014, pp.147-151; CUNHA, António Júlio, *Direito Processual Civil Declarativo* (2.ª ed.), Lisboa: Quid Juris, 2015, pp. 70-73 e PINTO, Rui, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 26-28.

designadamente quando, havendo acordo das partes, justifique-se a adaptação ou simplificação de determinadas formalidades.

6. *Informalidade*. Diversamente do que sucede no processo civil, penal e procedimento administrativo, a tramitação do processo nos julgados de paz foi desburocratizada, sem obrigatoriedade de uso de regras e procedimentos pré-determinados. Este princípio está igualmente conexionado com o da ***oralidade***: não há gravação da produção de prova e quer as partes, mediadores e juiz de paz podem praticar todos os atos oralmente, sem prejuízo dos casos em que se prevê a redução a escrito, a saber, quando os articulados sejam apresentados verbalmente (art.os 43.º, n.º 3 e 47.º, LJP), acordo na mediação (art.º 56.º, LJP) e sentença (art.º 60.º, LJP).

7. *Equidade*. O juiz de paz não está sujeito a critérios de legalidade estrita[132], podendo, se as partes assim o acordarem, decidir segundo juízos de equidade[133] quando o valor da ação não exceda *metade* do valor da alçada do julgado de paz (art.º 26.º, n.º 2, LJP) [134].

— Da relação dos princípios *supra*, resulta uma grande proximidade dos julgados de paz com a generalidade das estruturas de resolução alternativa de litígios, incluindo a arbitragem.

---

[132] No pensamento jurídico, sobre os termos deste exercício, *cfr.* RASILLA, Isabel Ruiz-Gallardon Garcia, *Una Aproximacion A La Equidad Desde La Teoria Y La Dogmatica Juridicas*, Madrid: Facultad Derecho Complutense, 2010 (designadamente, pp. 181-191) e TELLA, Maria José Falcón, *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005 (vd., em particular, a comparação da aplicação da equidade nos sistemas jurídicos continentais, incluindo Portugal, pp. 111-116; o conceito de equidade, pp. 127-30 e as funções da equidade, pp. 133-150).

[133] Sobre o âmbito da aplicação da equidade, cfr. BRITO, Susana Brasil de, "A Justiça do Caso Concreto é a Equidade", in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 467-478.

[134] A alçada dos julgados de paz é metade da alçada dos Tribunais de Primeira Instância (art.º 62.º, LJP). Sendo a alçada dos Tribunais Judiciais de 5.000,00€, a alçada dos Julgados de Paz é de 2.500,00€, pelo que só é possível a prolação de decisão por equidade nas causas até 1.250,00€ de valor.

5.2. Âmbito e natureza da competência dos Julgados de Paz

5.2.1. Circunscrição

A Lei dos Julgados de Paz, originariamente, atribuiu área de circunscrição a um *concelho* ou ao *agrupamento* de concelhos. Com a alteração introduzida pela Lei n.º 54/2013, de 31-07, foi aditada a previsão de que "podem ainda ser constituídos julgados de paz junto de entidades públicas de reconhecido mérito, sendo o seu âmbito de jurisdição definido no respetivo ato constitutivo".

Da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 115/XII[135] resulta que esta estatuição não significa a criação de qualquer julgado de paz privativo, mas sim a possibilidade de "entidades públicas que se dediquem à investigação e formação jurídica, poderem acolher julgados de paz". O propósito é permitir o aprofundamento do conhecimento e da investigação jurídica, entre a academia e a prática dos julgados de paz, sendo esta uma aproximação inequívoca do reconhecimento aos julgados de paz da natureza de *estruturas de resolução alternativa de litígios*, à semelhança do que também tem sucedido com a instalação de alguns tribunais arbitrais.

5.2.2. Competência material

O art.º 9.º, da LJP define a competência material dos julgados de paz que, em síntese, circunscreve-se às relações obrigacionais (incumprimento contratual, com exceção de contratos de adesão, responsabilidade civil, garantia das obrigações), relações de vizinhança e condomínio, alguns direitos reais, arrendamento urbano (com exclusão do despejo) e ainda pedidos de indemnização cível emergentes de alguns crimes contra a honra, integridade física simples e contra o património, desde que não tenha sido apresentada participação criminal ou após desistência desta. O art.º 41.º-A, da LJP, introduzido pela Lei n.º 54/2013 passou a permitir a tramitação dos correspondentes procedimentos cautelares.

[135] *https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37370.*

A questão primordial reside na sua *natureza.* Pelo Acórdão n.º 11/2007, do Supremo Tribunal de Justiça [136], foi *uniformizada a jurisprudência*, no sentido de que "no atual quadro jurídico, a competência material dos julgados de paz para apreciar e decidir as ações previstas no artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, é *alternativa* relativamente aos tribunais judiciais de competência territorial concorrente". Ou seja, não tendo competência exclusiva, nas circunscrições em que esteja criado e instalado um julgado de paz, a parte interessada não está obrigada a instaurar a demanda no julgado de paz, podendo fazê-lo diretamente no tribunal judicial.

Na fundamentação do citado Acórdão, é ainda sustentado que:

> *(i)* Os julgados de paz posicionam-se *fora* do patamar da organização judiciária portuguesa, tal como ela resulta da Constituição e da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais;
>
> *(ii)* Entre os julgados de paz e os tribunais da ordem judicial da 1.ª instância não há qualquer relação de limitação de competência, porque *o nexo é de paralelismo* [137] e de *concorrência;*
>
> *(iii)* Os julgados de paz são *órgãos jurisdicionais de resolução alternativa de litígios* e, consequentemente, não sucederam na competência dos tribunais da ordem judicial nem são seus substitutos, integrando-se na categoria de "*tribunais de resolução de conflitos de existência facultativa"*.

A Lei n.º 54/2013, pela qual se fez a primeira revisão da LJP foi omissa na questão da competência alternativa, do que resulta não ter havido intenção do

[136] Acórdão Uniformizador n.º 11/2007, do Supremo Tribunal de Justiça, proc. 881/2007 (Relator: Cons. Salvador da Costa), *in Diário da República*, 1.ª Série, n.º 142, de 25-11-2007, pp. 4733-4743.

[137] Embora não haja hierarquia entre tribunais judiciais e julgados de paz, das decisões destes pode haver recurso para aqueles, sendo nesta parte um *paralelismo mitigado*, na medida em que apesar de a decisão proferida pelo Julgado de Paz tenha o mesmo valor de uma sentença do Tribunal de Primeira Instância é para *o Tribunal de Comarca* (Primeira Instância) e não para o Tribunal da Relação que é admissível a impugnação (recurso) daquela (art.º 62.º, n.º 1, da LJP), quando o valor do processo exceda metade do valor da alçada do Tribunal de Primeira Instância.

poder legislativo em alterar esta configuração essencial a que os Julgados de Paz estão sujeitos. O que significa que as partes, sem patrocínio forense obrigatório, *podem escolher* entre instaurar uma ação no Tribunal Judicial ou no Julgado de Paz.

Apesar da crescente necessidade de racionalização na afetação de meios, a manutenção de uma rede de julgados de paz com natureza apenas alternativa, corresponde a acrescentar mais um expediente às ofertas já existentes (pela via comum e pela via arbitral), mas que em caso de recurso entronca na orgânica comum (para o Tribunal de Comarca, art.º 62.º, da LJP) — com a diferença primordial em relação aos tribunais comuns — da inexistência do registo de prova.

5.3. Juízes de Paz

O juiz de paz é *juiz* no ato exclusivo da livre apreciação das provas e da prolação da decisão. Mas não tem estatuto de juiz nos termos dos artigos 215.º e ss. da Constituição.

Orlando Afonso, ao comparar a responsabilidade política dos juízes em vários países, nota que no Reino Unido, os Juízes são recrutados de entre os *"barristers"*, mas neste país importa distinguir os *"Judges"* (Juízes) dos *"magistrates"*, uma "categoria próxima dos Juízes de Paz", sendo que sobre aqueles impende uma responsabilidade política (como titulares de soberania) que sobre estes não existe, apesar de "noventa por cento da conflitualidade civil e criminal do Reino Unido [ser] resolvida nos *magistrates Courts"* [138].

O juiz de paz *não tem estatuto* próprio *stricto sensu* — nem que o responsabilize, nem que o salvaguarde. E embora existam elementos próximos da orgânica judiciária comum, os juízes de paz nem sequer podem considerar-se beneficiários do regime geral da administração pública (apesar de serem remunerados, nos termos do art.º 28.º, da LJP, pelo escalão mais elevado da categoria de assessor

[138] AFONSO, Orlando, *ob. cit.*, p. 142, nota de rodapé 171.

principal da carreira técnica superior do regime geral da administração pública), são *providos a prazo*, sem qualquer vínculo[139].

Por outro lado, *quanto ao seu exercício*, sem prejuízo de lhes ser aplicável o regime dos impedimentos e suspeições estabelecido na lei do processo civil para os juízes (art.º 21.º, LJP), não respondem de acordo com o regime da *responsabilidade civil e criminal* prevista para os magistrados judiciais; nesta matéria, o art.º 29.º, da LJP determina ser-lhes aplicável, "quanto a deveres, incompatibilidades e direitos, o regime dos trabalhadores que exercem funções públicas".

Do mesmo modo, não lhes está reconhecida qualquer das *garantias constitucionais,* designadamente a da inamovibilidade e de irresponsabilidade pelas suas decisões, salvas as exceções previstas na lei (art.º 216.º, n.os 1 e 2, da Constituição), sendo as regras que enformam o seu provimento e nomeação (art.º 25.º, da LJP) distintas das estatuídas no art.º 217.º, da Constituição, para os Juízes (magistrados dos tribunais judiciais).

5.4. A gestão e fiscalização

Nos termos do art.º 65.º, da LJP, o Conselho dos Julgados de Paz (CJP) é o órgão responsável pelo acompanhamento da criação e instalação dos julgados de paz. O CJP colabora com o Ministério da Justiça nos concursos de recrutamento e nos cursos e ações de formação dos juízes de paz (art.º 24.º, LJP), nomeia-os, exerce o poder disciplinar e delibera sobre a renovação do provimento (art.º 25.º, LJP).

[139] Para João Pacheco Amorim, "não se percebe como pode o exercício de funções dos Juízes de Paz estar limitado em termos temporais, na medida em que não pode considerar-se salvaguardada a sua independência quando a lei lhes determina um vínculo provisório e precário: até pela dignidade e credibilidade de toda uma classe profissional, não pode um Juiz de Paz arriscar-se a ser despedido findo um qualquer período temporal, em resultado do exercício de um poder de «renomeação/não renomeação» que não está minimamente regulado" (AMORIM, João Pacheco, "O Estatuto Legal dos Juízes de Paz", *in Julgar,* n.º 13. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 49).

O Conselho dos Julgados de Paz *não é* um órgão constitucional, diversamente do que sucede com o Conselho Superior da Magistratura (art.º 218.º, da Constituição) e não tem autonomia, por funcionar na *dependência* da Assembleia da República (art.º 65.º, n.º 1, LJP).

É composto por uma personalidade designada pelo Presidente da Assembleia da República, por um representante de cada grupo parlamentar representados na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, por um representante do Ministério da Justiça, um representante do Conselho Superior da Magistratura, um representante da Associação Nacional de Municípios Portugueses e um representante dos juízes de paz, eleito de entre eles. Ressalta desta composição, a ausência de um representante designado pelo Presidente da República, a presença de um representante do poder executivo (Governo) e a desproporcionada representatividade dos juízes de paz.

Sem independência orgânica, a sua composição afasta-se da Recomendação n.º R(94) 12 do Conselho de Ministros da Europa sobre a independência, eficácia e papel dos juízes, o qual preceitua: "a autoridade competente em matéria de seleção e de carreira dos juízes deve ser independente do governo e da administração" — razão por que não há justificação para que no órgão de gestão dos juízes de paz exista um representante do Ministério da Justiça. A circunstância de no CJP haver apenas um representante dos juízes de paz, é apontada como violadora do disposto no art.º 267.º, n.º 4, da Constituição, por não estar assegurada uma "organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos", onde se inclui, necessariamente, o requisito da representatividade [dos juízes de paz], não apenas formal, mas que permita o seu efetivo exercício.

Do exposto resulta *inexistir garantia de independência* dos juízes de paz, salvo quanto à *intraprocessual*, circunscrita à decisão. Por conseguinte, integrados num sistema próximo ao dos tribunais arbitrais, completamente díspar do previsto para os Juízes dos Tribunais enunciados no n.º 1, do art.º 202.º, da Constituição.

6. Conclusão

Os Tribunais são órgãos de soberania, mas a Constituição não usa o termo "tribunal" para os Julgados de Paz. A Constituinte poderia tê-lo feito, denominando-os de "tribunais de paz". Não o tendo feito, assentou na razão subjacente de reconhecer *não serem iguais* às estruturas judiciais. Ou seja, a Constituinte não quis "transformar" os Julgados de Paz em estruturas equivalentes ou de poder equiparáveis aos Tribunais da jurisdição comum.

A *soberania* pode ser qualificada como uma *qualidade do poder*[140]. Embora seja, por regra, perspetivada no prisma da autoridade do Estado[141], importa sublinhar que a mesma "*reside* no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição" (art.º 3.º, n.º 1), sendo esta a referência e exteriorização da vontade daquele.

Gomes Canotilho e Vital Moreira não têm dúvidas que "pela *sua inserção sistemática* é imperativo tratar-se de um *tribunal* (e não de um sistema extrajudicial) dotado de intencionalidade própria". Contudo, enquadrando-os nos *"órgãos de composição de conflitos"*, suscitam que "o respetivo regime jurídico-constitucional e jurídico-legal carece de algumas afinações: definição da sua natureza estatal (*são tribunais estaduais, são órgãos de soberania?*)" [142].

---

[140] Para Careé de Malberg, jurista positivista do fim do séc. XIX e primeiro quarto do séc. XX, "vista sob a perspetiva de uma aceção precisa, a palavra soberania designa, não um poder, mas uma *qualidade*, uma certa forma de ser, um certo grau de poder. A soberania é a característica suprema de um poder" (MALBERG, Careé de, *Contribution à la théorie générale de L´Etat*. Paris: Dalloz, 2004, p. 70).

[141] Cfr. a noção de Nuno Canas Mendes: "a soberania é a razão de ser e a regra do conjunto dos poderes civis e políticos que um Estado se atribui, ilimitada na ordem interna porque não admite a concorrência de outra autoridade superior ou paritária" [MENDES, Nuno Canas, "Soberania", *in* GOUVEIA, Jorge Bacelar (org.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*. Lisboa: Quid Juris, 2013, p. 363]

[142] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *ob. cit.*, pp. 554, 555. Não deixam, contudo, de destacar que "a autonomização jurídico-constitucional dos Julgados de Paz relativamente aos outros tribunais tem um significado relevante por se traduzir na institucionalização de uma estrutura tendencial e gradativamente nacional de *composição alternativa de conflitos*" (p.555).

Na prática, a interrogação formulada tem por base o facto de a Constituição ao limitar-se a estatuir que "pode haver julgados de paz" é, nessa parte, *minimalista*, justificando-se a própria Constituição concretizasse mediante um *critério orientador*, qual a natureza destes órgãos, de modo a evitar que subjazendo um conceito vazio, a sua definição seja conduzida exclusivamente pelo legislador ordinário.

Concorda-se que, "à luz da Constituição, *não existe um princípio de monopólio estadual da função jurisdicional*, permitindo a nossa ordem jurídica que, em paralelo com os tribunais estaduais (função jurisdicional do Estado), existam tribunais arbitrais (*atividade jurisdicional privada*)" [143]. A questão, contudo, é que embora os julgados de paz não sejam instituídos pelas partes (tal como sucede com os tribunais arbitrais *stricto sensu*) nem por entidades reconhecidas publicamente (sendo exemplos típicos destes, os centros de arbitragem), antes sendo instâncias jurisdicionais criadas pelo *Estado*, tal *não* significa necessária ou diretamente a sua integração no conceito de *tribunais estaduais*, atenta a sua específica e distinta orgânica, constituição, estrutura e procedimento de intervenção.

Na verdade, os julgados de paz não fazem parte da hierarquia dos tribunais, nem da sua orgânica; as suas decisões não são proferidas por magistrados e estes não estão sujeitos ao regime de gestão, disciplina e fiscalização de um órgão constitucional com legitimação dos órgãos de soberania (Conselho Superior da Magistratura). Acresce que os julgados de paz nem sequer têm *ius imperii*, na medida em que não têm competência executiva, neles verifica-se a ausência do Ministério Público para controlo e salvaguarda da legalidade dos atos, das decisões proferidas só há recurso para um Tribunal Judicial de *Primeira Instância* e limitam-se a dirimir conflitos de natureza privada, no exclusivo interesse das partes em litígio.

Por conseguinte, afigura-se que os Julgados de Paz *não têm* natureza de *tribunais estatais*, *stricto sensu*, sendo essencialmente próximos da justiça arbitral

[143] MONTEIRO, António Pedro Pinto, "Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional", *in Themis*, ano IX, n.º 16. Coimbra: Almedina, 2009, p. 219.

(dos centros de arbitragem e dos tribunais arbitrais, onde as partes *não* escolhem o árbitro), ou seja, constituem *órgãos jurisdicionais, de natureza facultativa, de resolução alternativa de litígios*, na vertente de *justiça de proximidade*, mas não podendo ser qualificados como *órgãos de soberania*, nos termos constitucionais. ■

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Miguel Cancella; CAMPOS, Clara Moreira e D'ÁVILA, Filipe Lobo, *A Arbitragem Voluntária e a Mediação de Conflitos*, Coimbra: Almedina, 2008.

AFONSO, Orlando Viegas Martins, *Poder Judicial – independência in dependência*. Coimbra: Almedina, 2004.

ALEXANDRE, Isabel, "Problemas recentes da uniformização da jurisprudência em processo civil", *in Revista da Ordem dos Advogados,* Tomo I (pp.103-163). Lisboa: Ordem dos Advogados, 2000.

AMORIM, João Pacheco, "O Estatuto Legal dos Juízes de Paz", *in Julgar*, n.º 13 (pp.45-56). Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ANDRADE, Vieira, *A Justiça Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2017.

BANDEIRA, Ana Maria Leitão, "O Arquivo do Juízo de Paz da Sé Nova de Coimbra", *in Boletim do Arquivo da Universidade de Coimbra*, Vol. XXVII (pp. 61-76). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

BRITO, Miguel Nogueira, "O Princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária", *in Revista Julgar*, n.º 20 (pp.19-37). Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BRITO, Susana Brasil de, "A Justiça do Caso Concreto é a Equidade", *in Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 467-478.

CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1963 (4.ª ed.).

CAETANO, Marcello, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010 (3.ª Reimp).

CAMPINHO, Alberto, *Independência e unidade da judicatura*. Braga: Livraria Minho, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAPITÃO, Gonçalo e MACHADO, Pedro, "Direito à tutela jurisdicional efetiva", In *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n.º 3, abril-junho 1995 (pp.33-76). Lisboa: Universidade Lusíada, 1995.

CHUMBINHO, João, *Julgados de Paz na prática processual civil – meios alternativos de litígios*. Lisboa: Quid Juris, 2007.

CIRÍACO, Patrícia Karinne de Deus, *O debate sobre a separação dos poderes: uma análise crítica do ativismo judicial*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014.

COELHO, João Miguel Galhardo, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*. Lisboa: Âncora Editora, 2003.

CORREIA, Jorge Alves, *Contrato e Poder Administrativo*. Coimbra: Gestlegal, 2017.

CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar - Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CUNHA, António Júlio, *Direito Processual Civil Declarativo* (2.ª ed.), Lisboa: Quid Juris, 2015.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direito Constitucional Anotado*. Lisboa: Quid Juris, 2008.

FERREIRA, Francisco Amado, *Justiça Restaurativa – natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FERREIRA, J.O. Cardona, *Julgados de Paz* – Organização, Competência e Funcionamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FERREIRA, J.O. Cardona, *Justiça de Paz*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FRAGA, Carlos, *Subsídios para a independência dos juízes*. Lisboa: Edições Cosmos, 2000.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, *Vol. II – Direito Constitucional Português*. Coimbra: Almedina, 2016 (6.ª ed.).

GOUVEIA, Jorge Bacelar, "Separação de Poderes", *in Enciclopédia da Constituição Portuguesa*. Lisboa: Quid Juris, 2013 (pp. 360-362).

LEITE, André Lamas, *A Mediação Penal de Adultos Um Novo «Paradigma» de Justiça?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LOPES, Dulce, *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra: Almedina, 2016.

LOPES, Victor Silva, *Constituição da República Portuguesa 1976 Anotada*. Lisboa: Editus, 1976.

MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MELO, Helena Pereira e BELEZA, Teresa Pizarro, *A Mediação Penal em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2012.

MENDES, Armindo Ribeiro, "Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política", *in Julgar,* n.º 3 (pp.97-118). Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MENDES, Nuno Canas, "Soberania", *in* GOUVEIA, Jorge Bacelar (org.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*. Lisboa: Quid Juris, 2013 (pp. 363-365).

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, *Tomo III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Jorge, "Divisão do Poder e Partidos Políticos, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* Vol. LI, n.º 1 e 2 (pp. 25-32). Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V – Atividade constitucional do Estado* (3.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge, "Tribunais, Juízes e Constituição", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, n.º 1 (pp. 1-28). Lisboa: Ordem dos Advogados, 2009.

MONTEIRO, António Pedro Pinto, "Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional", *in Themis*, ano IX, n.º 16 (pp.185-223). Coimbra: Almedina, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português* – Tomo I (3.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, Tomo II – O Direito do contencioso constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NASCIMENTO, Dulce, "Portugal e os Julgados de Paz", *in Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. IV, n.º 15 (pp.127-150). Curitiba: Editora Bonijuris, 2014, p. 149

OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português, Vol.II – Organização do poder político*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 409-433.

PIÇARRA, Nuno, *A Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO, Rui, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

RANGEL, Paulo Castro, *Reserva de Jurisdição - Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica, 1997.

RODRIGUES, L. Barbosa, *Direito Constitucional – Tópicos*. Lisboa: Quid Juris, 2015.

RODRIGUES, L. Barbosa, *O Primeiro-Ministro no sistema de governo governamental primo-ministerial português*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2012.

SÁNCHEZ, Isabel M. Giménez, "*Indirizzo político,* dirección política, impulso político: el papel del Parlamento", *in Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 18, 2008-II. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, pp. 83-108.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Lei e Sentença – Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2017.

SANTOS, Leonel Madaíl, *Mediação Penal*, Lisboa: Chiado Books, 2015.

SEVIVAS, João, *Julgados de Paz e o Direito*. Lisboa: Rei dos Livros, 2007.

SOUSA, Marcelo Rebelo e ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Marcelo Rebelo, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979.

XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês, CASTRO, Gonçalo Andrade, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria geral, princípios, pressupostos*, Porto: Universidade Católica Editora, 2014.

"Ontogenia" da fiscalização abstrata sucessiva

Angelina Teixeira
Advogada
Doutoranda em Direito Ciências Jurídico-Públicas

Resumo: O tema integra um dos modelos de processo de fiscalização da constitucionalidade nacional caraterizado pela natureza mista e complexa. A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático subordinado à Constituição da República Portuguesa (CRP) e à Lei, exercendo assim a denominada - justiça constitucional.

I – "Ontogénese"

O presente texto apresentará algumas reflexões sobre um dos modelos de processos de fiscalização[1] que o Tribunal Constitucional (TC) português poderá

[1] A fiscalização pode ser realizada por órgãos comuns e por órgãos especiais – MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional,* Tomo 2, Universidade Católica Portuguesa, 2016, págs. 238 e segs. Segundo a clássica divisão apresentada pelo TC existem os processos de fiscalização da constitucionalidade (preventiva, abstrata sucessiva, concreta e por omissão) da legalidade e de outros processos (relativos ao Presidente, aos Deputados, eleitorais, partidos e coligações, organizações de ideologia fascista, referendos nacionais, regionais e locais, declarações de património e rendimentos de titulares de cargos políticos, de incompatibilidade de titulares de cargos políticos). Sobre o primeiro período constitucional – ANTUNES, Miguel Lobo, *Análise social,* Vol. XX (81-82), 1984 disponível in http://analisesocial.ics.ul.pt/. A título de curiosidade, DIMOULIS, Dimitri e Lunardi, Soraya, *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, 3ª Edição, São Paulo: Atlas, 2014. A título meramente exemplificativo, o TC decidiu, no processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade requerido por um grupo de deputados à Assembleia da República declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, in

realizar. Não tendo o propósito de esgotar o tema, é nossa convição, pelo menos, aguçar o interesse na sua leitura.

As partes, assim comummente conhecidas, recorrem por via de regra, aos tribunais, com o objetivo de dirimir um (ou mais) conflitos de interesses cuja pretensão poderá ser a extinção ou modificação de uma relação jurídica, cabendo recurso para o TC das decisões proferidas pelos tribunais comuns[2]. Em Portugal, a garantia da Lei Fundamental é essencialmente certificada por dois meios diferenciados e com consagração na Parte IV da Constituição da República Portuguesa.

Assim, por um lado, temos a fiscalização da constitucionalidade (Título I), por outro lado, a revisão constitucional (Título II)[3], tratando-se de mecanismos de proteção do ordenamento constitucional que consigo se interligam[4]. Desta forma, compete ao Tribunal Constitucional administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais e apreciar a inconstitucionalidade[5] e a ilegalidade[6] das

http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/tc. Para desenvolver o tema, NOVAIS, Jorge Reis, *Em Defesa do Tribunal Constitucional,* Almedina, 2014.

[2] Aquelas que integrem o elenco do art.º 280/1 e 2 da CRP.

[3] É visto como garante da estabilidade e a conservação da própria Constituição.

[4] "*O sistema português de fiscalização da constitucionalidade é hoje, aliás, um sistema integralmente jurisdicional, embora nem sempre o tivesse sido"* - V Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América Modelos de Justiça Constitucional, Relatório do Tribunal Constitucional Português elaborado por Catarina Sarmento e Castro, assessora do Gabinete do Presidente do Tribunal Constitucional em Sevilha (ano 2005) conforme se poderá confrontar com a consulta in http://www.cijc.org/conferencias/sevilla2005/documents/relatorioconferenciasevilha.pdf

[5] Consiste, no sentido mais amplo, num comportamento que infringe uma norma constitucional -MIRANDA, Jorge. *Curso Direito Constitucional – Estrutura do estado, sistemas políticos, atividade constitucional do Estado, fiscalização de constitucionalidade,* Vol. 2, Universidade Católica Editora, 2016, pág. 231 e seguintes.

[6] O procedimento de fiscalização da legalidade de normas, por violação de lei de valor reforçado do estatuto de uma região autónoma (por parte de normas de diploma regional) ou de direitos de uma região autónoma consagrados no respetivo estatuto (por parte de normas de diploma emanado dos órgãos de soberania) — é idêntico ao da fiscalização da constitucionalidade ínsito nos artigos 280º e 281º da Constituição, com exclusão da fiscalização preventiva, que não é, aí admitida, e do controlo por omissão, que por razões que se dispensa alongar, aí não faria aí sentido. Próxima da fiscalização da legalidade, temos o caso em que ocorre um controlo concreto das decisões dos restantes tribunais que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento

normas[7] que infrinjam a Constituição[8] ou os princípios nela consignados [9] através de processos [10] de fiscalização[11].

Discorre o art.º 277º/1 da CRP que a fiscalização da constitucionalidade recai sobre normas jurídicas, sendo inadmissível o controlo de atos dos poderes

---

na sua contrariedade com uma convenção internacional, cabendo recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida – Veja-se 70.º/1/i) e 71º/2, ambos da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, na sua versão mais recente aprovada pela Lei n.º 11/2015, de 28/08, disponível in http://www.tribunalconstitucional.pt. Para outros desenvolvimentos acerca da inconstitucionalidade por omissão, Vd. MIRANDA, Jorge, *Inconstitucionalidade por omissão, in* Estudo sobre a Constituição, Vol. I, Lisboa, 1977.

[7] Não é a garantia, antes a virtualidade de garantia que integra o conceito de norma jurídica. Pode aquela faltar, não ser admitida, ou não conseguir agir que, nem por isso, deixa de ser jurídica a norma: a sua obrigatoriedade não advém disso - MIRANDA, Jorge. *Curso Direito Constitucional – Estrutura do estado, sistemas políticos, atividade constitucional do Estado, fiscalização de constitucionalidade,* Vol. 2, Universidade Católica Editora, 2016, pág. 234 e seguintes.

[8] As tipologias clássicas radicam em Platão e Aristóteles através de Cícero, São Tomás de Aquino, Maquiavel, Bodin, entre outros, que se prolongam até então e, nessa tipologia (tripartida) distinguem-se, a monarquia, aristocracia e a democracia (república, politeia segundo Aristóteles).

[9] Decorrente da evolução do Estado para o conhecido Estado social e democrático de direito, encontrando aconchego nos artigos 221.º, 223.º e 224.º da PARTE III do TÍTULO VI, e dos artigos 277.º e seguintes da PARTE IV do TÍTULO I, todos da CRP, bem como da Lei do Tribunal Constitucional (LTC). Sobre as grandes correntes doutrinais que se depara a doutrina jurídica, filosófica e politológica do Estado, veja-se MIRANDA, Jorge. *Curso Direito Constitucional,* ob. cit. 2016, pág. 9 e *Manual de Direito Constitucional,* 2ª ed. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

[10] Para efeitos da distribuição, são cinco as espécies de processos (art.º 49.º da LTC). O termo *processo* encontra-se de mãos dadas com a função jurisdicional.

[11] Na verdade, o recurso para o TC só existe quando esteja em causa a inconstitucionalidade de normas jurídicas, e não também de atos jurídicos de índole diversa, como, v.g., atos administrativos ou decisões judiciais. Sobre tal distinção cita-se o Acórdão n.º 26/85, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 26 de abril de 1985 onde se lê: *"É isso o que clara e expressamente resulta, não apenas do teor do artigo 280.º da Constituição, mas de todo o conjunto de normas e princípios constitucionais respeitantes à fiscalização da constitucionalidade e à natureza e configuração do Tribunal Constitucional. Este é um órgão jurisdicional aí basicamente concebido para o controlo normativo; e se a Constituição, além de lhe haver atribuído outras funções (que aqui não vem ao caso), permite ainda artigo 213.º, n.º 2, alínea e)] que o legislador alargue o respetivo quadro de competências, o facto e que este último, pelo menos até agora, e nomeadamente na Lei n.º 28/82, não estendeu esse quadro, do que toca ao controlo da constitucionalidade, para além do que se encontra estabelecido no diploma fundamental."* Ainda o Acórdão do Tribunal Constitucional de 13-07-1988, Conselheiro Vital Moreira (Relator), proc. 186/88 in http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

públicos[12], deixando de fora, inúmeros atos (não normativos) que também, sendo suscetíveis de ferir a Lei Fundamental e os princípios que nela se encontram plasmados, não têm tratamento [13].

II – segmentação através da fiscalização sucessiva

Portugal é caracterizado por ter um processo de justiça constitucional misto[14]. A doutrina tem vindo apontar para a distinção entre a fiscalização

[12] Entre eles, *atos políticos*, sujeitos tão-somente ao regime de responsabilidade política; *atos administrativos*, os quais se submetem apenas ao controlo de legalidade pelos Tribunais Administrativos e Fiscais (TAF's) e *atos jurisdicionais* que são objeto de recurso para os Tribunais.

[13] Ainda que o próprio TC através das regras de interpretação venha alargando o sentido da própria norma, poder-se-á falar aqui, em noção funcional de norma jurídica (análoga às regras de conduta ou aos critérios de decisão a considerar para os casos concretos (conhecendo o TC a conveniência na análise das questões suscitadas). Há autores que entendem que deve ter-se me linha de conta não apenas as normas vigentes (submetidas ao controlo da constitucionalidade) mas também da inconstitucionalidade superveniente (normas revogadas, caducas ou suspensas), sendo que a declaração de inconstitucionalidade, à partida, irá produzir efeitos, *ex tunc* (art.º 282.º da CRP). Vd. SERRASQUEIRO, Mafalda, *Legalidade e interpretação: a sindicabilidade pelo Tribunal Constitucional das normas enunciadas pelo juiz em matérias sujeitas aos princípios da legalidade e da tipicidade,* Revista e-Publica n.º 5, julho 2015, in http://e-publica.pt/legalidade-interpretacao.html. Acerca do lugar do juiz constitucional no ordenamento jurídico do Estado, deixamos à consideração o Relatório Português elaborado na sequência da XII CONFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS (Bruxelas, Maio de 2002) intitulado As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias, disponível in http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xii/Portugal-PT.pdf. QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio da interpretação conforme à Constituição. Questões e perspetivas. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2010, Ano VII, p. 314.

[14] Sendo notórias as densificações das características e mecanismos próprios do sistema austríaco de controlo da constitucionalidade que foi projetado por Kelsen e da "judicial review" ou também designado "sistema difuso de controlo da constitucionalidade" caracterizado pela aferição da compatibilidade entre a lei a e Constituição perante um caso concreto. Seguindo de perto a tradição da Constituição de 1911, influenciada pelas ideias de Rui Barbosa, viria a CRP de 1976 consagrar o controle difuso, concreto e incidental dos atos normativos, que será sempre (elo biológico sucessivo), abrangendo não só a inconstitucionalidade (art.º 280.º/1) mas também a ilegalidade de qualquer norma (art.º 280.º/2). AA VV, "Judicial Review. O Sonho Americano", in Sub Júdice. Ahumada Ruiz, Marian, "Alternativas a la Judicial Review y variedades de Judicial Review", in Themis, ano VI, nº10, pp. 41-6. Ainda NOVAIS, Jorge Reis Novais, Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático, Coimbra, 2012. ARAÚJO, António de, e PEREIRA, J. A. Teles. "A justiça constitucional nos 30 anos da

preventiva da fiscalização sucessiva atendendo ao momento da publicação, ou seja, se o diploma tiver sido publicado no Jornal Oficial (DR)[15] a fiscalização é sucessiva, porém, sendo antes dessa publicação é, então, preventiva[16].

Constituição portuguesa: notas para uma aproximação ibérica" in Jurisprudência Constitucional, n.º 6, abr-jun 2005. Acerca da convergência dos modelos e os modelos mistos ou compostos - URBANO, Maria Benedita, Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade, Almedina, 2016, 2ª edição, pág. 31. Mais recentemente e sobre "Os dois grandes modelos de garantia contenciosa da constituição e a natureza mista do sistema português de justiça constitucional" - CORREIA, Fernando Alves, Direito Constitucional – Justiça constitucional, ob. cit. 2016, pág. 113, ponto 6.

[15] A eficácia jurídica dos atos a que se refere a presente lei depende da sua publicação no Diário da República. Cfr. art.º 119º/1 c) da CRP e artigos 1.º e 3.º da Lei n.º 74/98, de 11 de novembro, conhecida pela "Lei Formulária" (5ª versão aprovada pela Lei n.º 43/2014, de 11 de julho) in www.pgdlisboa.pt .

[16] Pode-se fazer uma fiscalização sucessiva de uma norma que não esteja em vigor? Sim e desta forma, atento ao critério do momento da publicação a distinção com a fiscalização preventiva fica facilitada, na medida em que esta (última) ocorre sempre antes da promulgação por parte do Presidente da República. Não será objeto do controlo abstrato preventivo de constitucionalidade o diploma legal como um todo, mas apenas das normas que o compõe. Apesar disso, enquanto estiver sendo discutida a constitucionalidade de qualquer norma, fica suspensa a tramitação do próprio diploma legal. Na prática, o legislador constitucional quis travar que uma norma que não seja "salubre" entre em vigor. Não obstante, poderá a norma, ao longo da sua vigência, ser submetida à fiscalização sucessiva (abstrata ou concreta). Sobre as funções do PR vd. http://www.presidencia.pt/?idc=1 . No tempo de Cavaco Silva, e desde que tomou posse no primeiro trimestre de 2005, havia requerido ao TC a fiscalização preventiva de nove diplomas da AR, 6 dos quais terminaram por ser vetados por inconstitucionalidade e apenas em julho de 2010 o PR requereu a fiscalização sucessiva da constitucional. Em agosto de 2008 foram entregues dois requerimentos de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade de algumas das alterações feitas ao Estatuto do Ministério Público in http://www.smmp.pt/?p=3712. Em 2013, o PR promulgou o diploma que criou o Tribunal Arbitral do Desporto mas solicitou ao TC a fiscalização abstrata sucessiva de algumas normas do Decreto n.º 170/XII in http://www.advocatus.pt/actual/8407tribunal-arbitral-do-desporto-cavaco-solicita-ao-tc-fiscaliza%C3%A7%C3%A3o-sucessiva-dealgumas-normas.html – a propósito do Orçamento de Estado, o constitucionalista Bacelar Gouveia defendeu que o Presidente da República devia pedir a fiscalização preventiva, acrescentando tratar-se de um mau serviço que é prestado à defesa da Constituição: http://www.tvi24.iol.pt/politica/videos/fiscalizacao-sucessiva-e-um-mau-servico-a-defesa-daconstituicao . Há umas semanas um dos partidos políticos anunciou que ia solicitar a fiscalização sucessiva da constitucionalidade do decreto do Governo que alterou o estatuto do gestor público a propósito de haver um regime de exceção destinado especificamente aos administradores da Caixa Geral de Depósitos - http://www.tsf.pt/politica/interior/psd-pede-fiscalizacao-da-constitucionalidadedas-alteracoes-ao-estatuto-do-gestor-publico-5540495.html. Mas não é apenas em Portugal que tal acontece, veja-se que O principal partido da oposição em Cabo Verde, o Partido Africano da Independência de Cabo Verde (PAICV) vai pedir ao Tribunal Constitucional a

O controlo de fiscalização abstrato pode ser realizado antes da entrada em vigor dos diplomas (preventivo ao abrigo das duas disposições previstas nos artigos 278.º e 279.º, ambas da CRP) ou depois das normas se tornarem – de forma plena válidas e eficazes - controlo sucessivo[17].

Entre a fiscalização da constitucionalidade aquela que mais tem vindo a fortificar toda a atividade do TC é a fiscalização concreta[18], surgindo por via incidental da instância[19]. Para tal, o (a) recorrente deverá, no prazo de 10 dias, no requerimento de interposição recurso, indicar no pedido (devidamente

fiscalização sucessiva do Orçamento de Estado (OE) para 2017 - http://www.voaportugues.com/a/paicv-pede-fiscalizacaoorcamento-2017/3652525.html

[17] Ver jurisprudência do TC in http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/

[18] Em 2015 o TC proferiu 1510 decisões, das quais 700 acórdãos e 810 decisões sumárias. Em sede de fiscalização preventivas da constitucionalidade, o TC proferiu 2 acórdãos (n.º 377/15 e 403/15) e, em fiscalização abstrata sucessiva 12 acórdãos (n.ºs 96/15, 139/15, 141/15, 260/15, 264/15, 296/15, 408/15, 494/15, 538/15, 576/15, 595/15 e 682/15). Relativamente a contas de partidos políticos e campanhas eleitorais produziu 11 acórdãos. A fiscalização concreta continua a representar a atividade processual com maior expressão quantitativa com 508 acórdãos, dos quais 137 apreciaram questões de mérito, tendo os demais, versado sobre questões processuais – Vd. Relatório de Atividades de 2015 (último) in http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/tc_ebook_relactiv2015/index.html#3

[19] O pedido principal não tem correspondência com o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Noutro plano, Vd. CANAS, Vitalino, Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1994. Segundo JORGE MIRANDA, apresenta-se como incidental a fiscalização inserida em processo que converge para outro resultado que não a garantia da constituição; e nela a inconstitucionalidade é questão prejudicial, ou seja, a questão de Direito substantivo de que depende a decisão final a tomar no processo. Mas uma coisa é falar em questão prejudicial, outra é falar em indente de inconstitucionalidade. A questão de inconstitucionalidade não é uma questão incidental ou de Direito processual, é uma questão prejudicial ou de Direito Constitucional substantivo, mas que é suscitada incidentalmente em processo que tem por objeto uma questão diferente - Curso Direito Constitucional, ob. cit, 2016, pág. 240.

fundamentado)[20] a (s) norma (s)[21] cuja inconstitucionalidade ou da ilegalidade se leva (m) ao TC para ser (em) apreciados[22].

JORGE MIRANDA esclarece que a fiscalização é abstrata (ou em tese) a que se dirige a comportamentos[23] dos órgãos do poder público ou às normas em si, por aquilo que significam na ordem jurídica, independentemente da sua incidência em quaisquer relações ou situações da vida. Continua este autor, referindo-se à fiscalização abstrata como aquele que se insere no equilíbrio global dos órgãos

[20] Antes de ser declarada, é ainda uma pretensa inconstitucionalidade, razão pela qual, se deve invocar o (s) princípio (s) constitucional. (is) [ou legal (is)] que estejam em crise. Sobre os tipos de crise, URBANO, Maria Benedita, Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade, Almedina, 2016, 2ª edição, pág. 36.

[21] Para mais desenvolvimentos, ALEXANDRE, Isabel, A norma ou princípio constitucional ou legal violado como elemento do objecto dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade ou da legalidade, in Jurisprudência Constitucional, n.º 6, 2005. Em particular, a mesma doutrina em outro aresto do Tribunal Constitucional: "Na verdade, recurso para o Tribunal Constitucional só existe quando esteja em causa a inconstitucionalidade de normas jurídicas, e não também de actos jurídicos de índole diversa, como, v.g., actos administrativos ou decisões judiciais (sobre esta fundamental distinção, v. o Acórdão nº 26/85, no Diário da República, 2ª série, de 26 de abril de 1985). É isso o que clara e expressamente resulta, não apenas do teor do artigo 280º da Constituição, mas de todo o conjunto de normas e princípios constitucionais respeitantes à fiscalização da constitucionalidade e à natureza e configuração do Tribunal Constitucional. Este é um órgão jurisdicional aí basicamente concebido para o controlo normativo; e se a Constituição, além de lhe haver atribuído outras funções (que aqui não vêm ao caso), permite ainda [art.º 213º/2, e)] que o legislador alargue o respectivo quadro de competências, o facto é que este último, pelo menos até agora, e nomeadamente na Lei nº 28/82, não estendeu esse quadro (controlo da constitucionalidade), para além do que se encontra estabelecido no diploma fundamenta." - http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850090.html . Para outros desenvolvimentos, REGO, Carlos Lopes do - Os Recursos de Fiscalização Concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Coimbra: Almedina, 2010.

[22] O pedido foi ser feito até ao encerramento de uma audiência de discussão e julgamento, podendo seguir, a título meramente exemplificativo: "Alega-se a inconstitucionalidade da norma constante da segunda parte da alínea Ω do n.º x do artigo y.º da lei n.º n, na probabilidade de essa disposição vir a ser aplicada ao caso concreto" – LOPES, José Augusto Silva (e outra), in "Sobre a fiscalização da constitucionalidade", palestra proferida no XXVI Curso de Preparação para o Exame de Admissão ao Centro de Estudos Judiciários de 2014 / 2015 na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, em 22-01-2015.

[23] Sobre a necessidade de analisar o comportamento judicial (judicial behavior) dos TC, ou mais precisamente, do comportamento de voto dos juízes do TC - ARAÚJO, António de, *O Tribunal Constitucional (1989-1996) – Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra Editora, 1997, pág. 12. 28 Curso Direito Constitucional, ob. cit. 2016, pág. 239.

do Estado e que por essa razão pode ser entendida como um pouvoir démpêcher[24]. Isto levar-nos-á a refletir se, os tribunais comuns poderão, oficiosamente, declarar a inconstitucionalidade das normas e, apesar de a resposta ser afirmativa (seguindo a via prejudicial[25]) atento ao art.º 204.º da CRP, nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais (judicias ou administrativos)[26] aplicar as normas inconstitucionais[27]. E se a inconstitucionalidade não for arguida *ab initio* na primeira instância?

Desde que o processo admita recurso as partes podem fazê-lo lançando-se ao disposto no 204.º da CRP junto dos tribunais superiores (na fase das alegações ou conclusões), desde que, repita-se devidamente formulado e fundamentado. E o que acontece se os tribunais comuns não atenderem à declaração de inconstitucionalidade de uma norma declarada pelo TC?

[24] Curso Direito Constitucional, ob. cit. 2016, pág. 239.

[25] A deteção da inconstitucionalidade é sempre excecional, através de um incidente da instância inominado para resolver.

[26] Devendo recusar, repristinando a norma revogada pela declaração da inconstitucionalidade e da ilegalidade, proferindo decisão com a norma repristinada e, na ausência desta, recorrendo às regras da interpretação, conjugando, ambos os casos com o art.º 280.º da CRP e art.º 70.º da LTC. Sobre as regras da interpretação, sendo por essa razão que, nestes casos, o TC indica o sentido que está em conformidade com a Lei fundamental - Vd. MACHADO, J. Baptista, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Coimbra, 2.ª Reimpressão, 1987, págs. 192 e segs.

[27] Sob pena de violação da reserva do juiz. Há, como diz o Povo, que separar o trigo do joio e isso fazse com a peneira, com crivo, e não com peneiras e com a arrogância do altivo... que esconde as misérias próprias – Ac. STJ de 27-01-2016, Oliveira Mendes Relator, processo n.º 102/15.9YFLSB in www.dgsi.pt . Assim, o MP nos termos 280.º/3 da CRP e artigo 72.º/ 3, da LTC, é obrigado a recorrer para o TC, recorrendo direta e imediatamente, mas, apenas, quando estão em causa os atos legislativos, ou seja, diplomas que dependem da promulgação do PR. A resposta é a mesma quanto aos outros diplomas? Se interpretarmos a contrario o art.º 70.º/2 da LTC, devemos concluir que o recurso das partes, com legitimidade, deverá ser interposto diretamente junto do TC (estranha-se a solução na medida em que o MP só o pode fazer se for parte no processo e detenha legitimidade e interesse em agir). Para um maior desenvolvimento da legitimidade, em particular a democrática - QUEIROZ, Cristina, Direito Internacional, Coimbra Editora, 2011, pág. 33 e segs.

Nestes casos, e por força do art.º 280.º/5 conjugado com o art.º 72.º/3 da LTC, o Ministério Público (MP)[28] deve recorrer (obrigatório e direto) para o TC de modo a este poder dirimir a fricção instalada na ordem jurídica[29].

III – "organogénese" da fiscalização abstrata sucessiva

Na República Portuguesa qualquer tribunal pode conhecer e decidir questões de constitucionalidade relativas à aplicação de uma norma que se coloquem um processo submetido à sua apreciação. Porém, não se consagrou um reenvio prejudicial de questões de constitucionalidade dos tribunais comuns para o TC.

[28] Sobre o papel do MP na fiscalização da constitucionalidade: http://rmp.smmp.pt/o-papel-doministerio-publico-na-fiscalizacao-da-constitucionalidade/

[29] À cautela a parte poderá apresentar um requerendo (dando vista) ao MP responsável pelo processo informando que foi proferida, naquele processo, decisão em sentido inverso ao acórdão proferido pelo TC (XPTO). Porém, ao abrigo do princípio da igualdade de armas (ainda que com algumas ressalvas) se atendermos ao art.º 20.º da CRP e art.º 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFDE), publicada no JOCE a 18-12-2000 (C 364/01). Recordar que as questões concretas que são conduzidas ao TC têm de advir de três casos (igualmente concretos), decididos de igual forma, para seres declarados, com força obrigatória geral de uma qualquer norma aí suscitada (281.º/3 e 282.º, ambos da CRP). Registe-se que é a norma declarada inconstitucional que deve se repetir, não significando que o TC declare parcialmente a norma inconstitucional, minorando o âmbito da própria declaração da inconstitucionalidade em abstrato. Em jeito de curiosidade, a inconstitucionalidade por omissão é um mecanismo que tem como objetivo servir de "lembrete" ao legislador recordando o dever de legislar, sem efeitos adicionais (art.º 283.º da CRP) que deve ler-se com os artigos 67.º e 68.º da LTC. A realidade não hesita em demonstrar que, apesar do somatório dos anos, esta via nunca foi utilizada no nosso ordenamento jurídico. Para um aprofundamento do funcionamento do TC, desde a sua fundação até 2008 (ano de celebração dos 25 anos de história – SANTOS, Ana Catarina, Papel Político do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2011. A título de curiosidade o TC polaco reprovou em março de 2016 uma série de decisões do governo relativas aos seus membros e ao seu funcionamento que paralisaram a principal instância jurídica do país, provocando uma crise constitucional. A lei "impede um funcionamento honesto e próprio do (...) TC ao interferir na sua independência e separação de outros poderes, assim violando os princípios do Estado de Direito", especificou Rzeplinski – Lusa de 10-03-2016 in http://portocanal.sapo.pt/noticia/84978. Sobre os poderes do Presidente em sede de política externa e da defesa – Parecer BRITO, Wladimir Augusto Correia, Parecer ide 24-02-2014.

A Lei fundamental, a par do controlo concreto prevê o controlo concentrado e abstrato de normas[30]que versa, fundamentalmente, não na apreciação da inconstitucionalidade como uma questão incidental a ser suplantada para que seja proferida uma decisão submetida a julgamento, mas que seja proferida uma decisão como objeto principal do processo[31].

Em qualquer dos casos, as normas emitidas pelo legislador podem ser objeto de fiscalização, isto é, quer a título principal e abstrato, em processo de fiscalização concentrado, a cargo do TC[32], quer a título incidental difuso e concreto, pelos tribunais comuns, aplicando uma norma numa situação concreta, as normas contidas num legislativo podem ser objeto de controlo da constitucionalidade.

O processo constitucional dirigido à constitucionalidade (formal ou material) de uma norma jurídica (todas e quaisquer normas) dá lugar a uma decisão com forma obrigatória geral que vinculará, além dos órgãos do Poder Judiciário, os demais órgãos com poderes instituídos[33]. Estamos assim perante um processo de

[30] Em 17-12-2014, o Provedor de Justiça, solicitou ao TC a fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade de três segmentos de normas contidas na Lei n.º 75/2014, de 12 de Setembro diploma que estabelece os mecanismos das reduções remuneratórias temporárias e as condições da sua reversão, na parte aplicável aos trabalhadores das entidades integradas no universo da atividade empresarial prosseguida por entes públicos, em que os capitais sejam maioritariamente públicos, por considerar que viola o artigo 2.º da CRP - http://www.atam.pt/noticias-pagina-inicial/1570fiscalizacao-abstrata-sucessiva-da-constitucionalidade. Podemos ainda apurar que, por impulso do Provedor de Justiça já foram suscitados cerca de 56 pedidos de fiscalização Constitucional, dos quais 7 de fiscalização abstrata - http://www.provedor-jus.pt/site/public/?idc=15&kword_bd=abstra&pesq_cat=46, A título meramente exemplificativo, deixamos um pedido de fiscalização abstrata (sucessiva) da Constitucionalidade de vários dispositivos do Código Eleitoral o TC da República de Cabo Verde: http://www.presidencia.cv/index.php/magistratura/atualidade/561-pedido-de-fiscalizacao-abstractasucessiva-da-constitucionalidade-de-varios-dispositivos-do-codigo-eleitoral-ao-tribunal-constitucional .

[31] A eficácia jurídica dos atos a que se refere a presente lei depende da sua publicação no Diário da República. Cfr. art.º 119º/1 c) da CRP e artigos 1.º e 3.º da Lei n.º 74/98, de 11 de novembro, conhecida pela "Lei Formulária" (5ª versão aprovada pela Lei n.º 43/2014, de 11 de julho) in www.pgdlisboa.pt

[32] A par de outros na Europa, surge por influência da Constituição austríaca de 1920 que concentrou num tribunal especial a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade.

[33] Desde as contempladas em leis extensivas ao mero regulamento autárquico.

natureza abstrata[34] quanto não há partes processuais, ausência de interesses subjetivos contraditórios, inexistência de litígios[35].

Assim, apenas uma parte é que goza do impulso de requerer junto do TC a apreciação da constitucionalidade ou legalidade de normas jurídicas sob a égide da proteção da ordem jurídico-constitucional. Tal controlo não se destina apenas aos detentores do poder funcional de iniciativa, sendo extensivo àqueles que fixam o objeto do petitório.

A fiscalização abstrata está condicionada pelo poder funcional de iniciativa (e não direito de iniciativa), porquanto é reconduzido a uma determinada competência e numa perspetiva de interesse público (ação de constitucionalidade vs ação stricto sensu).

Ao invés do sistema austríaco (Verfassungsgerichtsbarkeit), em que a fiscalização abstrata concentrada no TC começa por ter a sua origem num processo concreto (como pressuposto), cabendo ao juiz desse processo decidir se leva a questão ao Tribunal Constitucional – isto é, os incidentes de inconstitucionalidade acabam por subir para efeitos de fiscalização abstrata, provindo de quaisquer tribunais -, entre nós, o incidente de inconstitucionalidade pode ser oficiosamente levantado pelo juiz, ou suscitado pelas partes, podendo estas recorrer da decisão do juiz a quo para o TC[36].

O sistema português não contemplou uma ação constitucional de defesa dos direitos, liberdades e garantias que possa ser acionada por iniciativa do cidadão[37], nem consagrou a ação popular[38].

---

[34] Sobre toda a fiscalização abstrata (sucessiva e preventiva) – MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo VI, pp. 247-305, matéria que encontra-se desenvolvida na apresentação em diapositivos e que será alargada na apresentação oral.

[35] Vinculado ao poder funcional de iniciativa que é da competência de alguns órgãos do poder político.

[36] Que se pronunciará sobre a aplicação da norma àquele caso concreto (art.280.º/6 da CRP).

[37] Através do dispositivo 23.º e 52.º, ambos da CRP.

[38] Consubstancia-se na impossibilidade de os particulares eventualmente afetados por um ato normativo público impugnar diretamente a sua constitucionalidade junto do TC. Estas soluções

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade, tal quale, como se apresenta combina o sistema misto[39], tratando-se de uma messe, que à partida pareceria eficiente, demonstra-se no inverso, inclusive de compreensão, mas, em particular, no modo de funcionamento e, nessa medida, insuficiente.

Sendo a fiscalização sucessiva abstrata[40] é sempre da inconstitucionalidade e da legalidade (de quaisquer normas) vigentes[41] que, por força do art.º 281.º da CRP[42] resulta uma decisão em sentido positivo de inconstitucionalidade com força geral e obrigatória.

não deixaram de ser debatidas e ponderadas nas Revisões da Constituição ocorridas entre 1989 e 1994, assumindo-se protagonistas essenciais no que se refere às vias de acesso dos particulares à jurisdição constitucional (um ainda ligado à fiscalização abstrata, outro à fiscalização concreta).

[39] O sistema nacional é, em larga medida, peculiar se tomarmos em linha de conta a maior fatia dos sistemas europeus, porquanto, perante a inconstitucionalidade da norma a ser aplicada ao caso concreto, os juízes têm uma competência plena que permite tratar a questão da inconstitucionalidade nesse mesmo caso concreto (não em tese), não servindo simplesmente apenas para admitir o incidente de inconstitucionalidade e enviá-lo (para apreciação) pelo TC.

[40] A impugnação não determina qualquer suspensão de aplicação. O contrário seria o bloqueio da decisão pública, o que, porém, não significa que o TC não deva decidir com a máxima celeridade.

[41] À exceção da desconformidade de normas legislativas com normas de Direito Internacional Convencional.

[42] Não se trata de uma legitimidade atribuída ao cidadão "comum", mas orgânica.

Quanto à tempestividade, ao invés da fiscalização preventiva[43], aqui na abstrata inexistem prazos, ou seja, o pedido[44], podendo ser requerida a todo o tempo[45].

Note-se que ao invés da fiscalização preventiva, na fiscalização abstrata não é admissível a desistência do pedido e por consequência não há suspensão da aplicação, eficácia ou vigência das normas que venham a ser impugnadas (não podendo o TC adotar providências cautelares). Urge questionar, quais são os efeitos que resultam de uma decisão definitiva acerca da inconstitucionalidade ou de ilegalidade originária da norma[46]?

[43] Encontra-se prevista em várias Constituições, além da portuguesa, tais como, francesa, espanhola, italiana (para leis regionais), cipriota, irlandesa, alemã (para tratados), finlandesa, polaca, romena, búlgara (para tratados), angolana, cabo-verdiana, entre outros. No caso francês de inspiração portuguesa, a fiscalização preventiva era única tratada pelo Conselho Constitucional até 2008 (altura em que foi introduzida a fiscalização sucessiva). A Constituição de Weimar representa o apogeu da crise do Estado Liberal do séc. XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX visto como um marco constitucionalista que consagrou direitos sociais, de segunda geração/dimensão, tais como, relações de trabalho, educação, cultura e previdência).

[44] O poder de iniciativa cabe aos órgãos previstos no art.º 281º/2 CRP que admitido, virá o Presidente do TC notificar o órgão do qual a norma impugnada tiver emanado, tendo este a faculdade de se pronunciar no prazo de 30 (trinta) dias. Recentemente, Marcelo Rebelo de Sousa, definiu-se como um Presidente da República que não recorre frequentemente ao TC como "uma espécie de defesa", mas que exerce "sem complexo algum" o veto político, perante uma divergência forte (Jornal Expresso, edição de 04-01-2017, Marcos Borga, Lusa, in http://expresso.sapo.pt/politica/2017-01-04-Marcelodiz-que-a-sua-funcao-e-ser-um-fusivel-de-seguranca - mais desenvolvimentos acerca da definição, caracterização, estatuto, competência do PR - OTERO, Paulo, Direito Constitucional Português – Volume II, Organização do poder político, Almedina, 2010, págs. 209 e segs.

[45] O tempo desempenha um importantíssimo papel em Direito Constitucional, na interpretação evolutiva do costume, na produção de atos de formação procedimental, na aplicação de normas, na estabilidade legislativa, na inconstitucionalidade por omissão, quando a norma é programática, quase sempre se é percetiva não exequível por si mesma - MIRANDA, Jorge. Curso Direito Constitucional, ob. cit. 2016, pág. 160-161.

[46] Para um maior aprofundamento, MEDEIROS, Rui, A decisão de inconstitucionalidade, os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão da inconstitucional, Universidade Católica Portuguesa (s.a).

Na maioria dos casos resulta efeitos ex tunc, sendo que a regra é a retroatividade da decisão[47] que foi consignada pelo TC [48] se bem que, poder-se-á estar perante uma inconstitucionalidade ou ilegalidade – por infração da CRP ou lei superveniente – que conduzirá a retroatividade apenas ao momento da entrada em vigor do parâmetro (e não da norma) evitando a produção de efeitos repristinatórios.

Mas e não haverá limites?

A resposta é afirmativa, ficando de fora (a priori) os casos julgados[49], as normas disciplinares ou de ilícito de mera ordenação social e, caso seja de conteúdo menos favorável ao arguido (282.º/3). Será que a CRP não fica por aqui, permitindo, dentro dos requisitos da proporcionalidade (em sentido estrito) numa linha tripla (necessidade, equidade ou interesse público e segurança) dificultar ou expurgar os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Por último, deixamos uma referência quanto à questão de saber se a execução de sentenças do Tribunal Constitucional vigora apenas para a fiscalização abstrata? A resposta é negativa, tendo aplicabilidade também na fiscalização concreta, cuja intervenção do TC tem lugar para conhecimento, em sede de recurso, de decisões dos tribunais comuns em matéria de constitucionalidade que sejam proferidas no âmbito de processos que perante estes corriam termos[50]. Em jeito de conclusão

[47] A este propósito «o legislador nacional, ao consagrar inequivocamente a regra da retroactividade da decisão de inconstitucionalidade, quis sublinhar a visão de que a Constituição, «como fundamento de validade, como base da força intrínseca da norma em causa, deve prevalecer incondicionalmente desde o momento em que é emitida ou em que ocorre a contradição ou desconformidade e não apenas desde o instante em que a contradição é reconhecida»" – Ac. STJ de 24-05-2012, processo n.º 37/07.9TBVNG.P1.S1, Granja da Fonseca (Relator), in www.dgsi.pt.

[48] À data da entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal (art.º 282.º/1), podendo produzir efeitos repristinatórios sobre as normas que possam ter sido revogadas pela norma declarada inconstitucional ou ilegal.

[49] ALMEIDA, Miguel Pimenta, A intangibilidade do caso julgado na constituição da República Portuguesa (brevíssima) FDUL, 2015.

[50] No primeiro caso, atende-se à execução de sentenças proferidas nos processos de fiscalização abstrata preventiva e de fiscalização por omissão, bem como de fiscalização abstrata sucessiva da

cremos que o caminho da jurisdição constitucional tende a forçar a elasticidade das normas constitucionais com os pedidos de fiscalização suscitados, não raras vezes motivados pelo oportunismo político e mediatismo que, cada vez mais, aos olhares mais atentos, não escapam.

> *"Há tempos de coruja e tempos de falcão» - é a máxima prudencial não apenas do bom príncipe, mas também do bom juiz. E os tempos que vivemos – importa salientá-lo - são tempos de coruja*[51]*".*

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert, Constitucionalismo Discurso, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, Brasil, 2011, Sistemas Jurídicos, Princípios Jurídicos e Razão Prática, in Doxa, 5, 1988 e La Construción de los Derechos Fundamentales, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012 ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Ed. Malheiros Editores, S. Paulo, 2012.

AMARAL, Maria Lúcia, O modelo português de Justiça Constitucional - análise crítica - In: AIJC, Madrid, 2007 ALMEIDA, Miguel Pimenta, A INTANGIBILIDADE DO CASO JULGADO NA CONSTITUIÇÃO (BREVÍSSIMA ANÁLISE), FDUL, 2015. ARAÚJO, António de (e outro), A justiça constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: notas para uma aproximação ibérica, in Jurisprudência Constitucional, n.º 6, abr-jun 2005.

ARAÚJO, António de, O Tribunal Constitucional (1989-1996) – Um estudo de comportamento judicial, Coimbra Editora, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: anotada. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

constitucionalidade. No segundo caso cabem as sentenças dos tribunais objeto de recurso para o TC.

[51] RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira, "O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos, Almedina, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Almedina, Coimbra 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, Ed Coimbra, Editora, Coimbra, 2010. CASTRO, Bernardo de, As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional, Almedina, 2016.

CORREIA, Fernando Alves, Direito Constitucional – a Justiça constitucional, Livraria Almedina, Coimbra, 2002. CORREIA, Fernando Alves, Direito Constitucional – Justiça constitucional, Livraria Almedina, Coimbra, 2016. DIAS, Jorge de Figueiredo (e outros), XXXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa – Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora. 2009. DIMOULIS, Dimitri e Lunardi, Soraya. Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 3ª. edição, São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald, A Matter of Principle, Ed. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1987 e Los Derechos en Serio, Ed. Ariel Barcelona, 2002 HABERMAS, Hürgen, Droit et démocrate. Enhtre faits et normes (tradução em língua francesa da obra Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des rechts uns des demokratischen Rechsstaats), Paris, 2001.

FONSECA, Guilherme da, DOMINGOS, Inês, Breviário de Direito Processual Constitucional – recurso de constitucionalidade, Coimbra Editora, Coimbra, 2ª edição, 1997.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 2007. Tomo I e II.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, Manual de Direito Constitucional, Almedina, 2013, 5ªEdição, Volume II.

FIGUEIREDO, Joaquim Roseira, O poder judicial e a sua independência, MORAES Ediores,1974, pág. 8.

MAGALHÃES, Pedro Coutinho (e outro), A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional português, Instituto de Ciências Sociais na Universidade de Lisboa, Análise Social, vol. XXXIII (145), 1998.

MARTINS, António, A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in) constitucionalidade do OE2014, Almedina, 2014.

MEDEIROS, Rui, A decisão de inconstitucionalidade, Universidade Católica Editora, Lisboa,1999. MIRANDA, Jorge, O sistema constitucional português, 2 volumes, Lisboa, 1977.

MIRANDA, Jorge, Inconstitucionalidade por omissão, in Estudo sobre a Constituição, Vol. I, Lisboa, 1977.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, 2ª ed. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Ed. Coimbra Editora, Coimbra.

MIRANDA, Jorge Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade, Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge, O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses – Aspectos Relevantes, Editorial Juruá, Lisboa, 2011.

MIRANDA, Jorge, Curso Direito Constitucional – Estrutura do estado, sistemas políticos, atividade constitucional do Estado, fiscalização de constitucionalidade, Vol. 2,

Universidade Católica Editora, 2016. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo. III, Ed. Coimbra, Editora, Coimbra, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de, Justiça Constitucional – Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2006.

RODRIGUEZ, José Julio Fernández, La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI, Ed. Tecnos, Madrid, 2003. PÉREZ, Jesús Gonzáçez, Derecho Procesl Constitucional, Ed, Cvitas, 1980, Madrid.

NOVAIS, Jorge Reis — Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático, Coimbra, 2012.

OTERO, Paulo, Direito Constitucional Português – Volume I, Identidade constitucional, Almedina, 2010.

OTERO, Paulo, Direito Constitucional Português – Volume II, Organização do poder político, Almedina, 2010. REGO, Carlos Lopes do - Os Recursos de Fiscalização

Concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Coimbra: Almedina, 2010.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (e outro), O Tribunal Constitucional e a cris – ensaios críticos, Almedina, 2014. QUEIROZ, Cristina, O princípio da interpretação conforme à Constituição. Questões e perspectivas. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2010, Ano VII.

QUEIROZ, Cristina, O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais, Coimbra Editora, 2014.

QUEIROZ, Cristina, Direito Internacional, Coimbra Editora, 2011. SEGORBE, BEATRIZ E TRABUCO, Cláudia, O Conselho Constitucional Francês. Legitimidade e vias de legitimação da justiça constitucional, Coimbra, 2002. URBANO, Maria Benedita, Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade, Almedina, 2016, 2ª edição. VAZ, Manuel Afonso (e outros), Direito Constitucional – Questões e Casos Práticos, Coimbra Editora, 2013.

LEGISLAÇÃO

Constituição da República Portuguesa de 1976 atualizada na versão pela Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de agosto, Almedina, 2017, 4ª Edição.

Lei da organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, atualizada na versão da Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro. novembro, atualizada na versão da Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro.

Lei da organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, atualizada na versão da Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro.

PARECERES

BRITO, Wladimir Augusto Correia, Sobre os poderes do Presidente em sede de política externa e da defesa, 24-02-2014.

As alterações de 2015 e 2017 ao regime jurídico da nacionalidade portuguesa:

O TERRORISMO, OS NETOS DE PORTUGUESES E AS PRESUNÇÕES DE LIGAÇÃO EFECTIVA À COMUNIDADE NACIONAL

António Manuel A.F.X. Beirão
Procurador da República

Sumário: 1. Introdução. **2.** Particularidades do processo legislativo. **3.** Expectativas goradas? **4.**O terrorismo e a aquisição da nacionalidade portuguesa: A Lei Orgânica 8/2015, de 22 de junho. **5.** Os netos de portugueses e a atribuição da nacionalidade portuguesa. A Lei Orgânica 9/2015, de 29 de julho e o DL 71/2017, de 21 de junho. **6.** As presunções de ligação efectiva à comunidade nacional. **7.** Problemas de aplicação da lei no tempo. **8.** Considerações finais.

1.Introdução

O regime jurídico da nacionalidade portuguesa, decorrente da Lei da Nacionalidade (redacção originária aprovada pela Lei 37/81, de 3 de Outubro) e do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa (redacção originária aprovada pelo DL 237-A/2006, de 14 de Dezembro), foi objecto de alterações em 2015, e neste ano de 2017.

Assim, a Lei da Nacionalidade foi alvo de duas modificações, por via das Leis Orgânicas 8/2015, de 22 de Junho, e 9/2015, de 29 de Julho.

A primeira visou exclusivamente estabelecer um novo pressuposto para a aquisição derivada da nacionalidade portuguesa, a par de um novo fundamento de oposição à aquisição da mesma nacionalidade, relacionados com o *terrorismo*.

A segunda visou o estabelecimento de uma nova modalidade de atribuição da nacionalidade portuguesa para os *netos de portugueses nascidos no estrangeiro* suprimindo, em simultâneo, a possibilidade de aquisição, pela via da naturalização, com dispensa da residência em território nacional.

Ambas as alterações à Lei da Nacionalidade Portuguesa ficaram na dependência de alterações ao respectivo Regulamento da Nacionalidade, sendo que, no caso da Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho, a própria vigência da lei ficou subordinada a tais alterações, conforme o seu artigo 6.º Tais alterações foram concretizadas com a publicação do DL 71/2017, de 21 de Junho (em vigor desde 3 de Julho), que vem portanto dar cabal concretização às novidades de 2015, e objecto das reflexões que seguem.

2. Particularidades do processo legislativo

Algumas particularidades do processo legislativo relativo ao regime jurídico da nacionalidade portuguesa merecem referência.

A Lei da Nacionalidade fixa e define o *elemento humano da Nação Portuguesa* (o *Povo Português*), sendo as matérias relativas à aquisição, perda e reaquisição da cidadania portuguesa da *reserva absoluta da Assembleia da República*, revestindo o segundo estatuto legal normativo mais importante após a Lei Constitucional, o de *Lei Orgânica*, nos termos dos artigos 164.º, alínea f) e 168.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

A importância do *substrato humano* do país faria supor alguma *estabilidade* em torno dos seus princípios, para além de um *consenso* dos vários *legisladores* (ou seja, das forças políticas com representação na Assembleia da República) e, não menos importante, de alguma *harmonização* com princípios da União Europeia e respectiva jurisprudência do Tribunal de Justiça, considerando que a cidadania

portuguesa é, mais do que uma cidadania nacional, uma verdadeira cidadania europeia. Ser cidadão português é ser *cidadão europeu*[1].

Contudo, não parece ser este o contexto no interior do qual as alterações legislativas têm vindo a ocorrer.

Assim, as duas Leis Orgânicas de 2015 surgiram sucessivamente e num espaço de 2 meses (Junho e Julho), na fase final da XII Legislatura[2], quando era seguro para qualquer conhecedor do processo legislativo que a regulamentação de ambas as leis orgânicas nunca seria concluída no curto prazo de 30 dias ali previsto.

Ou seja, o legislador de 2015 não poderia desconhecer que a regulamentação das matérias por si introduzidas na Lei da Nacionalidade não seria seguramente por si concretizada, nomeadamente em havendo alteração do Governo, como viria a acontecer, mercê dos resultados eleitorais desse ano, dando azo a um desenvolvimento legislativo (as alterações ao Regulamento da Nacionalidade), da autoria de outro executivo, cuja visão do regime da nacionalidade portuguesa

---

[1] Implicando, entre outras consequências, o direito à livre circulação no território dos Estados Membros, e o direito de eleger e ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu – números 1 e 2 do artigo 20.º do Tratado da União.

[2] A anterior alteração à Lei da Nacionalidade tinha ocorrido com a Lei Orgânica 1/2013, de 29 de Julho, igualmente na XII Legislatura, que aditou o número 7 ao artigo 6.º, admitindo uma nova modalidade de aquisição da nacionalidade portuguesa pela via da naturalização, "*aos descendentes de judeus sefarditas portugueses, através da demonstração de pertença a uma comunidade sefardita de origem portuguesa, com base em requisitos objectivos comprovados de ligação a Portugal, designadamente apelidos, idioma familiar, descendência directa ou colateral*."

Esta nova modalidade de aquisição da nacionalidade portuguesa seria objecto também de regulamentação (cujo prazo mais avisadamente foi fixado no artigo 2.º da Lei 43/2013, de 3 de Julho, em 90 dias), através de alterações ao Regulamento da Nacionalidade Portuguesa, introduzidas pelo DL 30-A/2015, de 27 de Fevereiro, e que consistiram no aditamento de uma nova norma (o artigo 24.º A), integralmente dedicada aos estrangeiros descendentes de judeus sefarditas portugueses interessados na aquisição da nacionalidade portuguesa.

Como a matéria objecto de alterações introduzidas à Lei da Nacionalidade pelo DL 71/2017, de 21 de Junho, em nada contende com a Lei Orgânica 1/2013, de 29 de Julho, o regime da aquisição da nacionalidade de descendentes de judeus sefarditas portugueses não será aqui debatido, antes se remetendo, desenvolvidamente e com autoridade sobre a matéria, para o estudo de **Rui Manuel Moura Ramos**: *"As alterações recentes ao direito português da nacionalidade – Entre a reparação histórica, a ameaça do terrorismo islâmico e a situação dos netos de portugueses nascidos no estrangeiro"*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Setembro-Outubro de 2015.

poderia não coincidir com aquela que presidiu às alterações de 2015, facto que, quanto mais não seja, é revelador da inutilidade na procura da "*voluntas legislatoris*" no processo interpretativo.

Aliás, e ao que tudo indica, estamos perante processo legislativo longe de encerrado, pois que a própria Lei da Nacionalidade poderá estar novamente em vias de ser *alterada*, existindo para a presente legislatura (XII) projectos de todos os partidos políticos para modificar a mesma[3].

Estatuto de nacionalidade, portanto longe da estabilidade e do consenso desejáveis, acompanhando, talvez, a permanente mutação dos interesses e factores que o condicionam.

Relativamente à harmonização das alterações ora introduzidas com outras ordens normativas, e sem prejuízo da tradicional competência de cada Estado soberano em definir quem são os seus nacionais, as características das sociedades modernas, as organizações internacionais com que o Estado Português está comprometido e, acima de tudo, a pertença de Portugal, como membro de pleno direito da União Europeia, fariam supor que a novel legislação procuraria alguma aproximação nesta matéria, caminho que, a absoluta ausência de referências (nomeadamente a políticas comunitárias), não sugere.

Aliás, e ainda no seio da União Europeia, as posições conflituantes dos vários Estados Membros podem nunca vir a ser objecto de consenso, tendo em conta a existência de interesses tão díspares por parte de países que, como Portugal, Espanha ou França, foram potências coloniais, resultando em várias comunidades espalhadas pelo globo, com fortes afinidades históricas, culturais e linguísticas, cujos cidadãos são *potenciais* cidadãos da UE, a par de outros Estados Membros – a maioria – sem qualquer influência cultural ou linguística para além das suas fronteiras, sem aspirar a outro contributo para o substrato humano europeu do que resulta dos seus próprios habitantes.

[3] Actividade parlamentar e Processo legislativo em curso relativamente à matéria da Nacionalidade Portuguesa acessível em: http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/IniciativasLegislativas.aspx.

3. Expectativas goradas?

O facto das Leis Orgânicas de 2015, nomeadamente a 9/2015, de 29 de Julho, para produzir efeitos, carecerem de alterações ao Regulamento da Nacionalidade, e destas terem sido anunciadas como concluídas em apenas 30 dias (artigo 4.º de ambas as Leis), apenas serviu para gerar uma crescente *ansiedade* da parte da comunidade portuguesa no estrangeiro.

Isto porque a Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho, quando entrasse em vigor, iria revogar a possibilidade de naturalização de netos de portugueses não residentes (o n.º 4 do artigo 6.º da Lei), e definiria a forma como o Governo passava a reconhecer a existência de "*laços de efectiva ligação à comunidade portuguesa*" como pressuposto para a nova modalidade de atribuição da nacionalidade originária a nacional estrangeiro descendente em 2.º grau de um nacional português, vulgo, neste contexto, *netos de portugueses*.

Cumpre esclarecer que quando referimos aquisição da nacionalidade portuguesa por ***netos de portugueses*** referimo-nos apenas e só à forma de aquisição da nacionalidade portuguesa por atribuição originária introduzida pelo artigo 1.º, alínea d) da Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho, ou seja*, à forma de atribuição ali prevista para cidadãos estrangeiros cujos progenitores são cidadãos estrangeiros, mas em que entre os ascendentes de 2.º grau na linha recta (avós maternos ou paternos) existe um nacional português*, atribuição que a citada Lei Orgânica faz depender da declaração de vontade nesse sentido por parte do interessado e da existência de "*laços de ligação efectiva à comunidade portuguesa*".

Foi precisamente a densificação deste conceito que a Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho remeteu para regulamentação posterior, embora o n.º 3 do artigo 1.º logo houvesse estabelecido três *parâmetros* à volta dos quais os laços de ligação efectiva seriam a considerar, e que serão desenvolvidos no texto: *o conhecimento suficiente da língua portuguesa*; *a existência de contactos regulares com o território nacional*; e *a não condenação, com trânsito em julgado, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos de prisão, segundo a lei portuguesa*.

O projecto de alterações ao Regulamento, após alguma especulação inicial, foi dado a conhecer publicamente em Fevereiro de 2017, por alguns órgãos de comunicação social, sendo narrada[4] a intenção do Governo em estabelecer "*presunções de ligação efectiva à comunidade nacional*", com força vinculativa para a Conservatória dos Registos Centrais do Instituto dos Registos e Notariado, entidade tutelada pelo Ministério da Justiça, e a quem incumbe o tratamento e decisão dos processos de atribuição, aquisição e perda da nacionalidade.

Em 20.04.2017, o Ministério da Justiça viria emitir uma "*Nota à comunicação social*", dando conta da aprovação, em Conselho de Ministros nesse mesmo dia realizado, do decreto-lei lei que regulamenta a Lei da Nacionalidade, embora em tal "*Nota*" não constasse qualquer menção ou referência relativamente à matéria das *presunções de ligação efectiva à comunidade nacional* antes anunciadas pela comunicação social, o que não deixou de suscitar algumas interrogações pois que, como se verá infra, tal constitui uma das principais novidades do DL 71/2017, de 21 de Junho.

Finalmente, no dia 10.06.2017, por ocasião das comemorações do Dia de Portugal, com pompa e circunstância, e não sem menos simbolismo, o diploma foi promulgado na cidade do Porto pelo Presidente da República, que nesse mesmo dia emitiu uma *Nota*, que pelo seu interesse se transcreve[5]:

> *"Por ocasião do Dia de Portugal, de Camões e das Comunidades Portuguesas, o Presidente da República promulgou no Porto, o diploma do Governo que, nos termos das Leis Orgânicas n.ºs 8/2015, de 22 de junho e 9/2015, de 22 de junho, altera o Regulamento da Nacionalidade Portuguesa, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro, que vem clarificar e facilitar o acesso à nacionalidade de descentes* (cremos tratar-se de lapso, devendo ter querido escrever-se "descendentes") *de Portugueses. O Diploma foi igualmente referendado*

[4] http://www.jn.pt/nacional/interior/deixa-de-ser-necessario-saber-portugues-para-adquirir-nacionalidade-5691233.html

[5] Consultada em: http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=131137

no Porto pelo Primeiro-ministro e segue para publicação no Diário da República."

*

Como decorre da análise da legislação de 2015 e 2017, os objectivos a que a mesma se propunha parecem longe de se poderem afirmar atingidos.

Assim, no tocante à questão do fundamento de aquisição/oposição relacionada com o *terrorismo* (Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho), o recurso a conceitos vagos e indeterminados retira eficácia jurídica ao diploma, enunciando dificuldades interpretativas, que poderiam ter sido evitadas.

Quanto à matéria da aquisição originária da nacionalidade por parte de *netos de portugueses*, a Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho e a o DL 71/2017, de 21 de Junho, ao invés de facilitarem o acesso à nacionalidade a estrangeiros que possuam um ascendente de 2.º grau na linha recta com nacionalidade portuguesa, antes o dificulta, *se comparado com o anterior regime nesta matéria.*

Efectivamente, estes candidatos à nacionalidade portuguesa, antes da entrada em vigor da recente legislação tinham uma via facilitada da aquisição da nacionalidade = a *naturalização "obrigatória"* facultada pelo artigo 6.º, n.º 4 da Lei da Nacionalidade, que exigia do interessado apenas que fosse maior de idade, que tivesse o conhecimento suficiente da língua portuguesa e não tivesse sido alvo de condenação criminal por crime punível com pena igual ou superior a três anos de prisão.

Com a entrada em vigor da Lei Orgânica 9/2017, de 29 de Julho e do DL 71/2017, de 21 de Junho, esta possibilidade da naturalização com dispensa da residência é revogada, instituindo-se a possibilidade de aquisição originária da nacionalidade, é certo, mas em termos mais exigentes, nomeadamente para os não residentes em território nacional.

Expectativas portanto, e pelo menos em parte, goradas.

4. O *terrorismo* e a aquisição da nacionalidade portuguesa

4.1. As alterações decorrentes da Lei Orgânica 8/2015, de 23 de Junho

As alterações à Lei da Nacionalidade decorrentes da Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho, prendem-se exclusivamente com o *fenómeno do terrorismo*, e visaram criar um *travão* a candidatos à aquisição da nacionalidade portuguesa (por efeito da vontade, da adopção ou por naturalização) que representem, no dizer da lei, "*perigo ou ameaça para a segurança ou defesa nacional, pelo seu envolvimento em actividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respectiva lei*".

Tratou-portanto de uma alteração pontual, relacionada com o terrorismo e radicalismo religioso contemporâneo, mas inserida, de acordo com a Nota Técnica dos serviços da Assembleia da República, "*num conjunto de oito iniciativas legislativas de combate ao terrorismo e visam adequar diferentes leis que lutam contra esta ameaça aos novos crimes relacionados com a actividade terrorista, designadamente, os novos tipos inicialmente constantes da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terrorismo), outras organizações terroristas e terrorismo internacional e o crime de financiamento do terrorismo, aditado pela Lei n.º 25/2008, de 5 de junho*".

Este impedimento à aquisição da nacionalidade é apenas relevante em casos de aquisição da nacionalidade por efeito da vontade ou adopção – caso em que funciona como *fundamento* da acção de oposição a interpor pelo Ministério Público contra o interessado (alínea d) do artigo 9.º da Lei da Nacionalidade), ou em casos de naturalização – caso em que funciona como *pressuposto* para a sua concessão pelo Governo (alínea e) do número 1 do artigo 6.º da citada Lei).

Já perante candidatos à obtenção da nacionalidade portuguesa pela via da atribuição (artigo 1.º da Lei da Nacionalidade), o impedimento em causa é de todo *irrelevante*, excepto nos casos de *netos de portugueses*, na medida em que a estes se exige um registo criminal limpo de condenações por crimes puníveis com pena de máximo igual ou superior a três anos de prisão (n.º 3 do artigo 1.º), pelo que qualquer condenação por crime de terrorismo ou afim será impeditivo da atribuição da nacionalidade (conforme melhor infra se especifica).

Não parece igualmente aplicável como pressuposto para a *naturalização de menores nascidos em Portugal*, filhos de estrangeiros aqui legalmente residentes há 5 anos e que tenham concluído o 1.º ciclo do ensino básico, ou seja, à modalidade de naturalização prevista no n.º 2 do artigo 6.º, na medida em que a forma como a norma está redigida exige somente a verificação dos pressupostos das alíneas c) e d) do número 1, mas não exige as demais, nomeadamente a que trata do pressuposto ora em causa, o da alínea e).

A regulamentação do DL 71/2017, de 21 de Junho, e no que a esta novidade respeita, mais não é do que a simples remissão para o já existente *poder* da Conservatória dos Registos Centrais, no âmbito do processo administrativo de naturalização, em solicitar à PJ e ao SEF as "*informações necessárias*", podendo estas entidades consultar outras entidades e serviços e forças de segurança, com o correspondente dever destas entidades em fornecer as informações disponíveis em 30 dias, prazo que pode ser prorrogado até 90 dias, comunicando a delonga – n.º 5, 6 e 7 do artigo 27.º do Regulamento.

4.2. O recurso a conceitos vagos e indeterminados.

Para enfrentar uma questão de grande relevância, embora ao nível prático com reduzida expressão[6], o legislador optou pelo recurso a conceito vagos e indeterminados, como "*perigo ou ameaça para segurança ou defesa nacional*", e "*envolvimento em actividades relacionadas com prática do terrorismo, nos termos da respectiva lei*".

Ora, sendo conceitos dirigidos ao decisor administrativo (Conservatória dos Registos Centrais e Ministro da Justiça, quanto à decisão da naturalização) e judicial (Ministério Público, quanto à decisão de interpor acção; e Tribunal, quanto à decisão sobre a acção), é a eles que se exige que avaliem e concluam se um dado interessado na aquisição da nacionalidade portuguesa, constitui um

[6] No Tribunal Admnistrativo de Lisboa, onde correm em exclusivo e em 1.ª instância as acções de oposição à aquisição da nacionalidade, não temos conhecimento de algum caso em que este fundamento viesse evocado.

"perigo para a segurança ou defesa nacional, pelo seu envolvimento em actividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da lei" e, assim arredá-lo da nacionalidade portuguesa, nomeadamente com base em informações que são prestadas pela PJ e pelo SEF.

O problema, a nosso ver, é que ao recorrer-se a este tipo de expressões, num contexto de regime jurídico da nacionalidade portuguesa, matéria formal e materialmente constitucional[7], que em sede processual admite vários graus de recurso (incluindo para o Tribunal Constitucional), consagram-se conceitos juridicamente inoperantes, insusceptíveis de rigoroso controlo e, por outro lado, susceptíveis de levantar obstáculos a um procedimento eficaz.

A evidência das dificuldades destes critérios da Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho, resulta de uma simples tentativa de os aplicar.

Quando poderá o Governo ou o Tribunal concluir que um interessado está "*envolvido em actividades relacionadas com a prática do terrorismo e represente perigo ou ameaça para a segurança ou defesa nacional*"?

Quem é a entidade que tem poder ou competência para definir que um cidadão está "*envolvido em actividades relacionadas com o terrorismo*" ou que "*representa perigo para a segurança ou defesa nacional"*?

Poderá uma qualquer informação da PJ, do SEF ou dos serviços de informações da República legitimar uma *decisão do Governo de indeferimento* da naturalização, por referência ao requisito da alínea e) do n.º 1 d artigo 6.º da actual lei, ou mesmo *sustentar uma acção judicial de oposição a aquisição da nacionalidade*, por referência ao fundamento da alínea d) do artigo 9.º da lei (ou seja, concluindo que aquele cidadão está "*envolvido em actividades relacionadas com o terrorismo*" e que "*representa perigo para a segurança ou defesa nacional")*?

Duvidamos...

[7] O direito à cidadania está elencado no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa como reconhecido direito pessoal, incluindo no seu âmbito o direito a uma nacionalidade, nos termos actualmente previstos na Lei.

Uma mera referência a um pedido de paradeiro, a uma recusa de visto, ou mesmo a um eventual relacionamento pessoal suspeito do cidadão, não nos parece possa servir de fundamento válido para a negação da nacionalidade portuguesa, isto naturalmente verificados todos os pressupostos da aquisição.

Num Estado de Direito todas as pessoas são iguais perante a Lei, e ninguém pode ser classificado ou descriminado em função do sexo, credos, raças, religiões, convicções políticas ou ideológicas (artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa).

Este princípio implica que qualquer tentativa de classificar um cidadão como *"um perigo ou ameaça para segurança ou defesa nacional pelo envolvimento em actividades relacionadas com terrorismo"*, seja por que serviço ou entidade for, na ausência de uma decisão judicial transitada em julgado ou pelo menos de uma investigação criminal a coberto de um código de processo, será, no nosso modesto ver, e à luz dos princípios fundamentais do Estado de Direito, ilegal e abusiva, e deve merecer censura, como já mereceram anteriores listas de cidadãos filiados no partido comunista ou mesmo de etnia cigana (por exemplo, e só para citar casos publicamente conhecidos), ou qualquer outra *listagem* ou *classificação* que assente em critérios puramente policiais ou securitários.

4.3. A concretização dos conceitos indeterminados através de decisões judiciais ou fortes suspeitas decorrentes de processos criminais.

Por muito boas intenções que o legislador tenha tido, na Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho, no sentido de impedir que eventuais "*terroristas*" acedam à nacionalidade portuguesa, a possibilidade de deduzir uma oposição legítima e fundada contra um interessado na aquisição da mesma terá, a nosso ver, não poderá dispensar uma *sentença de um tribunal que tenha condenado o mesmo por crimes de terrorismo* (tal como tipificados na lei) ou que pelo menos existam *fundadas suspeitas da prática de algum desses mesmo crimes* (ou seja, que essa pessoa tenha sido *constituída arguida* num processo que investigue tais crimes, tenha sido *acusada* ou *pronunciada* da prática de algum desses crimes).

É aliás pouco compreensível – mesmo atendendo ao alarme e gravidade que o fenómeno do terrorismo representa – que o legislador não tenha por exemplo, seguido o exemplo da União Europeia, a propósito do dever de inserção de informações pessoais na mais importante base de dados do Espaço Schengen - SCHENGEN SIS II[8], em que os conceitos também ali usados de "*ameaça para a ordem pública ou para a segurança nacional*", são expressamente reportados à *existência de uma condenação criminal* num Estado Membro ou a existência de *fortes razões da existência da prática de crime ou sua tentativa* – artigo 24.º, n.º 2 do Regulamento CE 1987/2006, de 20.12.2006

Ou mesmo o exemplo da recente alteração ao Regime Jurídico da entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros de território nacional, concretamente a Lei 59/2017, de 31 de Julho que, sobre a matéria dos *limites à expulsão* (artigo 135.º), expressamente prevê que estes não são aplicáveis em caso de *"suspeita fundada da prática de crimes de terrorismo, sabotagem ou atentado à segurança nacional ou de condenação pela prática de tais crimes"*.

Em suma, não antevemos que os conceitos vagos usados pelo legislador de 2015, para expressar o fundamento de oposição e o pressuposto de naturalização relacionados com o terrorismo, possam ser lidos fora de um contexto judicial relacionado com um dos crimes de terrorismo (tal como tipificados na lei) ou à existência de uma fundada suspeita, ou seja, o estatuto de arguido, acusado ou pronunciado em processo penal, e por algum dos crimes de terrorismo.

[8] Da página do SEF: *"A criação do Sistema de Informação Schengen (SIS) constitui uma das principais medidas adotadas para compensar a abolição do controlo nas fronteiras internas. Trata-se de uma base de dados comum aos países que integram o espaço Schengen e que possibilita às autoridades nacionais responsáveis pelo controlo de fronteiras, pela imigração, pela aplicação da lei e pela emissão de vistos desses Estados, o acesso a informações sobre pessoas (não autorizadas a entrar e/ou permanecer no espaço Schengen, a deter, desaparecidas, notificadas para comparecer perante uma autoridade judiciária ou a submeter a controlos discretos ou específicos, entre outras) e objetos (documentos em brancos ou já emitidos, veículos e chapas de matrícula, armas, notas de banco, entre outros). Constitui um elemento essencial para o bom funcionamento do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça". http://www.sef.pt/PORTAL/v10/PT/aspx/apoioCliente/detalheApoio.aspx?fromIndex=0&id_Linha=6339*

Como decorre destas considerações, as alterações de 2015 acabam por ser algo dispensáveis, na medida em que, lidas da forma exposta, parece-nos evidente que o pressuposto de naturalização e o fundamento de acção de oposição ora introduzidos *já estavam previstos*, pelo menos desde a Lei Orgânica 2/2006, de 17 de Abril, na alínea d) do n.º 1 do artigo 6.º, e na alínea b) do artigo 9.º da Lei da Nacionalidade.

Na verdade, uma vez que os crimes de terrorismo, de terrorismo internacional, de pertença ou chefia de organização terrorista são todos *puníveis com pena de prisão superior a 3 anos* (artigos 2.º, 3.º, 4.º e 5.º da Lei 52/20013, de 22 de Agosto), assim como o são os crimes de alteração do Estado de Direito, Incitamento à guerra, atentado ao Presidente da República, sabotagem (artigos 325.º, 326.º, 327.º e 329.º do Código Penal), além de outros tipos legais de crimes associados à criminalidade de origem ideológica, qualquer interessado na aquisição da nacionalidade portuguesa, pela via da vontade ou adopção, ou pela via da naturalização, *que tenha sido condenado como autor de algum deste crimes não poderia* – em princípio – *aceder à mesma*, pois que a tal já o impediam as referidas normas da Lei da Nacionalidade, respectivamente pressuposto para a naturalização e fundamento de oposição do Ministério Público à aquisição da nacionalidade.

E, ainda que não exista decisão criminal transitada em julgado, a existência de uma *investigação criminal*, sob a égide do Código de Processo Penal, mesmo que confidencial na fase inicial (como se exige em certo tipo de investigações), em Portugal ou em país que forneça informação criminal segura e certa, deve ser *fundamento para a sustação da decisão do Governo*, até que o processo penal chegue ao seu termo (visto o mesmo processo penal como *questão prejudicial* à decisão do processo administrativo, nos termos do artigo 42.º, n.º 7 do Regulamento da Nacionalidade e artigo 38.º do Código de Procedimento Administrativo), ou mesmo fundamento de oposição para a acção respectiva a cargo do Ministério Público, ainda que a sustar (*suspensão da instância*), até que exista decisão final do processo penal (n.º 1 do artigo 272.º do Código de Processo Civil, aplicável por força do artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Esta possibilidade cremos poder aplicar-se, quer evocado o fundamento relacionado com actividades terroristas, quer evocado o fundamento relativo à "*ausência de condenações criminais com transito em julgado por crime punível com pena de prisão igual ou superior a três anos, segundo a lei portuguesa*", factores portanto habilitantes e juridicamente sustentáveis, quer para o Governo, quer para os Tribunais, para obstar ao acesso à nacionalidade portuguesa, e ainda assim sempre lidos à luz dos princípios e normas constitucionais relativamente aos limites a impor às penas e às medidas de segurança[9], mas admitindo-se no caso de crimes de terrorismo maior amplitude do impedimento, nomeadamente ao nível dos efeitos da condenação[10].

[9] Impedimento que, na prática judiciária, tem vindo cada vez mais a ser lido à luz de princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito, nomeadamente quanto à **inadmissibilidade de efeitos automáticos das penas** (n.º 4 do artigo 30.º da Constituição da República Portuguesa), assim como da **proibição de penas com carácter perpétuo** (n.º 1 da mesma norma constitucional), matéria sobre a qual já existe diversa jurisprudência do Tribunal Constitucional, sendo a destacar o **acórdão n.º 106/2016**, de 24.02.2016 (segundo o qual o fundamento de oposição previsto no artigo 9.º, alínea b) tem de levar em conta a ponderação do legislador em sede de cessação da vigência da condenação penal no registo criminal), e o **acórdão n.º 331/2016**, de 19.05.2016 (que julgou inconstitucional a mesma norma, se considerado o fundamento ali previsto, quando a decisão penal tenha aplicado o mecanismo da dispensa de pena), decisões acessíveis na página internet daquele Tribunal. http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html

[10] Estando o presente trabalho na fase final de revisão, o STA proferiu um acórdão de fixação de jurisprudência, com data de 21.09.2017 (processo 567/17-20, nesta data ainda não publicado), segundo o qual "***só a condenação transitada em julgado pode obstar à aquisição da nacionalidade portuguesa***", em sede de artigo 9.º, alínea b) da Lei da Nacionalidade. No mesmo dispositivo lê-se ainda que "se a condenação não se verificava à data em que foi instaurada pelo Ministério Público a oposição à aquisição da nacionalidade..." não será de aplicar o regime de suspensão da instância previsto no número 1 do artigo 272.º do Código de Processo Civil.

O adiantado deste estudo não permitiu uma avaliação pormenorizada desta jurisprudência, sendo que é absolutamente evidente que o fundamento de oposição em causa exige uma sentença judicial transitada em julgado, único caso em que a acção pode proceder.

Questão mais relevante é a que se relaciona com o *fundamento para a suspensão da instância*.

Cremos incontornável que a pendência de uma acção judicial (nomeadamente criminal), que possa influir numa outra acção (nomeadamente a de oposição à aquisição da nacionalidade), não poderá deixar de se reputar como fundamento legítimo da suspensão da instância. E, nesta sede de contencioso da nacionalidade, seja por candidato envolvido em crimes de terrorismo, seja por candidato autor de crimes comuns, a existência de um processo-crime onde, por exemplo, exista acusação por crime doloso punível com pena igual ou superior a 3 anos de prisão, contra o interessado na aquisição da nacionalidade, mas em que o julgamento está por realizar ou a sentença

5. Os *netos de portugueses* e a atribuição da nacionalidade portuguesa. A Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho.

A outra alteração ao regime da nacionalidade introduzida pelo legislador de 2015 e que decorre da Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho, visou uma única finalidade: a instituição de uma nova modalidade de aquisição originária da nacionalidade portuguesa para *estrangeiros netos de portugueses*[11], adicionando para tal uma alínea ao número 1 do artigo 1.º da Lei da Nacionalidade (alínea d), que passou a contar com sete alíneas, correspondentes a *sete formas de aquisição originária da nacionalidade portuguesa* (na terminologia da Lei, *atribuição da nacionalidade*).

condenatória por transitar, não poderá deixar de se considerar como fundamento para a suspensão da instância (e, por maioria de razão, de suspensão do procedimento administrativo, em caso de decisão de naturalização da Conservatória dos Registos Centrais, aqui até por força do n.º 7 do artigo 42.º do Regulamento e do n.º 1 do artigo 38.º do Código de Procedimento Administrativo).

Sem prejuízo, a leitura dos acórdãos em confronto e que deram azo à decisão do STA de 21.09.2017, revela que em nenhum deles existia um processo-crime contra o interessado na aquisição da nacionalidade. Pelo contrário, ambos os interessados tinham o registo criminal *limpo*, existindo apenas meras suspeitas: *medida cautelar de pedido de paradeiro* na PJ e no SEF num dos acórdãos e *pedido de extradição arquivado* noutro dos acórdãos em confronto. Ora, a ser assim, não havia qualquer fundamento para a suspensão da instância, pois não se provou sequer a existência de um processo-crime contra algum dos interessados. Lido com estes elementos, o alcance da jurisprudência obrigatória deverá resumir-se a situações como as ali apreciadas, e que, repita-se, não são transponíveis para casos em que o interessado é arguido, acusado ou pronunciado num processo–crime cuja existência o Ministério Público prova na acção de oposição.

[11] A expressão "***netos de portugueses***" é empregue no sentido já explicitado no número 3, ou seja, *cidadãos estrangeiros interessados na aquisição da nacionalidade portuguesa, cujos progenitores são cidadãos estrangeiros, mas em que entre os ascendentes de 2.º grau na linha recta (avós maternos ou paternos) existe um nacional português.*

No caso do interessado estrangeiro ter ascendente em 1.º grau (pai ou mãe) com nacionalidade portuguesa, o mesmo obtém a mesma nacionalidade desde que simplesmente declare tal intenção, nomeadamente fazendo inscrever o seu nascimento no registo civil português, por força do critério do "*ius sanguinis*", factor habilitante da nacionalidade entre pais e filhos, ainda que nascidos e residentes no estrageiro (artigo 1.º, n.º 1, alínea c) da Lei da Nacionalidade).

Em simultâneo, suprimiu-se a possibilidade destes *netos de portugueses*, não sendo residentes, obterem a nacionalidade portuguesa pela via da naturalização, eliminando o número 4 do artigo 6.º (artigo.º 3 da Lei Orgânica).

A *atribuição da nacionalidade* ou *nacionalidade originária* é a modalidade *tradicional* através do qual o Estado reconhece a nacionalidade da pessoa, e decorre, desde sempre, da aplicação de dois critérios, isolada ou combinadamente: a consanguinidade ou *("ius sanguinis*") e o território ("*ius soli*").

A estes critérios ditos *tradicionais* soma-se ainda o critério da *vontade do interessado*[12], terceiro factor que pode influir decisivamente em sede de atribuição da nacionalidade portuguesa (e também, com ainda mais evidência, em sede de aquisição e de naturalização), em algumas situações.

A aplicação destes critérios conduz a que sejam *automaticamente* portugueses, sem necessidade de outros pressupostos:

- *Os filhos de nacional português nascido em território português* (consanguinidade e territorialidade, alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei);

- *Os filhos de nacional português nascido no estrangeiro se este ali estiver ao serviço do Estado Português* (consanguinidade, alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º);

- *Os indivíduos nascidos em território português filhos de estrangeiros se pelo menos um deles aqui tiver nascido e aqui tiver residência* (territorialidade, alínea e) do n.º 1.º do artigo 1.º);

- *Os indivíduos nascidos em território português e que não possuam outra nacionalidade* (territorialidade, alínea g) do n.º 1 do artigo 1.º).

São também nacionais portugueses, por atribuição, por efeito da verificação de um factor dito tradicional (consanguinidade ou território), mas

[12] Sobre a vontade do indivíduo e o seu "*papel determinante quer na atribuição, quer na aquisição, quer na perda, podendo concluir-se que o indivíduo passa a poder intervir na modelação de nacionalidade com uma latitude muito maior do que até agora era habitual. Ele é assim reconhecido com um verdadeiro sujeito dessa relação",* **Rui Manuel Moura Ramos***,* no domínio da Lei 37/81, de 3 de Outubro, "*Do Direito Português da Nacionalidade*", Coimbra Editora, Reimpressão, 1992, páginas 118 e seguintes.

agora *conjugado necessariamente* com a vontade do próprio (ou seja, exigindo um acto do interessado):

- *Os filhos de nacional português nascido no estrangeiro se inscreverem o nascimento no registo civil português ou se declararem quererem ser portugueses* (consanguinidade e vontade do interessado – alínea c) do n.º 1 do artigo 1.º);

- *Os indivíduos nascidos no estrangeiro com pelo menos um ascendente de nacionalidade portuguesa do 2.º grau na linha recta, se declararem que querem ser portugueses, possuírem laços de efectiva ligação à comunidade nacional e inscreverem o nascimento no registo civil português* (consanguinidade, vontade do interessado e decisão do governo – alínea d) do n.º 1 e n.º 3 do artigo 1.º):

- *Os indivíduos nascidos no território português, filhos de estrangeiros que não se encontrem ao serviço do respectivo Estado, se declararem que querem ser portugueses e desde que, no momento do nascimento, um dos progenitores aqui resida legalmente há pelo menos 5 anos (territorialidade e vontade do interessado* – alínea f) do número 1 do artigo 1.º).

A nova forma de atribuição da nacionalidade a netos de portugueses *rompe* com o modelo previsto para as demais modalidades de atribuição da nacionalidade portuguesa, pois que exige ao interessado o preenchimento de mais requisitos[13], nomeadamente o *reconhecimento pelo Governo Português de que tem laços de efectiva ligação à comunidade nacional*[14], aqui se incluindo um registo criminal "*limpo*" de

[13] O projecto de lei de 2012 apresentado pelo PSD (partido da coligação que suportava então o Governo) não previa quaisquer outros requisitos que não a existência de um ascendente de 2.º grau com nacionalidade portuguesa e a declaração de vontade em ser português ou a simples inscrição do nascimento no registo civil, conforme projecto consultado em:

http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634770734d7a67794c56684a5353356b62324d3d&fich=pjl382-XII.doc&Inline=true

[14] Conforme melhor escreve **Rui Manuel Moura Ramos**, no artigo de 2015 já antes citado (nota de rodapé n.º 8), a páginas 22 e 23, nomeadamente: *"… não só a ligação efectiva não se encontra pressuposta, como ela é especificamente requerida, estabelecendo-se um mecanismo de controlo de da verificação da sua existência que não pode deixar de ter um carácter individual e casuístico.!...! … cremos que a mera circunstância de se possibilitar esse controlo individual e casuístico se revela incongruente com a natureza da atribuição da nacionalidade!...!."*

condenações por crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos, reconhecimento e passado criminal esse que para os demais *candidatos* à atribuição não só não é necessário, como é mesmo indevido.

Efectivamente, a atribuição da nacionalidade portuguesa pareceria pressupor que a pessoa já era portadora de um factor tradicional de ligação efectiva, fosse a *consanguinidade*, fosse a *territorialidade*, estando portanto dispensada de qualquer outro pressuposto, salvo a simples vontade de adquirir a nacionalidade portuguesa. Daí o conceito de *atribuição*, ou seja, de algo *inerente à pessoa*, a concretizar por simples decorrência da lei, aliada, eventualmente, à expressão da vontade da mesma.

E nada mais.

Contudo, não é esse o caso da atribuição da nacionalidade a netos de portugueses, que ficou, pois, sujeita a condições invulgares: a verificação, pelo Governo, da relevância dos "*laços de ligação efectiva à comunidade nacional portuguesa*".

5.1. Os índices de ligação efectiva à comunidade nacional de *netos de portugueses*, definidos pela Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho.

O legislador de 2015 não se eximiu de elencar os *critérios* que indiciariam os *laços de efectiva ligação à comunidade nacional*, para os cidadãos estrangeiros netos de portugueses, descrevendo-os no número 3 do artigo 1.º, a saber:

- Conhecimento suficiente da língua portuguesa;

- Existência de contactos regulares com o território português;

- Ausência de condenações por crime punível com pena de prisão de máximo superior ou igual a 3 anos, segundo a lei portuguesa.

O conhecimento suficiente da língua portuguesa e os contactos regulares com o território nacional parecem-nos critérios claros e, embora susceptíveis a

algum grau de amplitude na sua leitura (nomeadamente quanto às expressões "*conhecimento suficiente*" e "*contactos regulares*"), são auxiliar valioso para a composição do conceito de ligação efectiva[15].

Já o pressuposto da *ausência de condenações criminais* se afigura de duvidosa adequação e mesmo conformidade constitucional, no contexto da atribuição da nacionalidade, não só por não ser exigido relativamente a todos os demais casos de atribuição da nacionalidade portuguesa (gerando uma *efectiva descriminação* entre cidadãos interessados na aquisição da nacionalidade portuguesa, com evidente lesão do n.º 1 do artigo 13.º da Constituição), como ainda por ser um critério, a nosso ver, estranho ao conceito de ligação efectiva à comunidade nacional.

Na verdade, o conceito de ligação efectiva à comunidade nacional aponta para a ligação da pessoa à *comunidade de cidadãos portugueses*, em qualquer local do mundo (não necessariamente em Portugal, tantas são as comunidades de portugueses[16] pelo mundo), e não para a conduta criminal do mesmo, sendo evidente que qualquer cidadão português pode praticar crimes, sem que tal implique maior ou menor ligação à respectiva comunidade.

Não foi isso no entanto que o legislador consagrou, para o caso da atribuição a netos de portugueses, e nem foi isso que o TCA Sul, em acórdão de 05.05.2016, concluiu, antes fazendo incluir o passado criminal do interessado entre os índices de ligação efectiva[17].

---

[15] António Manuel Beirão, "*O conceito de ligação efectiva à comunidade nacional em sede de contencioso da nacionalidade*", Revista Digital Verbo Jurídico, acessível via http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/administrativo/antoniobeirao_ligacaoefectiva_nacionalidade.pdf

[16] Comunidades que mantêm e dinamizam a língua, a cultura e os costumes portugueses, factores de maior grandeza na influência de Portugal na Europa e no Mundo.

[17] Segundo esta decisão, no conceito de ligação efectiva à comunidade nacional podem entrar considerandos relativos a condenações penais do candidato. Citando o aresto:

"A repetida prática de ilícitos criminais, ainda que por crimes puníveis com pena de prisão inferior a 3 anos, demonstra a ausência de incorporação das regras e valores essenciais à vida em sociedade e do

A nosso ver, questão do passado criminal do interessado deve ser averiguado e ponderado, mas apenas em sede de aquisição derivada da nacionalidade portuguesa, e para todos os interessados, nomeadamente como fundamento de oposição à pretensão ou pressuposto da naturalização (alínea b) do artigo 9.º e alínea d) do número 1 do artigo 6.º da Lei da Nacionalidade).

Não em sede de atribuição da nacionalidade portuguesa, no contexto da avaliação da ligação efectiva, e apenas para um tipo de candidatos: os *"netos de portugueses*"!

5.2. Os índices de ligação efectiva à comunidade nacional para *netos de portugueses*, definidos pelo DL 71/2017, de 21 de Junho: o relevo dado ao conhecimento da língua e à residência legal em Portugal.

O Preâmbulo do DL 71/2017, de 21 de Junho, esclarece que para regulamentação da matéria instituída pela Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho, se adita um novo artigo ao Regulamento, o artigo 10.º-A, norma que se verifica ser bastante extensa (9 números), e onde "*se definem os termos em que o Governo, de acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º 1 da Lei da Nacionalidade, reconhece a existência de laços de ligação efectiva à comunidade nacional*", não deixando de precaver que a "*não inclusão no elenco das situações enunciadas não determina, por automatismo, a exclusão da possibilidade da atribuição da nacionalidade*", cabendo sempre tal juízo ao Ministro da Justiça.

---

ordenamento jurídico nacional e, como tal, é reveladora da inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional portuguesa"

Acesso: http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/ac3bebe7de31764c80257fb70058f2c7?OpenDocument&Highlight=0,pedro,march%C3%A3o,liga%C3%A7%C3%A3o,efectiva

O argumento de que a prática de infracções criminais pode revelar falta de ligação à comunidade nacional, nomeadamente em casos de crimes comuns (como era o caso), poderá resultar na impossibilidade da pessoa em adquirir qualquer nacionalidade, na medida em que todas as comunidades humanas organizadas em torno do Estado de Direito possuem leis penais (e sendo que, regra geral, as pessoas cometem crimes nos países onde habitam...).

Revela-se assim a preocupação em manter o conceito de ligação efectiva como algo *permeável* e não sujeito a regras rígidas, admitindo-se um grau amplo de apreciação pelo decisor.

Embora os critérios expressos no n.º 3 do artigo 1.º da Lei, fossem de si suficientemente explícitos e base de referência para permitir uma decisão relativamente à existência ou não de ligação efectiva em cada caso concreto (exceptuando o pressuposto relativo à ausência de condenação criminal, pelas razões expostas), dispensando qualquer desenvolvimento substantivo (que, a admitir-se, deveria limitar-se às questões do conhecimento "*suficiente*" da língua portuguesa e das "*presenças regulares*" em território nacional), o legislador de 2017 *não se conteve* nos mesmos.

Assim, o conhecimento da língua portuguesa, nos termos definidos nos números 2 a 9 do artigo 25.º do Regulamento, passa a ser factor *obrigatório* para a atribuição da nacionalidade a netos de portugueses, o que não se exige relativamente a nenhuns outros potenciais casos de atribuição da nacionalidade.

Tal conhecimento, embora importante, não parecia ser determinante na Lei de 2015[18], sendo que o actual artigo 10.º-A, n.º 3 do Regulamento exige ao candidato que instrua o pedido com documento comprovativo do conhecimento suficiente da língua portuguesa, não parecendo portanto que, na falta de tal documento (ou na ausência de presunção do conhecimento da língua), a Conservatória dos Registos Centrais possa deferir a pretensão do interessado.

Já a residência legal em território nacional, pelo menos nos três anos imediatamente anteriores ao pedido, passa a ser o elemento mais importante para a composição do conceito de ligação efectiva para netos de portugueses, o que era simplesmente inexistente na Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho.

[18] A nosso ver, o conhecimento da língua portuguesa, nos rígidos moldes previstos nos números 2 a 9 do citado artigo 25.º do Regulamento (nomeadamente exigindo certificado de aprovação em provas ou de qualificações, ou certificado de habilitações em instituições reconhecidas pelo Ministério da Educação competente), embora importante, não era obrigatório para os efeitos do reconhecimento pelo Governo dos laços de ligação efectiva, pois que os termos "*nomeadamente*" e "*conhecimento suficiente*" no n.º 3 do artigo 1.º da Lei da Nacionalidade assim o sugeriam.

Assim, para além de ser o *primeiro* índice da ligação efectiva à comunidade nacional para os netos de portugueses (ponto i, da alínea e) do n.º 3 do artigo 10.º-A do Regulamento) a residência legal é, em certas circunstâncias, factor automático do reconhecimento da mesma ligação efectiva, nos termos do número 4 da norma, que estabelece a *obrigação* do Governo (via Conservatória dos Registos Centrais), em apenas notificar o interessado para inscrever o seu nascimento no registo civil português, quando o mesmo:

- Resida legalmente no território português nos três anos imediatamente anteriores ao pedido, se encontre inscrito na administração tributária e no Serviço Nacional de Saúde ou nos serviços regionais de saúde, e comprove a frequência escolar no território nacional ou demonstre conhecimento da língua portuguesa;

- Resida legalmente no território português nos cinco anos imediatamente anteriores ao pedido, se encontre inscrito na administração tributária e no Serviço Nacional de Saúde ou nos serviços regionais de saúde.

Ora, a residência legal em Portugal, além de arredada dos critérios de ligação efectiva previstos na Lei 9/2015, de 29 de Julho, mais não traduz do que o relevo conferido ao critério da territorialidade, critério de atribuição da nacionalidade que não deveria sequer ser evocado para os netos de portugueses, cuja expectativa de aquisição da nacionalidade decorre exclusivamente da consanguinidade.

5.3. Os demais índices de ligação efectiva para os *netos de portugueses*.

Entrando nos demais critérios estabelecidos como indicativos da ligação efectiva, o número 3 do artigo 10.º-A, após enumerar os documentos que o interessado deve juntar à sua *declaração de que querem ser portugueses*[19], enuncia a

[19] Certidão do registo de nascimento; Certidões dos registos de nascimento da avoenga portuguesa e progenitor dele descendente; certificados de registo criminal do país da naturalidade e do país da nacionalidade, bem como de países onde tenham residido após os 16 anos; Documento comprovativo do conhecimento da língua portuguesa (caso não beneficie da presunção do conhecimento da língua, nos termos do n.º 9 do artigo 25.º).

necessidade de junção de outros documentos que possam contribuir para comprovar *a efectiva ligação à comunidade nacional*, designadamente:

i. A residência legal em território nacional;

ii. A deslocação regular a Portugal;

iii. A propriedade ou o arrendamento de imóveis em Portugal;

iv. A residência ou ligação a comunidade histórica portuguesa no estrangeiro;

v. A participação regular ao longo dos últimos cinco anos, na vida cultura da comunidade portuguesa do país onde resida.

Assim, e a par dos contactos regulares com território nacional (noção que permanece com algum grau de subjectividade), o legislador adita agora como índices de ligação efectiva, a propriedade de imóveis (ou o arrendamento) em Portugal, a residência ou ligação a comunidade histórica portuguesa no estrangeiro, e finalmente a participação regular ao longo dos últimos cinco anos, na vida cultural da comunidade portuguesa no local de residência.

Ora, pergunta-se, se o interessado, neto de portugueses, *nunca esteve em Portugal*, mas preenche todos os outros pressupostos (nomeadamente o conhecimento, por certificado de habilitações, da língua portuguesa) e tem um imóvel em Lisboa, ou reside em Goa (comunidade histórica portuguesa), poderá ter-se por verificada a ligação efectiva?

Ao nível do respeito a dar aos actos legislativos, diríamos que não, ou seja, que na ausência de *contactos regulares com o território nacional*, pressuposto exigido no número 3 do artigo 1.º da Lei da Nacionalidade, será difícil compaginar a existência de ligação efectiva, no respeito do enunciado da lei.

Contudo, em função da amplitude agora reconhecida ao Governo (e aos Tribunais) na avaliação de cada caso, já algo enunciada na norma da Lei Orgânica, no termo "*nomeadamente*", em nada repugna se considere *verificada* a ligação efectiva à comunidade nacional de um interessado que nunca esteve em Portugal,

mas que se encontre em alguma situação suficientemente indiciadora dessa ligação, nomeadamente alguma das elencadas no artigo 10.º-A.

6. As presunções de ligação efectiva à comunidade nacional em sede de aquisição da nacionalidade portuguesa

Além da *atribuição*, como forma de obtenção da nacionalidade portuguesa, esta pode também ser obtida pela via da *aquisição*, seja por *efeito da vontade*, concorrendo com a verificação de factores de ordem familiar (ascendente que adquire a nacionalidade portuguesa; casamento/união de facto com nacional português) ou com a intenção de *reaquisição* por parte de interessado que perdeu a nacionalidade portuguesa durante a sua incapacidade (menoridade, designadamente), seja por *efeito da adopção plena*, concorrendo com um factor também de ordem familiar (adoptante ser nacional português), seja finalmente por efeito da *naturalização* (decisão do governo, em certos casos vinculada a estritos pressupostos legais) – artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º da Lei da Nacionalidade.

Para os casos da aquisição da nacionalidade por *efeito da vontade ou por efeito da adopção plena*, e em obediência ao facto de se tratar de acesso à nacionalidade já não por força de aplicação dos critérios tradicionais, mas de critérios relacionados com a vontade do interessado (podendo gerar situações de fraude e desvio à lei), o legislador prevê um conjunto de situações de facto que, a existirem, podem obstar à mesma: os fundamentos para a oposição à aquisição da nacionalidade.

Como ensina **Rui Manuel Moura Ramos** (*Oposição à Aquisição da Nacionalidade Portuguesa, Revista de Direito e Economia, 1986)*, estas situações de facto podem ser justificadas à semelhança das *excepções de ordem pública,* ou seja, têm por objectivo proteger valores fundamentais do Estado Português, legitimando uma acção judicial oficiosa, a interpor pelo Ministério Público, cujo fito é precisamente evitar que certa pessoa, porque em determinada situação ofensiva de princípios fundamentais da ordem jurídica internacional, adquira a

nacionalidade portuguesa: a acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa (artigos 9.º da Lei e 56.º do Regulamento).

O primeiro desses fundamentos de oposição (tendo já sido supra abordado o fundamento relacionado com o terrorismo) é a falta de ligação do interessado à comunidade nacional (a ausência do "*genuine link", da ligação real do interessado com o Estado a cuja nacionalidade aspira*), conceito indeterminado, e que tem causado problemas vários na prática judiciária[20].

Reconhecendo as dificuldades que o conceito indeterminado de "*ligação efectiva à comunidade nacional*" suscitava, nomeadamente para os aplicadores do Direito, enquanto fundamento para a acção de oposição – acções que, conforme expressamente mencionado no preâmbulo, têm grande impacto nas pendências do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa – o legislador de 2017 assumiu o objectivo de definir, pela forma legal, um conjunto de situações de facto que, verificadas, implicam a *presunção*[21], para a Conservatória dos Registos Centrais, que o candidato tem ligação efectiva à comunidade nacional.

Citando o preâmbulo do diploma, quis-se definir *"… um conjunto de circunstâncias perante as quais a Conservatória dos Registos Centrais deverá presumir a existência de ligação efectiva à comunidade nacional*", com vista a *"…não só diminuir o número de processos que a Conservatória dos Registos Centrais comunica ao Ministério Público, mas também para balizar as próprias expectativas dos interessados, aumentando a previsibilidade do procedimento administrativo em causa"*.

Note-se que o conceito de ligação efectiva à comunidade nacional, até à data e durante toda a vigência da Lei da Nacionalidade, nunca tinha ultrapassado o campo da *aquisição* da nacionalidade, e enquanto fundamento de acção de oposição, ou enquanto pressuposto para a naturalização (caso dos descendentes de judeus sefarditas portugueses), situação que desde 2015 é alterada, pois que o

[20] Artigo supracitado na nota de rodapé 15.

[21] *Presunções* são "*ilações que a lei ou julgador, tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido*", sendo que "*Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar os factos a que ela conduz*" – artigo 349.º do Código Civil.

conceito de ligação efectiva passa também a ser relevante em sede de *atribuição* da nacionalidade, embora apenas aplicável aos *netos de portugueses*.

Contudo, embora o legislador recorra a uma mesma nomenclatura, a análise das normas revela que não há coincidência nas situações de facto que podem servir de critério de ligação efectiva, diversidade que constitui também uma novidade[22] que decorre do DL 71/2017, de 21 de Junho: o surgimento, no mesmo regime jurídico da nacionalidade, de vários *tipos* de "*ligação efectiva à comunidade nacional*", conceito agora *múltiplo* e *variável, consoante o tipo de pessoa que se apresenta à aquisição da nacionalidade portuguesa*.

6.1. Inserção sistemática

As presunções de ligação efectiva à comunidade nacional portuguesa foram inseridas no artigo 56.º do Regulamento, norma que versa a matéria relativa à *acção judicial* de oposição à aquisição da nacionalidade e que continha, originariamente, apenas dois números:

O número 1 trata dos *fundamentos*, *legitimidade* e *prazo da acção*, começando por definir a *legitimidade activa exclusiva* para a acção (Ministério Público), a *jurisdição competente exclusiva* (a administrativa), assim como o *prazo de acção* de 1 ano a contar do recebimento da declaração na Conservatória dos Registos Centrais, sob pena de caducidade.

O número 2 elenca os *fundamentos* possíveis para a acção judicial de oposição, sendo que a introdução de mais uma alínea (mais um fundamento) reproduz o

[22] Na verdade, quer a Lei Orgânica 1/2013, de 29 de Julho, quer o subsequente DL 30-A/2015, de 27 de Fevereiro, que versam aquisição da nacionalidade portuguesa, pela via da naturalização, aos descendentes de judeus sefarditas portugueses, já instituem um conjunto de índices de ligação efectiva (referidos no n.º 7 do artigo 6.º como "*ligação a Portugal*"), *vocacionados* para estes interessados, nomeadamente os *apelidos*, o *idioma familiar*, a *descendência directa ou colateral*.

aditamento ao artigo 9.º da Lei, ou seja, o obstáculo decorrente do fenómeno do terrorismo, matéria à qual nada há a adiantar ao supra referido[23].

O DL 71/2017, de 21 de Junho, adita três números ao artigo 56.º, enunciando as situações de facto integradoras de presunções de ligação efectiva à comunidade nacional, sendo o número 3 para o caso dos estrangeiros menores e incapazes, e o número 4 para o caso dos estrangeiros maiores. O número 5 é uma mera remissão para o artigo 25.º, sobre a matéria da prova da residência legal e do conhecimento da língua portuguesa.

Caso o interessado esteja em alguma das situações elencadas, a Conservatória dos Registos Centrais considera existir ligação efectiva, pelo que não há motivo para a acção de oposição, pelo menos com tal fundamento.

Caso o interessado não esteja em nenhuma daquelas situações, então o fundamento de oposição tem-se por indiciado e, caso nada mais diga, após a notificação prevista no número 7 do artigo 57.º, é feita a participação ao Ministério Público para que este deduza oposição[24].

Considerando que a norma do artigo 56.º é especificamente vocacionada para a acção judicial, e que os novos números são, antes de tudo, instruções cujo primeiro destinatário é a Conservatória dos Registos Centrais, parece-nos que o lugar indicado para estas normas seria inequivocamente o artigo 57.º, que versa especificamente a situação da verificação, pela mesma Conservatória dos Registos Centrais, dos fundamentos de oposição.

---

[23] Parece uma inutilidade em estar a reproduzir, no Regulamento, os fundamentos de oposição que constam "*expressis verbis*" na Lei da Nacionalidade (artigo 9.º), e sendo esta a sede legal e única devida para a sua enunciação, por força da reserva legislativa absoluta do Parlamento em matéria de aquisição da nacionalidade (alínea f) do artigo 164.º da Constituição da República Portuguesa, já supra evocado).

[24] Trata-se de um poder-dever do Ministério Público, não de uma obrigação, no contexto dos princípios da legalidade e da objectividade que presidem à actuação desta magistratura.

6.2. Presunções de ligação efectiva aplicáveis a menores ou incapazes

Como resulta do artigo 2.º da Lei da Nacionalidade, a primeira forma de adquirir a nacionalidade portuguesa por efeito da vontade aproveita a filhos, menores ou incapazes, de progenitor estrangeiro que adquira a nacionalidade portuguesa (aquisição derivada e após o nascimento do menor ou incapaz).

Situação comum entre cidadãos estrangeiros que obtém a nacionalidade portuguesa pela via da naturalização e cujos filhos não são portugueses (ou porque nascidos no estrangeiro ou porque não preenchem as condições que permitiriam a atribuição da nacionalidade pelo artigo 1.º), e que apenas por esta a podem conseguir. Contudo, como a todas as demais formas de aquisição da nacionalidade por efeito da vontade ou adopção, são-lhe aplicáveis os fundamentos de oposição elencados no artigo 9.º da Lei, nomeadamente a *falta de ligação efectiva à comunidade nacional*.

O actual n.º 3 do artigo 56.º do Regulamento impõe à Conservatória dos Registos Centrais que conclua pela existência de ligação efectiva à comunidade nacional, pelo menor ou incapaz, quando:

> - Resida legalmente no território nacional, nos 5 anos imediatamente anteriores ao pedido;
>
> - Esteja inscrito na Administração Tributária, no Serviço Nacional de Saúde ou serviços regionais de saúde;
>
> - Sendo menor em idade escolar, comprove a frequência escolar em estabelecimento de ensino no território nacional.

Estes pressupostos, cumulativos, exigem que o menor ou incapaz filho de progenitor que adquira a nacionalidade portuguesa, *resida em Portugal há pelo menos 5 anos*, para poder aceder à mesma nacionalidade.

Além de deixar de fora as situações de menores com idade inferior a 5 anos (que ficam pura e simplesmente arredados das presunções de ligação efectiva), o legislador também não confere qualquer relevo à nacionalidade de origem do

menor ou incapaz, nomeadamente em se tratando de pessoa nacional de país de língua oficial portuguesa, factor que é (a nosso ver, bem) determinante nos casos da aquisição da nacionalidade pela via do casamento/união de facto, como se verá no ponto seguinte.

6.3. Presunções de ligação efectiva aplicáveis a casados/juntos

A segunda forma de aquisição da nacionalidade portuguesa pelo efeito da vontade é a que decorre do casamento/união de facto de estrangeiro com nacional português durante 3 anos (artigo 3.º da Lei da Nacionalidade), e à qual é igualmente oponível a ausência de ligação efectiva à comunidade nacional.

Agora, para estes candidatos à nacionalidade portuguesa, o n.º 4 do artigo 56.º do Regulamento prevê que a Conservatória dos Registos Centrais deva presumir a ligação efectiva, quando:

- Seja natural e nacional de país de língua oficial portuguesa e casado ou vivendo em união de facto há pelo menos 5 anos com nacional português originário - alínea a);

- Seja natural de país e nacional de língua oficial portuguesa e existam filhos, portugueses de origem, do casamento ou união de facto que fundamenta a declaração - alínea b);

- Conheça suficientemente a língua portuguesa, desde que esteja casado ou viva em união de facto com português originário há, pelo menos, 5 anos - alínea c).

Assim, e no caso de candidatos casados/juntos com nacional português, o legislador de 2017 abriu a porta à aquisição da nacionalidade portuguesa a todas as pessoas *naturais de países de língua oficial portuguesa*, independentemente da residência ou qualquer outro factor, abertura[25] que não teve com os menores ou

[25] Esta abertura irá corresponder, estamos certos, a um aumento de pedidos de aquisição da nacionalidade portuguesa por estrangeiros não residentes, naturais de países de língua oficial

incapazes filhos de pessoa que adquire a nacionalidade portuguesa, nem com os "*netos de portugueses*".

6.3.1. *Nacional português originário, filhos de portugueses de origem e português originário*

As presunções de ligação efectiva à comunidade nacional que o legislador de 2017 prevê, para os casos de aquisição da nacionalidade, por via do casamento ou união de facto, recorrem a classificações, a nosso ver, enigmáticas: "*nacional português originário*" (alínea a); "*filhos portugueses de origem*" (alínea b); "*português originário*" (alínea c).

Sem preocupação em adivinhar qual o fim pretendido, ao empregar expressões diversas no mesmo regime, mas que aparentemente referem *uma mesma realidade* (a nacionalidade por atribuição), e sem desenvolver por demais a temática, cremos que o mais adequado será usar estas diferentes expressões tendo por referência a terminologia que resulta da Lei da Nacionalidade.

Assim, as expressões "*nacional português originário*" e "*português originário*" apenas poderão reportar-se a cidadãos que têm a nacionalidade portuguesa *atribuída* nos termos e por força do artigo 1.º e 11.º da Lei, ou seja, cuja nacionalidade decorre de alguma das situações previstas nas actuais sete alíneas (nacionalidade originária, seja por efeito da lei, seja por efeito da vontade, ainda que a mesma seja atribuída muito após o nascimento), excluindo portanto todos os demais cidadãos portugueses, ou seja, aqueles que obtém a nacionalidade pela via da *aquisição* (artigo 2.º a 6.º da Lei) e que a nos podemos referir de "*nacionais portugueses não originários*".

Ou seja, o matrimónio ou união de facto com português *não originário* (isto é, que tenha obtido a nacionalidade pela via da aquisição) não é suficiente para a existência das presunções previstas nas alíneas a) e c) do número 4.

---

portuguesa, cujo conjugue é nacional português de origem, e que tinham, antes do DL 71/2017, de 21 de Junho, o acesso limitado, nomeadamente por se considerar não terem ligação efectiva.

De igual modo, a expressão "*filhos, portugueses de origem*", deverá incluir todos os *portugueses originários*, no sentido já definido, ou seja, portugueses cuja nacionalidade decorre do artigo 1.º (portugueses por atribuição ou *originários*).

É certo que no Regulamento parece existir uma distinção dentro da nacionalidade originária, pois que são apenas referidos como "*portugueses de origem"* aqueles a quem a nacionalidade decorre por efeito da lei (artigo 3.º), não sendo a expressão usada nos casos daqueles para quem a nacionalidade portuguesa, embora também originária (por atribuição), exige a declaração de vontade, que pode ocorrer muito *após* o momento do nascimento (artigos 8.º, 10.º e 10.º-A).

Contudo, a nosso ver, deverá prevalecer o número 1 do artigo 1.º da Lei da Nacionalidade, que não deixa margem para dúvidas, ou seja, e nomeadamente para os efeitos da presunção de ligação efectiva presente na alínea b) do n.º 4 do artigo 56.º, são "*filhos portugueses de origem"* todos aqueles cuja nacionalidade decorra de alguma das formas ali previstas, incluindo naturalmente o caso dos estrangeiros cuja aquisição efectiva da nacionalidade ocorre em momento posterior ao nascimento, embora com efeitos a retroagir à data de nascimento, nos termos do artigo 11.º da Lei da Nacionalidade e artigo 2.º do Regulamento.

Em suma, o objectivo do legislador de 2017, ao recorrer a tais expressões, permanece por conhecer, na medida em que todas se reconduzem a cidadãos cuja nacionalidade portuguesa decorre da *atribuição* (artigo 1.º da Lei), podendo muito simplesmente ter sido usada a expressão "*portugueses originários*".

6.4. Presunções de ligação efectiva aplicáveis a pessoa que perderam a nacionalidade portuguesa e a adoptados maiores.

As últimas presunções de ligação efectiva enumeradas nas alíneas d) e e) do n.º 4 do artigo 56.º parecem-nos, por exclusão de partes, vocacionadas para interessados na reaquisição da nacionalidade portuguesa (artigo 4.º da Lei) e para

maiores de idade adoptados plenamente por nacional português (artigo 5.º)[26], e que vêm agora a sua ligação efectiva consagrada nos seguintes termos:

- Residam legalmente no território português nos 3 anos imediatamente anteriores ao pedido, se encontre inscrito na administração tributária e no Serviço Nacional de Saúde ou nos serviços regionais de saúde e comprovem frequência escolar em estabelecimento de ensino no território nacional ou demonstrem conhecimento da língua portuguesa – alínea d);

- Residam legalmente no território português nos 5 anos imediatamente anteriores ao pedido, se encontrem inscrito na administração tributária e no Serviço Nacional de Saúde ou nos serviços regionais de saúde – alínea e).

Ou seja, um estrangeiro adoptado plenamente por nacional português, caso seja maior de idade à data da decisão de adopção (neste caso a vontade é irrelevante, já que a aquisição da nacionalidade portuguesa decorre do trânsito em julgado da sentença que decreta a adopção plena, e em não havendo fundamentos para oposição), terá de ter residência legal em Portugal para que a Conservatória dos Registos Centrais possa considerar a ligação efectiva.

O mesmo se aplica para um estrangeiro que tenha perdido a nacionalidade durante a menoridade, e que pretenda readquirir a mesma.

Fica por apurar a razão pela qual o legislador não conferiu, também aqui, relevância à naturalidade do interessado, considerando presumida a ligação efectiva, caso o mesmo seja originário de *país de língua oficial portuguesa*, como fez com os estrangeiros casados/junto com nacional português, tanto mais que o

[26] O facto de as alíneas d) e e) do número 4 do artigo 56.º não aludirem ao matrimónio ou união de facto do interessado inculca a ideia de que não serão aplicáveis a interessados na aquisição da nacionalidade ao abrigo do artigo 3.º da Lei. Contudo, uma vez que se tratam de presunções decorrentes da residência em Portugal, nada parecendo impedir possam ser aplicáveis a estrangeiros casados ou vivendo em união de facto com nacionais portugueses.

vínculo familiar da paternidade ou da adopção é tendencialmente perpétuo, ao contrário do vínculo familiar do matrimónio ou união de facto.

7. Problemas de aplicação da lei no tempo

O DL 71/2017, de 21 de Junho, em vigor desde o passado dia 3 de Julho, não sendo passível de qualquer avaliação ao nível da prática judiciária, é no entanto desde já aplicável aos processos pendentes na Conservatória dos Registos Centrais que ainda não tenham sido remetidos ao Ministério Público para eventual acção de oposição.

Assim, e desde logo, as presunções de ligação efectiva aplicáveis à aquisição da nacionalidade e por efeito da vontade ou adopção terão de ser já tomadas em conta, nas decisões da Conservatória dos Registos Centrais relativamente aos processos pendentes.

Não é difícil prever, como efeito da nova regulamentação, uma grande facilidade na aquisição da nacionalidade portuguesa pela via do casamento/união de facto, sendo o interessado nacional de país de língua oficial portuguesa (bastando a duração do matrimónio/união de facto por 5 anos[27]), portanto um aumento do número de pedidos de nacionalidade (deferidos) por esta via.

A maior dificuldade de aplicação da nova lei é precisamente relativa a estes casos, que por força do actual artigo 56.º, n.º 4, alíneas a) e b) do Regulamento, passam a ser considerados como tendo ligação efectiva à comunidade nacional.

É que estão pendentes no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa várias dezenas de acções de oposição à aquisição da nacionalidade, com o fundamento da falta de ligação à comunidade portuguesa, sendo requeridos

[27] O prazo de 5 anos deve estar verificado ao momento do pedido de nacionalidade portuguesa – alíneas a) e c) do n.º 4 do artigo 56. do Regulamento. Mas, e caso à data do pedido, o requerente apenas esteja casado há 4 anos, atingindo os 5 anos durante a decisão do processo? Ou, ainda mais frequente, atingindo os 5 anos durante a acção de oposição? Quer-nos parecer que este prazo não pode ser visto de forma inflexível, na medida em que estamos em sede, afinal, de um conceito indeterminado.

estrangeiros nacionais de países de língua oficial portuguesa (nomeadamente do Brasil), casados há mais de 5 anos com portugueses originários (ainda que com inscrição tardia do seu nascimento no registo civil português), muitas vezes com filhos com dupla nacionalidade (brasileira e portuguesa), mas que, ainda assim, e à luz do regime anterior, se considerava não possuírem ligação efectiva à comunidade nacional, nomeadamente porque nunca residiram em Portugal.

Quid Iuris?

Serão já a considerar, nestas acções judiciais, as presunções de ligação efectiva ora estabelecidas no artigo 56.º, n.º 4 do Regulamento?

Poderá o Tribunal deixar de considerar tais presunções, nomeadamente pelo facto de serem presunções destinadas à Administração Pública (Conservatória dos Registos Centrais) e ao processo administrativo relativo à aquisição da nacionalidade?

E o Ministério Público, enquanto Autor de tais acções – ainda pendentes – fica a aguardar a decisão judicial, ou pelo contrário, em função desta alteração, no que aos casos de aquisição por efeito da vontade respeita, deve tomar posição da lide, designadamente desistir da acção, perante evidentes casos de ligação efectiva por presunção legal decorrente do novo normativo?

As várias presunções e indícios de ligação efectiva à comunidade portuguesa são permeáveis entre as várias modalidades de aquisição da nacionalidade?

Estas e outras questões ficam em aberto e só a reflexão e a prática judiciária lhes poderão ir respondendo, eventualmente sem consensos, como tem sido aliás costume nestas matérias.

8. Considerações finais

As alterações introduzidas em 2015 e 2017 ao Regime Jurídico da Lei da Nacionalidade Portuguesa, parecem distantes de um desejável consenso alargado na sociedade portuguesa (e europeia), com reflexo na prática judiciária, onde a

controvérsia nesta matéria não tem cessado de aumentar, estando as soluções partilhadas longe do horizonte.

A Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho, e sua regulamentação, ao recorrer a conceitos vagos e indeterminados, suscita dificuldades e dúvidas quanto à sua eficácia – impedir o acesso à nacionalidade portuguesa a pessoas envolvidas em actividades terroristas geradoras de perigo para segurança ou defesa nacional – não devendo a sua aplicação dispensar a existência de uma condenação pela prática de um crime de terrorismo ou de uma fundada suspeita da prática de tal crime (não necessariamente em território português), e não apenas informações da PJ ou SEF.

Relativamente às demais mudanças sobre as formas de obtenção da nacionalidade portuguesa, se nos parece positivo e acertado o relevo ora dado pelo legislador, no caso da aquisição pela via do casamento/união de facto, à origem dos interessados em *países de língua oficial portuguesa*, a primazia da residência legal em território nacional para os demais interessados (netos de portugueses, menores ou incapazes filhos de portugueses não originários, adoptados por nacionais portugueses) acabam por tornar estas alterações legislativas pouco audazes e, em certos casos, discriminatórias, ficando a pergunta se não teria mais acertada a extensão da relevância da origem do interessado para todos os casos.

Em consequência, a instituição de vários tipos de conceito de ligação efectiva, à partida não permeáveis entre diversas formas de aquisição da nacionalidade, mas elaboradas de acordo com o perfil do interessado e a modalidade de aquisição da nacionalidade, suscitará seguramente novas dificuldades ao aplicador do Direito.■

Contrato de Consórcio

Hugo da Silva Tavares
Advogado

Resumo: O contrato de consórcio que encontra o seu regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.o 231/81, de 28 de julho, enquadra-se no círculo dos contratos de cooperação que são, por sua vez, comummente entendidos como aqueles que se traduzem no acordo entre duas ou mais empresas jurídica e economicamente independentes com o objectivo de estabelecerem as bases organizacionais para uma relação duradoura e realização de um fim económico comum.

Introdução

O presente trabalho é realizado no âmbito da cadeira de Direito Comercial e das Empresas lecionada pelo Professor Hugo Ramos Alves na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada Lisboa no âmbito do Mestrado em Direito Civil & Empresarial, e desponta como um estímulo para trabalhar um tema que encontra abrigo no programa e igualmente na vida prática, pelo que, merecedor de desenvolvimento.

É com rigor que hoje, mais do que outrora, podemos afirmar que nos encontramos numa época singular de contratualização e parcerias inovadoras entre, sobretudo, sociedades comerciais[1], sem prejuízo de outros agentes que com estas se relacionem. No caso em apreço do consórcio são vários os agentes interessados na congregação de esforços, sendo comum, consórcios entre

[1] Não dizemos empresas, por se tratar de um conceito de utilização avassaladora em diversos setores e, por conseguinte, não ser preciso.

sociedades comerciais e por exemplo universidades (pessoa coletiva de direito público), veja-se, *v.g.,* o que prevêem os estatutos da Universidade de Coimbra:

> *"Artigo 13.º*
>
> ***Consórcios***
>
> *1 — Nos termos da lei, nomeadamente para efeitos de coordenação da oferta formativa e da valorização dos recursos humanos e materiais, a Universidade de Coimbra pode estabelecer consórcios com outras Universidades, com instituições de ensino superior e com instituições de investigação e desenvolvimento ou outras, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras.*
>
> *2 — A celebração de consórcios carece da aprovação do Conselho Geral, sob proposta fundamentada do Reitor."*

Estas relações necessárias e concertações de esforços compelem os jurisconsultos a encontrar soluções inovadoras ao abrigo do princípio da autonomia privada, que em relações comerciais é ainda mais evidente (em rigor, por via da maior celeridade, que obriga a soluções ágeis, não "solidificadas" em modelos vertidos estaticamente na lei), ou a recorrer a institutos que apesar de erigidos com distância da realidade atual sempre se mostram indicados para efeito das cooperações que se estabelecem entre os vários agentes e em diversos mercados.

Justamente, o contrato de consórcio que encontra o seu regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho, e enquadra-se no círculo dos contratos de cooperação que são, por sua vez, comummente entendidos como aqueles que se traduzem no acordo entre duas ou mais empresas jurídica e economicamente independentes com o objectivo de estabelecerem as bases organizacionais para uma relação duradoura e realização de um fim económico comum.

De modo a alcançar este objetivo, será igualmente necessário delimitar as fronteiras do contrato de consórcio, estabelecendo a competente demarcação de

fronteiras relativamente a figuras afins, o que permitirá apreender com mais acuidade a noção de consórcio.

Em face do exposto, cumpre iniciar o nosso trabalho.

Enquadramento

É essencial compreender que o regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho, que se debruça sobre o contrato de consórcio entrou em vigor em 1981, não sendo, até à data, objeto de qualquer alteração, pelo que, se concede, estamos perante um normativo que, não obstante a crítica que sempre lhe é devida, se preserva, de algum modo, contemporâneo[2] face às imposições económicas e empresarias. O propósito que trouxe luz ao regime jurídico, encontramos desde logo no preâmbulo do referido diploma (adiante designado por "RJ do Consórcio" ou apenas "diploma") que, pela sua clareza, em parte, reproduzimos:

> *"Com o presente diploma, o Governo revela mais uma vez o seu empenho em colocar à disposição dos agentes económicos instrumentos jurídicos actuais ou actualizados, simples e seguros, onde possam enquadrar-se tipos de empreendimentos que a prática criou ou pelo menos tem vindo a esboçar.*
>
> *Aparecem regulados neste diploma dois contratos utilizáveis na cooperação entre empresas: um, velho, que se pretende remoçar - o contrato de associação em participação; outro, novo, que se pretende consagrar - o contrato de consórcio.*
>
> *Quanto ao primeiro, o intuito do diploma é apenas de actualização e esclarecimento. Sob o nome de 'associação em conta em participação', o contrato era regulado no Código Comercial de 1833, e à 'conta em participação' são dedicados os artigos 224.º a 227.º do Código Comercial vigente. Frequentes têm sido, contudo, nos nossos tribunais os litígios relativos a contas em participação*

[2] Não se poderia de todo fazer esta afirmação se seguisse o entendimento de que o artigo 2º, do diploma em apreço, seria taxativo.

causados pela escassez de regulamentação no Código. Procura-se agora actualizar e alargar essa regulamentação, sem, no entanto, asfixiar a autonomia negocial, que nestes sectores concorre mais do que os legisladores para o progresso dos institutos jurídicos.

No que se refere ao segundo - o contrato de consórcio -, sendo embora conhecido na prática portuguesa, a lei tem-no esquecido. A sua criação legislativa vem assim dar enquadramento legal a uma forma de cooperação entre empresas, que pode ser dirigida a vários objectivos, mas exige sempre simplicidade e maleabilidade."

Como esclarece JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES o diploma transportou para a nossa ordem jurídica a "*unincorporated joint venture*" da *praxis* anglo-saxónica.[3]

Percebe-se pela leitura da transcrição acima que, a figura do contrato de consórcio apesar de, finalmente, ter encontrado a sua regulamentação mediante publicação do diploma legal, era já uma prática corrente nas relações que as partes, mormente sociedades comerciais, estabeleciam entre si ao abrigo a liberdade contratual (que encontra consagração expressa no artigo 405º do Código Civil (adiante CC)), denominando à parceria estabelecida de "consórcio", sem que no entanto, e convirá fazer nota, houvesse na doutrina ou sequer na jurisprudência uma linha comum sobre o que representava em termos de tipicidade social ou mero conteúdo.

Precisamente pelo que se descreve e com o intuito de dotar o direito português de um quadro jurídico simplificado e flexível, ajustado a uma quase sempre associação temporária de empresas, o legislador "trouxe à luz" o referido normativo. Pese embora, a prática, o preâmbulo do RJ do Consórcio faz menção ao contrato de consórcio como um contrato novo: "*outro, novo, que se pretende consagrar - o contrato de consórcio.*"

[3] José A. Engrácia Antunes, "*Direito dos Contratos Comerciais*", Almedina, pág. 398.

Do Conceito e objeto

O RJ do Consórcio, acima melhor identificado, presenteia-nos, logo no seu artigo 1º com uma noção de contrato de consórcio[4], regulamentando: *"Consórcio é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica se obrigam entre si a, de forma concertada, realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição com o fim de prosseguir qualquer dos objectos referidos no artigo seguinte."* Para que se possa, contudo, falar em contrato de consórcio é necessário que o mesmo tenha como objeto: realização de atos, materiais ou jurídicos, preparatórios quer de um determinado empreendimento, quer de uma atividade contínua; execução de determinado empreendimento; fornecimento a terceiros de bens, iguais ou complementares entre si, produzidos por cada um dos membros do consórcio; pesquisa ou exploração de recursos naturais ou produção de bens que possam ser repartidos, em espécie, entre os membros do consórcio. É o que decorre do artigo 2º do referido diploma que complementa a noção acima descrita.

Assinala-se, primeiramente que, embora os sujeitos do consórcio devam exercer uma atividade económica, não impõe a lei quaisquer restrições relativamente à natureza ou espécie das práticas económicas exercidas pelos sujeitos, o que adiante se explicitará.

A ideia, entendemos, elementar e que encontra abrigo no "espírito" do legislador, é de que a fórmula encontrada, como já se antevia, ocupa-se de flexibilizar os instrumentos ao dispor das partes interessadas aptos a organizar uma colaboração transitória e limitada a um propósito, sem que por isso as partes se vejam subjugadas a obrigações sem fim, mal consigam atingir o objetivo. Cumpre assim destacar desde já que, o contrato de consórcio, contrariamente a figuras de índole semelhante (leia-se outros contratos de cooperação) não dá origem *à criação de uma nova entidade com personalidade jurídica distinta das partes e nem sequer a um património autónomo.*

[4] A noção, ainda que elaborada, equivale na sua essência, à fórmula italiana prevista no artigo 2602º do Código Civil Italiano.

O exemplo académico habitual, sem prejuízo de deter relevância prática, reporta ao momento em que duas ou mais empresas[5], se agrupam para a execução de uma obra pública ou privada, de especial relevo, unindo forças e mais-valias para levar em diante um projeto: "**fim comum**".

Ao se organizarem num quadro de cooperação interempresarial mediante a celebração de um contrato de consórcio, deixam de parte a burocrática necessidade de criação de uma sociedade comum que protagonize a preparação desse projeto. Assim, a obrigação primordial do contrato em análise é a de cada membro do consórcio ajustar, articular a sua atividade com a dos restantes membros, sem perder com tal atuação, a sua identidade e autonomia.

- **O artigo 2.º**

Acima dizíamos que para que possamos falar em contrato de consórcio teríamos de atender à complementaridade que o artigo 2º do RJ do Consórcio prevê. Ora, resta apreender se as diversas alíneas do preceito são meramente indicativas ou taxativas.

Em face do que já fomos dizendo, mormente, das atuais formas de consórcio que se estabelecem, desde já se anuncia que nos inclinamos para tese que defende a não taxatividade do preceito.

Diz-nos PEDRO PAIS VASCONCELOS[6], "*Estamos no âmbito da autonomia privada e, por isso, a consequência da estipulação desconforme com o texto legal não pode ser a invalidade. O consórcio celebrado para fim diverso do previsto no artigo 2º do Decreto-Lei nº 231/81 só pode ter consequências em tema de qualificação legal. Atento o efeito da definição legal como delimitadora do âmbito material de aplicação do regime jurídico contido naquele Decreto-Lei, só pode concluir-se que tal contrato*

[5] Veremos adiante o que determina a lei sobre os sujeitos.

[6] Pedro Pais Vasconcelos, "*Direito Comercial I*", Almedina, pág. 157.

fica forma do seu âmbito de aplicação direta. Tratar-se-á, então, de um consórcio legalmente atípico, mas nem por isso menos válido."[7]

Igualmente, a taxatividade da enumeração constante do artigo 2º é afastada por OLIVEIRA ASCENÇÃO[8]. O preceito tipifica os objetos possíveis do contrato consórcio, sendo esta tipicidade meramente delimitativa e não taxativa.

Por contraposição entende RAUL VENTURA[9], que a enumeração legal é efetivamente taxativa. Funda a sua opinião, no fato de o legislador ter entendido que a estrutura jurídica que oferece aos interessados no contrato de consórcio é apenas adequada para as circunstâncias subjacentes à enumeração legal e, por outro lado, que a letra da lei, designadamente, a parte final do artigo 1º e do artigo 2º, não possui qualquer menção que permita ser um critério genérico que servisse de farol paras as situações não declaradas.

Parece-nos, em linha com o que parte da doutrina pensa, que os argumentos acima aludidos apesar de reverenciáveis não são por si só fundamento bastante para explicar essa taxatividade.

No que concerne ao argumento formal da letra da lei, apesar de não existir tal menção que a enumeração é exemplificativa é, igualmente certo que em nenhum lugar se encontra que é taxativa. Oferece-nos PEDRO PAIS VASCONCELOS[10] a interpretação que apesar da omissão da enunciação de um critério genérico indicativo para as situações não expressas, tal não é imperativo, sendo bastante a autonomia privada.

Ademais, é preciso conceder que a celebração de consórcios nos dias que correm ultrapassam largamente a previsão legal, pelo que, o argumento de que o consórcio só é adequado para aqueles fins descritos, esbate, frontalmente, com a prática. Seria então, disparatado, considerar nulos, todos os contratos de consórcio

[7] Sublinhado nosso.

[8] Oliveira Ascensão, "*Direito Comercial, Vol. I*", pág. 331.

[9] Raul Ventura, "*Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*", pág. 644.

[10] Cfr. Pedro Pais Vasconcelos, Obra citada, pág. 158.

celebrados que não se conduzam à descrição de uma das alíneas do n.º 2 do diploma em estudo.

Dos Elementos

Passa-se agora a indicar e tratar, ainda que sumariamente, os elementos que caracterizam o consórcio:

- **Sujeitos**

O consórcio exige a pluralidade de sujeitos – sendo, aliás, a unipessoalidade superveniente causa da extinção do consórcio, em resultado do que dispõe o artigo 11º n.º 1 alínea d) do RJ do Consórcio –, os quais podem ser pessoas singulares ou coletivas (normalmente, ainda que não necessariamente, empresas), que estabelecem entre si uma relação concertada no âmbito e para a prossecução da atividade económica definida como objeto do consórcio.

Repare-se que esta concertação na atuação dos sujeitos, tende a gerar uma relação "*intuitus personae*", conforme artigo 6º do diploma, entre os membros do consórcio, dado o elevado grau de confiança recíproca exigido, razão pela qual o consórcio é unanimemente apontado como o protótipo das relações de cooperação interempresarial – com base nesta relação de confiança entre os consorciados fala-se, inclusive, de uma "boa-fé qualificada", com reflexos em vários aspetos do regime do contrato de consórcio (cfr. em particular, os artigos 8º a 10º do RJ do Consórcio).

JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES[11], ensina ainda que: "*Tal contrato – além de revestir uma natureza formal (artigo 3º n.º 1)*[12] *– representa assim, forçosamente um negocio bilateral ou plurilateral (extingue-se logo que, por qualquer razão,*

[11] José A. Engrácia Antunes, Obra citada, pág. 400.

[12] Os contratos de consórcio estão sujeitos à forma escrita ou, quando estejam envolvidos imóveis, a forma mais solene – como explicaremos mais à frente.

desapareça a pluralidade das partes)[13]*, que é tipicamente celebrado entre empresários singulares ou coletivos, personificados (sociedades comerciais, cooperativas, fundações, etc.) qualquer que seja o tipo de atividade económica por estes desenvolvida (que poderá ser comercial ou civil, conexa ou irrelacionada, etc)".*

Encontra-se já doutrina, igualmente, referenciada pelo autor, que interpreta de modo amplo a exigência legal no sentido de permitir que a qualidade de membro de um consórcio seja genericamente estendida a qualquer entidade com capacidade *jusnegocial* ainda que, destituída de personalidade jurídica (sociedades civis, comerciais irregulares, comproprietários).[14]

- **Objeto**

Com a celebração do contrato de consórcio, os consorciados assumem reciprocamente a obrigação de concertação das suas actividades ou contribuições (obrigação esta entendida como obrigação de meios), tendo em vista a prossecução do objeto fixado para o consórcio, que se reconduz à partida como uma das atividades económicas indicadas no artigo 2º do RJ do Consórcio.

Por força da obrigação recíproca que assumem, os consorciados tornam-se credores e devedores uns dos outros (plano interno), sem prejuízo de assumirem também obrigações perante terceiros (plano externo).

Ou seja, o contrato de consórcio tem em vista a obrigação recíproca das partes contratantes "(...) *de forma concertada, realizar certa atividade ou efetuar certa contribuição*" (fim imediato), "(...) *com o fim de prosseguir qualquer dos objetos referidos*" na lei (fim mediato) – artigo 1º - como infra aclararemos.

A concertação que se retira do próprio preceito e a que as partes se obrigam, é o elemento central do contrato, sendo, na medida em que prevê um objetivo

[13] Tal como a celebração de um negócio unilateral de consórcio seria nulo (280º CC), também a redução à unipessoalidade de um consórcio originariamente plural conduzirá à sua automática cessação ou termo (11º nº 1 alínea d)).

[14] Cf. António M. Pita, "Contrato de Consórcio" – "*Notas e Comentários*", 197, in: XXX RDES (1998), 128-235; Raul Ventura, "*Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*", 633, in: 41 ROA (1981), 609-690.

comum, uma forma de cooperação que se carateriza, entre o mais, pela existência de uma lealdade entre partes.

- **Fim comum**

O consórcio visa a prossecução de um fim comum, que consiste numa atividade económica definida como seu objecto (de entre as atividades previstas no artigo n.º 2º).

Note-se, a bem do esclarecimento, que este fim que ora tratamos não consiste, na realização de lucros, até porque o consórcio em si não obtém lucros; os consorciados individualmente considerados é que podem obter lucros, mediante a concertação das suas atividades.

A respeito deste artigo 2º, já o dissemos, discute-se se esta norma estabelece uma tipologia taxativa [15] exemplificativa [16] ou delimitativa, [17] caso em que seria permitido o recurso à analogia.

Parece-nos que o legislador quis definir as hipóteses em que entendeu ser adequado o recurso a esta figura, pelo que não se tratará de uma tipologia meramente exemplificativa. Contudo, não se vê motivos para excluir a possibilidade de recurso ao contrato de consórcio em hipóteses análogas às previstas no artigo 2º.

Ainda a propósito da noção de contrato de consórcio (artigo 1º do diploma), convém notar que o legislador não exige que o consórcio prossiga uma atividade comercial ou que os membros do consórcio sejam empresas, limitando-se a fazer referência à prossecução de uma atividade económica – muito embora, no texto legal, faça várias referências à cooperação entre empresas.

[15] Raul Ventura e P. Sousa Vasconcelos.

[16] L. Ferreira LEITE.

[17] J. Oliveira Ascensão e Pedro Pais Vasconcelos.

Assim, relativamente ao seu fim mediato este contrato pode ter, à partida, por finalidade a realização de um dos cinco tipos de atividades concretas previstas no elenco legal do artigo 2º. São elas:

a. A realização de atos preparatórios de um determinado empreendimento ou atividade contínua;

b. A execução de um determinado empreendimento;

c. O fornecimento a terceiros de bens produzidos por cada consorte;

d. A pesquisa ou exploração de recursos naturais;

e. *A produção de bens repartíveis em espécie entre os consortes.*

Conforme temos vindo a expor, a obrigação de concertação em que o contrato de consórcio se estabelece, ou seja, o seu fim imediato, "*rectius*" é que oferece ao consórcio uma caraterística singular. Precisamente, ao contrário dos demais contratos de cooperação existentes, no consórcio a prossecução do objeto contratual não é realizada em comum, mas de forma concertada. Vejamos melhor.

- **Distinção de figuras afins**

Há que distinguir o consórcio de outras figuras jurídicas como é o caso do agrupamento complementar de empresas, em particular. Regulados desde 1973 no nosso ordenamento[18], inspiraram-se na figura francesa do "*groupement d´interêt economique*".

Estes, diferem desde logo da nossa figura porque o consórcio não visa o exercício em comum de uma actividade económica. No consórcio não existe uma atividade que os seus membros exerçam em comum, apenas uma concertação em resultado de atuações autónomas.[19]

[18] Lei n.º 4/ 73 e DL n.º 430 / 7, de 25 de agosto.

[19] Neste sentido, Paulo Alves de Sousa Vasconcelos, "O Contrato de Consórcio", Dissertação de Mestrado FDUC, 1995, pág. 88.

Cumpre, também, distinguir o consórcio da sociedade. Primeiramente, porque, do objeto, o consórcio não visa o exercício em comum de uma atividade económica, ao contrário do que é exigido pelo artigo 980º do Código Civil (continuando, pelo contrário, cada um dos seus membros a exercer, individualmente, uma atividade própria, embora concertada com as atividades dos demais membros); no que concene ao fim, não visa em si mesmo, a obtenção de lucros e em terceiro lugar, do ponto de vista patrimonial, na medida em que o consórcio não dispõe de um património comum (note-se, aliás, que no consórcio não só não existe um património comum, como estão mesmo proibidos os fundos comuns, nos termos do artigo 20º do RJ do Consórcio).

Essencialmente, o que distingue esta figura das demais é que o consórcio não cria uma nova pessoa jurídica. O consórcio não tem património próprio, nem rendimentos próprios; os "seus" proveitos e custos são, na verdade, proveitos e custos dos seus membros. Traduzido na óptica contabilística, significa isto que os consórcios "não emitem facturas", são os seus membros individualmente que o fazem.

Da Forma

O contrato de consórcio está sujeito a simples forma escrita[20]. Em todo o caso, a inobservância da forma legalmente exigida só provoca a nulidade total do contrato de consórcio, quando não seja possível converter o negócio de transmissão num simples negócio de cessão da utilização do bem – cfr. o artigo n.º 3º do diploma.

No entanto, se as relações decorrentes do contrato implicarem a transmissão de bens imóveis, o contrato tem de ser feito pela forma para tanto necessária (artigo 2º do Dec.-Lei n.º 231/81, de 28 de julho, conjugado com o Dec.-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, nomeadamente com o seu artigo 22º). O contrato de consórcio, outrossim, não está sujeito a qualquer tipo de registo. Não dando o

[20] Neste sentido, António Menezes Cordeiro, "*Direito Comercial*", Almedina, pág. 754.

consórcio lugar a uma nova entidade jurídica, não há qualquer razão que imponha o registo deste contrato.

Modalidades

Seguindo a classificação legal (cfr. o artigo 5º do diploma), podem distinguir-se duas modalidades de consórcio, tendo em conta a projeção externa deste, isto é, consoante aquele é ou não apresentado aos terceiros.

1. Consórcio interno:

Os consórcios internos são aqueles em que só um dos membros se relaciona com terceiros ou cujos membros ao fornecerem bens ou serviços a terceiros, não invocam a respetiva qualidade (artigo 5º do diploma).

Melhor dizendo, as atividades ou os bens são fornecidos a um dos membros do consórcio e só este estabelece relações com terceiros; ou as atividades ou os bens são fornecidos directamente a terceiros por cada um dos membros do consórcio, mas sem expressa invocação dessa qualidade.[21]

No consórcio interno, sendo convencionada a participação nos lucros e/ou nas perdas, aplica-se o regime da associação em participação (cfr. o artigo n.º 25º, *ex vi* artigo 18º do diploma) quanto à determinação da participação dos consorciados nos lucros e/ou nas perdas.

Note-se, a este respeito, que muito embora o artigo 18º pareça aplicar-se às duas modalidades de consórcio interno previstas no artigo 5º n.º 1, na verdade, aplica-se apenas aos consórcios internos previstos na alínea a) desta norma, já que nos consórcios previstos na alínea b) não há, por natureza, quaisquer lucros ou perdas a partilhar.

De fato, na segunda modalidade de consórcio interno, cada um dos consorciados fornece directamente os bens ou as atividades a terceiros, recebendo

[21] Neste sentido, António Menezes Cordeiro, "*Direito Comercial*", Almedina, pág. 754

destes o respectivo preço, e tendo assim ganhos ou prejuízos consoante o preço das atividades ou bens fornecidos exceda ou não o respetivo custo.

Neste propósito, e por interessante, cita-se um Acórdão do STJ[22], sobre o tema:

> *«I - O contrato de consórcio – regulado no DL n.º 231/81 de 28-07 – é aquele pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica se obrigam entre si, de forma concertada, a realizar: (i) certa actividade ou efectuar certa contribuição com o fim de prosseguir s realização de actos, materiais ou jurídicos, preparatórios quer de um determinado empreendimento quer de uma actividade contínua; (ii) a execução de determinado empreendimento; (iii) o fornecimento a terceiros de bens, iguais ou complementares entre si, produzidos por cada um dos membros do consórcio; (iv) pesquisa ou exploração de recursos naturais; (v) produção de bens que possam ser repartidos em espécie.*
>
> *II - No quadro normativo criado não se concebe o consórcio como um ente societário dotado de personalidade jurídica: a personalidade jurídica é a dos contraentes e o contrato de consórcio não cria uma nova entidade societária, razão pela qual a prestação de contas não se concretize através de inquérito como prescreve o art. 67.º do CSC.*
>
> *III - Do regime, constante do DL n.º 231/81, de 28-07, resulta a obrigatoriedade do associante prestar contas no período legal ou contratualmente fixado para a exigibilidade da participação do associado nos lucros e nas perdas e ainda relativamente a cada ano civil de duração da associação (art. 31.º, n.º 4), estabelecendo-se ainda que «na falta de apresentação de contas pelo associante, ou não se conformando o associado com as contas apresentadas, será utilizado o*

[22] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-10-2011, Processo n.º 5365/03.0TVLSB.L1.S1.

processo especial de prestação de contas regulado pelos arts. 1014.º e segs. do CPC

IV - Ao STJ compete, fundamentalmente, apreciar da justeza da aplicação do direito, só podendo conhecer da matéria de facto desde que haja ofensa expressa de lei que exija a prova vinculada ou que estabeleça o valor de determinado meio probatório.

V - Para tanto, não basta que o recorrente nas alegações de recurso diga que se julgou com ou sem prova ou em desrespeito de prova tabelada ou em excesso de livre apreciação: é necessário que indique os elementos fácticos e legais em que tais vícios se consubstanciaram».

2. Consórcio externo:

Por sua vez, no consórcio externo, as atividades ou os bens são fornecidos directamente a terceiros por cada um dos membros do consórcio, com expressa invocação dessa qualidade, ou seja, consórcios externos são aqueles cujos membros ao fornecerem bens ou serviços a terceiros, invocam a respetiva qualidade.

O consórcio externo é objeto de uma regulação muito mais detalhada que o consórcio interno, o que se justifica, uma vez que é no âmbito deste que se levantam questões mais complexas, relativas, nomeadamente à representação e responsabilidade das empresas consorciadas.

A lei dispõe, desde logo, sobre a orgânica do consórcio externo prevendo a criação quer de um órgão *obrigatório*, quer de um órgão *facultativo*.

Desta forma, o contrato de consórcio externo pode prever a criação de um conselho de orientação e fiscalização composto por todos os membros do consórcio (cfr. o artigo 7º do diploma), aplicando-se, na falta de regulação sobre o funcionamento deste órgão, as disposições supletivas do artigo 7º, n.º 2 daquele.

Por outro lado, o contrato deve designar um dos consorciados como "chefe do consórcio" (cfr. o artigo º 12º do RJ do Consórcio), ao qual competirá exercer

as funções internas e externas que lhe forem contratualmente atribuídas. Não se definindo no contrato as funções internas do chefe do consórcio, caber-lhe-á desempenhar as funções supletivamente previstas no artigo 13º do diploma.

A denominação do consórcio externo é também objeto de regulação expressa, dispondo o artigo 15º, nº 1, primeira parte, que os membros do consórcio podem fazer-se designar coletivamente juntando todos os seus nomes, firmas ou denominações sociais com o aditamento «Consórcio de (...)» ou «(...) em Consórcio»[23].

Quanto à repartição dos valores e produto obtidos com a actividade do consórcio, aplicam-se os artigos 16º e 17º do RJ do Consórcio. Estas normas não regulam qualquer distribuição de lucros do consórcio, uma vez que não há um património comum, nem sequer uma contabilidade comum do consórcio:

O artigo 16º do diploma (aplicável quando o objecto do consórcio é um dos previstos nas alíneas b) e c) do artigo 2º) dispõe sobre a distribuição dos valores recebidos de terceiros, permitindo, nomeadamente, que se estipule no contrato uma distribuição dos valores a receber de terceiros diferente da resultante das relações directas de cada um dos consorciados com esses terceiros ou que estes valores, ao invés de serem pagos directamente a cada um dos consorciados, o sejam a um deles (por exemplo, ao chefe do consórcio[24]) por conta daqueles.

Já o artigo 17º dispõe sobre a repartição do produto da actividade do consórcio pelos seus membros, quando o respectivo objecto for o previsto nas alíneas d) e e) do artigo 2º.

---

[23] *Vide*, a propósito da interpretação desta norma (e, em particular, da questão de saber se a mesma permite a utilização de outros elementos, de fantasia ou siglas, além dos referidos), o Ac. T.R.L. de 08/05/1990 (cfr. Col. Jur., 1990, 3.o-110) e o Ac. S.T.J., de 23/05/1991, disponível em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1315092031374dd280 2568fc0039d1bc?OpenDocument.

[24] Sobre a figura do chefe de consórcio (muitas vezes denominado de "chefe de fila") *vide* VASCONCELOS, P.Sousa, O contrato de Consórcio no âmbito dos Contratos de Cooperação entre Empresas, 116 e segs., Coimbra Editora, Coimbra, 1999; na jurisprudência, o Acórdão do STJ de 24-II-1999 (SILVA PAIXÃO), in VII CJ/STJ (1999), I, 124-125.

PEDRO PAIS VASCONCELOS[25], com a habitual lucidez, oferece a remate o seguinte: *"O critério distintivo, tal como resulta da lei, é no fundo o carácter oculto ou patente do consórcio. São consórcios internos aqueles em que essa existência é revelada. O consórcio interno é uma estrutura contratual apenas relevante internamente entre os consorciados sem eficácia externa; no consórcio externo, a estrutura contratual do consórcio não se limita às relações internas entre os consorciados e projeta-se externamente ao relacionamento com terceiros."*.

Das relações com terceiros

Relativamente às relações com terceiros, importa salientar, porque nunca é demais, que, se trata sempre de relações dos próprios consorciados com terceiros e não do consórcio que, como já se mencionou, *não possui personalidade jurídica*.

Sobre esta matéria devemos observar, com atenção, o disposto nos artigos 15º, n.º 1, segunda parte do diploma, aplicável quando estejam em causa obrigações singulares, e o artigo 19º aplicável, por contra posição, quando se trate de obrigações plurais, o que sucederá se todos os consorciados celebrarem um determinado contrato com um terceiro, diretamente ou através de representante (artigo 14º). O artigo n.º 19º, n.º 3 do mencionado diploma estabelece o regime aplicável aos casos de responsabilidade extracontratual.

Ora, dispõe, então, expressamente o artigo 19º – cuja *ratio* terá sido, desde logo, excluir a presunção legal do artigo 100º do Código Comercial[26], para cuja aplicação bastaria que os membros do consórcio fossem empresas comerciais e que o objeto do consórcio se enquadrasse na respectiva atividade –, que nas obrigações plurais não se presume a solidariedade activa ou passiva dos membros do

[25] Pedro Pais Vasconcelos, "*Direito Comercial I*", Almedina, pág. 155.

[26] Artigo 100º: Nas obrigações comerciais os co-obrigados são solidários, salva estipulação contrária.

§ único. Esta disposição não é extensiva aos não comerciantes quanto aos contratos que, em relação a estes, não constituem actos comerciais.

consórcio. Por conseguinte, cada membro do consórcio é responsável pelas obrigações que assume individualmente no âmbito do contrato de consórcio.

Não obstante, a norma não prescreve o regime da conjunção, pelo que, nos termos gerais do artigo 513º do Código Civil, haverá que aferir, caso a caso, se a solidariedade resulta da vontade das partes (por convenção expressa no contrato ou tacitamente) ou das circunstâncias do contrato (a dita solidariedade técnica), concluindo-se pela existência daquela vontade por interpretação do contrato.

Termo consórcio

O consórcio dá lugar a uma situação jurídica duradoura. Como tal, torna-se necessário fixar esquemas de cessação, sem o que ela tenderia a eternizar-se no tempo.

Vigora a regra de que, salvo quando a lei disponha de outro modo, os contratos não se destinam a perdurar. Contudo, tem-se vindo a assistir a uma evolução no sentido do reforço da estabilidade dos consórcios: jogaram as necessidades económicas e sociais que ditaram o aparecimento do consórcio, bem como a conveniência em alargar a autonomia das partes.

A nossa lei distinguiu quanto à sua cessação, três modalidades:[27]

a. A exoneração dos seus membros;

b. A resolução do contrato;

c. A extinção do consórcio.

Estas modalidades, discriminadas nos artigos 9º, 10º e 11º, detêm o maior interesse, uma vez que são específicas deste tipo contratual: elas não correspondem inteiramente à teoria geral dos contratos.

[27] Quanto ao Direito Italiano, Ferri, Consorzio cit, 382 e Auletta, Consorzi Commerciali cit, 963.

A exoneração dos membros do consórcio corresponde desta forma a uma posição potestativa que o consorciado tenha de colocar termo aos seus compromissos, excluindo-se assim do consórcio. Compreende-se assim que ela requeira uma particular justificação (impossibilidade superveniente de realizar as suas obrigações; um comportamento de um consorciado que traduza um incumprimento perante o outro bem como uma impossibilidade em relação, também, a outro membro, sem que seja possível utilizar o esquema da resolução).[28]

Relativamente à resolução essa equivale a uma posição potestativa que o consorciado tenha de excluir os outros do consórcio.

Contudo, pela sua gravidade, deverá existir justa causa (artigo 10º n.º 1) – a qual pode, de acordo com o lenço desse mesmo preceito, ser subjetiva ou objetiva. Este artigo exige "declarações escritas emanadas de todos os outros".

A jurisprudência admite, quando haja apenas dois elementos, que a resolução seja oral.[29] Assim, removidos problemas probatórios, mantém-se a regra da consensualidade, dentro do possível pela letra da lei.

Por último quanto à extinção do consórcio, descritos no artigo 11º, engloba a revogação (11º n.º 1 a) " O acordo unânime dos seus membros"[30] ; a caducidade (11 nº 1 alínea b, primeira parte – realização do objeto, alínea c)) – decurso do prazo e alínea d) – extinção da pluralidade de membros); a impossibilidade (11º nº 1 alínea b) segunda parte – objeto que se torna impossível).

Há um prazo supletivo de dez anos, prorrogável – 11º n.º 2, admitindo-se ainda outras cláusulas de extinção.

[28] Tal o sentido do artigo 9º nas duas alíneas do seu nr.º 1.

[29] STJ 23 de Outubro – 1997 (Miranda Gusmão), CJ V (1997) 3, 94-97 (96/II).

[30] Tribunal da Relação de Lisboa 16 de Abril – 1996 (Joaquim Dias), CJ XXI (1996) 2, 94-96 (96/I).

Nota breve de Direito Comparado

A figura do consórcio tem ascendência romana. Em Gaio, apareciam por exemplo, referencias ao *consortium* como formas de organização entre várias pessoas, com objetivos e fins comuns.[31]

A revolução industrial provocou um incremento no domínio dos consórcios, nomeadamente porque esta revolução tinha uma tendência para a concentração ou junção de empresas, ditadas por necessidades económicas. Hoje, pode considerar-se que, para além de dimensões jurídicas, o consórcio apresenta uma faceta social e económica que explica o seu aparecimento nas mais diversas sociedades e no plano internacional.

No plano internacional podemos salientar que no direito alemão, aparecem algumas formas de concatenação de empresas, setor do Direito das uniões das empresas,[32] às quais os comunitaristas prestam cuidada atenção,[33] outro tanto sucedendo com os estudiosos do Direito da economia[34] e do direito da concorrência.[35]

Já no direito anglo-saxónico ocorre a figura já conhecida entre nós da *join ventures* [36], próximos, nalgumas das suas manifestações, dos consórcios latinos.

No direito francês, verifica-se uma inexistência específica de regras dirigidas a contratos de cooperação entre empresas, regulados deste modo, pelos princípios

[31] *Vide* Paolo Frezza, "Consortium", NDI III (1938), 952-953.

[32] Herbert Wiedemann, Gesellschaftsrecht/Ein Lehrbuch dês Unternehmen-und Verbandsrechts, I – Grundlagen (1980), 102ss., com especial referencia a join ventures.

[33] Ernst-Joachim Mestmacker, Europaisches Wettbewerbsrecht, cit., 284 ss e 431 ss..

[34] Wolfgang Fikentscher, Wirtschaftsrecht cit., 1,121,166 e 614 ss.,

[35] Fritz Rittner, Einfuhrung in das Wettbewerbs – und Kartellrech, 2ª ed. 1985, 166 ss..

[36] Raul Ventura, Primeiras notas sobre o contrato de consórcio, ROA 41 (1981), 609-690 (617 ss), Andrea Astolfi, II contrato internzionale di "join venture", RSoc 22 (1977), 809-902.

gerais[37], lado a lado com a figura, já mais rígida, dos agrupamentos de interesses económicos, dotados de personalidade jurídica.[38]

No direito italiano legislado, aparece, efetivamente a figura do consórcio: terá sido a experiência inspiradora do legislador de 1981.

Poderá afirmar-se com toda a certeza que o consórcio no direito português inspirou-se na doutrina e jurisprudência italiana.

Havia duas orientações clássicas de consórcio que deixaram marcas impressivasno instituto, até aos dias de hoje. Uma, presente em Giuseppe Auletta, que via no consórcio um modo de regular a concorrência e outra, apoiada por Franceschelli, que propugnava por um esquema destinado a melhor prosseguir certa produção.

Conclusão

A realidade económica desde sempre tem solicitado ao direito suporte jurídico para a realização dos seus fins.

Nos nossos dias ganham particular relevo os instrumentos jurídicos que tornam possível e institucionalizam a colaboração ou cooperação entre as empresas. Do conjunto de figuras jurídicas construídas exatamente com esse objetivo, elegemos o contrato de consórcio como objeto de estudo.

Razão pela qual escolhemos este contrato é tão só porque em primeiro lugar tratando-se de um instrumento de cooperação equidistante por um lado dos que estabelecem uma mera relação contratual entre as partes e por outro dos que dão origem a uma nova pessoa jurídica, nos permite analisar o fenómeno da cooperação num espaço de fronteira, onde por excelência se fazem sentir os traços característicos quer de um quer de outro dos dois extremos oposto.

---

[37] Francisco Lefebvre, Les contrats de coopération inter-entreprises (1974), 50 ss..

[38] René Rodière/Bruno Oppetit, Droit Commercial/Groupements Commerciaux, 1ª ed. (19809, 357 ss..

Outra das razões deve-se ao facto de o contrato de consórcio ser um dos que, de entre as múltiplas figuras contratuais que se podem incluir neste vasto campo da cooperação ou colaboração de empresas, mereceu do nosso legislador a consagração de um regime jurídico próprio.

Por último porque verificamos após o estudo desta figura que muito pouco se tem investigado e até mesmo publicado, por isso o interesse maior na análise do consórcio de forma a aprofundar este tema.

Pela análise efectuada verifica-se que a realidade económica de hoje exige o recurso a instrumentos de cooperação, especialmente por parte de pequenas e médias empresas.

Se em todos os países este tipo de empresas são consideradas de importância vital, em Portugal ainda mais, pelo que se torna necessário e essencial o recurso a formas de cooperação entre elas, a fim de que possam sobreviver nos mercados cada vez mais alargados em que estão inseridas. Ora, o contrato de consórcio é, sem dúvida, um bom exemplo desses instrumentos de cooperação.■

Responsabilidade pelo pagamento das prestações de condomínio

NO CASO DE IMÓVEL DADO EM LOCAÇÃO FINANCEIRA

Filipa Moreira Azevedo
Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa
Advogada

Sumário: Introdução; 1. Contrato de locação financeira – traços gerais; 2. O instituto da propriedade horizontal – concomitância entre dois direitos reais; 3. Círculo de direitos e deveres dos condóminos e a sua proveniência; 4. Teses delineadas quanto à responsabilidade pelo pagamento das prestações do condomínio no caso de imóvel objeto de locação financeira; 4.1 Tese a respeito do locatário; 4.2 Tese a respeito do locador; 4.3 Tese híbrida – a emergência de uma terceira via?; 5. Direito Comparado – convergências e divergências; Conclusão; Referências bibliográficas

A matéria ora considerada foi adquirindo expressão e cultivando a atenção da doutrina e da jurisprudência, particularmente dada a propagação da edificação de imóveis "na vertical" ou "na horizontal" (igualmente designados em banda) constituídos em regime de propriedade horizontal e a proliferação de contratos de locação financeira tendo por objeto frações autónomas.

À vista disso, ostenta-se de capital relevância a questão da responsabilidade pelo pagamento das prestações de condomínio no contexto da celebração de um contrato de locação financeira de fração autónoma. Almeja-se concorrer para uma melhor compreensão sobre a interpretação do art.º 10.º do DL n.º 149/95 de 24 de junho. Bem como, diagnosticar contra quem deve reagir judicialmente a administração do condomínio, no caso de incumprimento no pagamento das

prestações, se apenas contra o locador, somente contra o locatário ou simultaneamente contra os dois.

Na verdade, representa um tema que desencadeia diversas dúvidas aqui e além-fronteiras, às quais o legislador, a doutrina e os tribunais procuram responder.

Posto isto, cerrada a aclaração dos conceitos que o esquadrinhamento deste tema envolve, ostenta-se de essencial conveniência dar enfoque a: uma sucinta abordagem sobre o regime e natureza jurídica do contrato de locação financeira; a propriedade horizontal – convivência do direito de propriedade e de contitularidade; partes comuns – fonte de direitos e deveres; confluindo nas teses que se traçam a propósito deste tema central, mencionando doutrina e jurisprudência, urdindo-se, ao longo do mesmo, observações de feição crítica, não olvidando as convergências e divergências a este respeito à luz do direito comparado.

1. Contrato de locação financeira – traços gerais

Não poderíamos inaugurar o presente artigo sem efetuar uma passageira "incursão" pelo universo dos contratos, traçando como primordial destino – o contrato de locação financeira.

Conquanto, porque em relação a este muito haveria a narrar, não nos devanearemos nos seus caminhos por que ondulantes e abaulados, optamos por imprimir esforços na perspetiva de deslindar alguns enigmas que o mesmo dissimula – a responsabilidade pelo pagamento das prestações do condomínio no caso de imóvel dado em locação financeira. Antes de mais, de sublinhar a origem do contrato de locação financeira, o qual desponta no século XIX nos Estados Unidos da América por volta do ano de 1936, através de uma cadeia de supermercados, a *Safeway Stores Inc.*[1].

[1] A qual alienou um imóvel pertencente aos seus supermercados a um grupo de investidores, que por sua vez o cede em *lease*. No entanto, apenas em 1952, irrompe nos EUA a primeira

No que respeita ao seu regime jurídico, presentemente encontram-se em vigor o DL n.º 72/95 de 15 de abril que regulamenta a atividade das sociedades de locação financeira, o DL n.º 149/95 de 24 de junho, que versa sobre o contrato de locação financeira (com as alterações instituídas pelos DL n.º 265/97 de 2 de outubro, DL n.º 285/2001 de 3 de novembro e DL n.º 30/2008 de 25 de fevereiro) e o DL n.º 186/2002 de 21 de agosto, que institui as instituições financeiras de crédito.

Já no que concerne à sua definição MENEZES CORDEIRO carateriza-o como "[...] o contrato pelo qual uma entidade – o locador financeiro – concede a outra – o locatário financeiro – o gozo temporário de uma coisa corpórea, adquirida, para o efeito, pelo próprio locador, a um terceiro, por indicação do locatário[...]"[2].

Consequentemente, podemos corporifica-lo como um negócio jurídico bilateral ou sinalagmático, revestindo a natureza jurídica de contrato, oneroso, nominado e temporário.

O ilustre autor GRAVATO MORAIS qualifica o contrato de locação financeira como um contrato de crédito ao consumo, o qual admite que o locador e o locatário se localizam em domínios jurídicos diferentes, detendo no plano económico extrema relevância em virtude do financiamento da aquisição de bens, ao mesmo tempo que arquiteta um regime jurídico que pretende incutir ónus e riscos que, no genuíno raciocínio do direito de propriedade, errada ou defeituosamente se conceberiam[3].

---

sociedade financeira cujo objeto é o *leasing:* a *United States Corporation.* A sua manifestação em Portugal surge mais tardiamente, apenas em 1979, bem como as primeiras legislações sobre a matéria: DL n.º 135/79 de 18 de maio e DL n.º 171/79 de 6 de junho.

[2] *Vd.* A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 550.

[3] FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, «Locação Financeira e Desconformidade da Coisa com o Contrato», in *Scientia Ivridica*, tomo LIV, n.º 304, 2005, pp. 697-731 ao invés JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, materializa-o como um contrato de financiamento, cfr. *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 516.

A partir de então, vamos procurar debruçar-nos sobre o regime da propriedade horizontal, bem como sobre a "arrumação" das várias teses que se desenham a propósito do tema que nos propusemos tratar, procurando "desatilhar alguns nós" a esse respeito.

2. O instituto da propriedade horizontal – concomitância entre dois direitos reais?

Ao longo dos anos, assistiu-se ao enraizamento do conceito de propriedade horizontal, o qual sendo vetusto, não se afigura perpetuamente com a mesma aparência. Efetivamente, as variações sociais, económico-financeiras, contribuem para a transfiguração deste conceito, obrigando-o a moldar-se às realidades hodiernas[4]. Contudo, é incontestável, a agitação e sublevação provocadas pela propriedade horizontal na esfera das edificações, na medida em que viabilizou construções a preços competitivos, abrindo portas à faculdade de aquisição por estruturas sociais economicamente mais vultuosas.

O regime da propriedade horizontal teve a sua consagração primitiva no sistema jurídico português, sob o DL n.º 40333 de 14 de outubro de 1955[5], regulamentação aprimorada pela aparição do Código Civil de 1966, o qual veio conter sistematicamente este regime nos artigos 1414.º a 1438.º, sob o capítulo VI, título II, livro III.

[4] Com efeito, esta figura assumiu essencial magnitude principalmente logo a seguir à I Guerra Mundial, isto é, no desenvolvimento do séc. XX, em virtude da carestia de habitações, colaborando para o reconhecimento e integração deste instituto nos vários sistemas jurídicos. Outros fatores como as prodigiosas convergências demográficas, exiguidade do solo, prosperidade industrial, competiram para que as cidades florescessem na orientação vertical.

[5] A Câmara corporativa anotou no parecer sobre o regulamento da propriedade horizontal "A propriedade horizontal é, por conseguinte, a propriedade exclusiva duma habitação integrada num edifício comum, o direito de cada condómino em conjunto é o direito sobre um prédio, portanto, sobre uma coisa imobiliária, e como tal é tratado unitariamente pela lei; mas o objecto em que incide é misto – é constituído por uma habitação exclusiva, que é o principal, e por coisas comuns, que são o acessório".

Tal depuramento resulta do sentimento de que cumpre ao Direito escoltar o progresso social, cultural, económico e financeiro, materializando alterações legislativas que se adeqúem às reivindicações e necessidades da sociedade atual, dado que é impraticável concebermos uma sociedade sem Direito *ubi societas ibi jus*.

Isto posto, atesta-se que a propriedade horizontal contém particularidades tão intrínsecas que a tornam um instituto jurídico ímpar, uma vez que, procedendo à análise da legislação vigente, se constata a ausência de uma noção determinada de propriedade horizontal. Porém, realizando uma interpretação articulada das normas dos artigos 1414.º, 1415.º e 1420.º do CC, chegamos à conclusão de que um prédio dividido em frações, nomeadamente, andares, garagens ou apartamentos, cujos registos são efetuados individualmente, contanto que cada fração possua uma saída autónoma e distinta para uma parte comum do prédio, se considera o mesmo constituído em propriedade horizontal. Assim, no ensinamento de MENEZES CORDEIRO propriedade horizontal constituirá a "[...] situação jurídica que se verifica quando as fracções autónomas que acompanham um edifício estejam na titularidade de pessoas diversas"[6].

Na lição de HENRIQUE MESQUITA e ABÍLIO NETO a propriedade horizontal aglomera dois direitos reais distintos, um de propriedade individual, no que alude às frações autónomas, e outro de compropriedade, no que respeita às partes comuns mencionadas no art.º 1421.º do CC. Na senda dos ilustres autores indicados, vislumbra-se que uma das singularidades desta figura se traduzirá no facto do primeiro direito real citado poder de alguma maneira ser condensado pelo segundo direito real, bem como pelas relações de vizinhança (considerando a contiguidade das frações).

Isto porque, o direito de propriedade de cada condómino sofre algumas restrições, fruto de imposições legais pelo facto desse direito se achar inserido num prédio mesclado por diferentes frações concernentes a vários proprietários e

[6] A. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993, (reimpressão de 1979), p. 634.

onde os mesmos têm de partilhar as partes comuns[7]. Na prática, o direito de propriedade singular e o direito de compropriedade de cada um dos condóminos tem de saber conviver, ajustando-se um ao outro e pelejando pelo seu respetivo lugar.

3. Círculo de direitos e deveres dos condóminos e a sua proveniência

Previamente à exposição da temática sobre o elenco de direitos e deveres dos condóminos e a sua origem, será útil esclarecer dois conceitos fundamentais – condomínio e condómino.

Desta forma, denomina-se Condomínio um conjunto de pessoas comproprietárias de um bem materialmente unitário ou com organização indivisível, apesar disso, cada um desses comproprietários conserva um grupo de direitos privatísticos. Em contrapartida, condómino será o titular pleno do direito de propriedade da fração que adquiriu, ao mesmo tempo que é comproprietário das partes comuns do prédio.

Logo, para compreendermos o alcance do conceito "partes comuns" devemos analisar o consagrado no art.º 1421.º do CC. Desse modo, em virtude da existência das partes comuns, a lei faz corresponder a cada condómino um circuito de direitos e deveres de acordo com o preceituado nos artigos 1420.º e 1421.º a 1428.º do CC. Portanto, assiste ao condómino o direito de uso e fruição da sua fração autónoma, tal como das partes comuns do edifício. Além do mais, possui o direito de participação, discussão e votação dos assuntos a serem tratados e deliberados nas assembleias gerais.

[7] Esta perceção provém da interpretação do art.º 1420.º, n.º 2 do CC o qual consagra "O conjunto dos dois direitos é incindível; nenhum deles pode ser alienado separadamente, nem é lícito renunciar à parte comum como meio de o condómino se desonerar das despesas necessárias à sua conservação ou fruição", prevendo desta forma o acoplamento do direito de propriedade e o de compropriedade, através do princípio da incindibilidade e do nexo de acessoriedade. *Vd.* ABÍLIO NETO, *Manual da Propriedade Horizontal*, 4ª edição (reformulada), Lisboa, Ediforum Edições Jurídicas, 2015, *passim* e HENRIQUE MESQUITA, «A Propriedade Horizontal no Código Civil Português», in *RDES*, ano XXIII, n.º 1 a 4, junho-dezembro, 1976, *passim*.

Nesta sequência, o dever precípuo do condómino consiste na comparticipação nas "[...] despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício[8] e ao pagamento de serviços de interesse comum[9] são pagas pelos condóminos em proporção do valor das suas fracções", consagrados no art.º 1424.º, n.º 1 do CC[10].

4. Teses delineadas quanto à responsabilidade pelo pagamento das prestações do condomínio no caso de imóvel objeto de locação financeira

Pois bem, neste âmbito assiste-se ao despontar de algumas vicissitudes, especificamente na hipótese de nenhum dos sujeitos da relação jurídica tecida pelo contrato de locação financeira pagar as prestações do condomínio no caso de imóvel dado em locação financeira. Este tema gera alguma controvérsia, não obstante da observação do disposto no art.º 10.º do DL n.º 149/95 de 24 de junho, se apresentar como pacífico recair sobre o locatário a responsabilidade pelo pagamento das despesas com o condomínio.

Todavia, se porventura esse pagamento não for realizado pelo locatário, ficará o condomínio desprotegido? Ao invés, poderá a administração de condomínio reagir contra o locatário, conforme vaticinado no art.º 10.º do supracitado DL, na qualidade de proprietário económico ou terá de propor ação judicial contra o locador, de acordo com o previsto no art.º 1424.º do CC, por envergar as suas vestes de proprietário jurídico, ou conjeturando uma terceira possibilidade, contra os dois sujeitos simultaneamente? É a este conjunto de questões que procuraremos dar resposta, tentando articular o regime jurídico da

[8] Neste circuito integram-se as despesas com a limpeza, conservação, reparação das partes comuns do prédio.

[9] Nesta órbita compreendem-se as despesas com administração do condomínio, porteiro, contratos de fornecimento de água e eletricidade.

[10] "Salvo disposição em contrário, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum são pagas pelos condóminos em proporção do valor das suas fracções".

locação financeira com o regime da propriedade horizontal, nomeadamente o art.º 1424.º do CC.

4.1. *Tese a respeito do locatário*

Esta corrente maioritária quer na jurisprudência, quer na doutrina, como mais adiante veremos, sustenta que o condomínio pode exigir o pagamento das prestações ao locatário, seja pela via extrajudicial, seja pela judicial.

Em boa verdade, URBANO DIAS alude que é o locatário que detém o gozo do bem objeto de locação financeira, bem como das partes comuns do prédio onde essa fração se insere, constituindo o seu proprietário económico, pelo que será este o condómino e não o locador[11].

É esta linha de raciocínio seguida pelo Ac. do TRL de 15 de março de 2012, o qual dispõe o locatário no mesmo plano que os restantes condóminos, aduzindo para tal argumentos que confinam com a escolha do bem, assunção de riscos inerentes à utilização e perecimento do bem, o dever de conservação e reparação, a avocação de direitos exclusivos de um proprietário pleno, conforme vertido nos art.º 13.º, 14.º e 15.º do DL susodito, sustentando "[...] que sob o ponto de vista económico-financeiro, o locatário tem uma "verdadeira" "propriedade útil" do bem"[12]. No mesmo sentido decide o Ac. do STJ de 10 de julho de 2008, "[...] por via do regime-regra consagrado no artigo 1424º do Código Civil é ao locatário financeiro que compete o pagamento da quota-parte devida pela fracção que ocupa, em homenagem ao preceituado no artigo 10º, nº 1, alínea b) do Decreto-Lei nº 149/95, de 24 de Junho, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 265/97, de 2 de Outubro"[13] e ainda o Ac. do STJ de 06 de

[11] JOSÉ URBANO DIAS, «Propriedade Horizontal: despesas inerentes ao uso e conservação no caso de locação financeira», in *O Direito*, ano 141, Coimbra, Almedina, 2009, p. 1036.

[12] Ver Ac. do TRL de 15/03/2012, proc. n.º 1175/11.9TVLSB.L1-8, Relatora Amélia Ameixoeira, disponível in *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-09].

[13] *Vd.* Ac. do STJ de 10/07/2008, proc. n.º 08A1057, Relator Urbano Dias, disponível in *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-09].

novembro de 2008, "[...] estando uma fracção autónoma dada em locação financeira, é do locatário financeiro que o condomínio deve exigir o pagamento dos "encargos condominiais" respectivos: o estatuto do locatário financeiro é, em tudo, idêntico ao de qualquer condómino, sendo sobre ele, e não sobre o locador, que impende a responsabilidade por esse pagamento"[14]. Na mesma dinâmica decide o STJ no Ac. de 02 de março de 2010, "[...] sendo traço comum da locação financeira, mobiliária e imobiliária, a fruição onerosa e temporária de um bem, o legislador quis colocar a cargo do locatário de fracção autónoma o pagamento das despesas comuns do edifício e os serviços de interesse comum, certamente em homenagem à vocação do tipo contratual, que visa o financiamento do locatário"[15].

Há autores que defendem que a transmissão do direito de propriedade, fomenta a transferência do complexo de direitos e deveres por ele contido, classificando a obrigação de concorrer para as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício consagradas no art.º 1424.º do CC[16] como tipicamente *propter rem*. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, a obrigação

[14] Cfr. Ac. do STJ de 06/11/2008, proc. n.º 08B2623, Relator Santos Bernardino, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-09].

[15] Consultar Ac. do STJ de 02/03/2010, proc. n.º 5662/07.5YYPRT-A.S1, Relator Fonseca Ramos, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-09].

[16] Há autores e entendimentos jurisprudenciais os quais sustentam que este normativo tem como finalidade estipular "a regra da partilha dos encargos comuns entre os condóminos, no pressuposto de que são estes, enquanto comproprietários das partes comuns, os responsáveis por esses encargos" in Ac. do STJ de 06/11/2008 supracitado. Nessa medida, o art.º 1424.º do CC não tenciona contrapor o preceituado no art.º 10.º, n.º1, al.ª b) do DL n.º 149/95 de 24 de junho, simplesmente ambos os normativos destinam-se a regular diferentes temáticas. Ambos os preceitos, possuem eficácia *erga omnes*, contudo, sempre que o primeiro entre em conflito com o segundo, será este último a prevalecer, por deter um caráter especial (*lex specialis derogat legi generali*). Desse jeito, à luz desta conceção a obrigação pelo pagamento das prestações de condomínio recairia sobre o locatário. Convicção exacerbada pela indispensabilidade de registo do contrato de locação financeira, nos termos do art.º 3.º, n.º 5 do DL n.º 149/95 de 24 de junho, através do qual será possível ao condomínio tomar conhecimento da existência do contrato de locação financeira, e dessa forma saber quem é o responsável pelo pagamento das prestações. Não partilha deste raciocínio FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, referindo que "[...] do registo da locação financeira, o condomínio fica tão só a conhecer que é admissível a penhora da expectativa de aquisição do bem [...] ", cfr. *Manual da Locação Financeira*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 127.

propter rem é "[...] aquela cujo sujeito passivo (o devedor) é determinado não pessoalmente (*intuitu personae*), mas realmente, isto é, determinado por ser titular de um determinado direito real sobre a coisa"[17].

De facto, uma das qualidades da obrigação *propter rem* é a ambulatoriedade[18], na prática o titular do direito real é decisivo para definir quem é o devedor. Apesar disso, e convocando novamente o Ac. do STJ de 02 de março de 2010[19], estas obrigações *propter rem* porque excecionais devem atender ao tipo contratual em causa e ao escopo económico por ele pretendido. Na realidade, é de importância significativa indagar se a obrigação de pagamento das despesas relativas às partes comuns, constituindo, via de regra, uma obrigação real intrínseca ao titular do direito de propriedade, pode dele ser "desamarrada" e imputada a quem do bem retire benefício. O aresto equipara ainda a posição do locatário ao arrendatário vinculístico, no que respeita ao uso e fruição do bem acrescentando que "[...] e sendo certo que até no arrendamento pode o arrendatário convencionalmente arcar com as despesas de condomínio, não é cabido considerar-se como não ambulatória a obrigação de pagamento das despesas condominiais, para as fazer recair sobre o locador financeiro, que não é o "dono económico" do imóvel, nem beneficia de qualquer vantagem directa

[17] A. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais, ob. cit*., pp. 366 e 367.

[18] Caraterística projetada por FERRINI, o qual apadrinhava a ambulatoriedade plena, ao contrário de BIONDI, o qual pelejava pela não ambulatoriedade sem ressalvas, ambas as teorias censuradas por HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais,* Coimbra, Almedina, 1990, pp. 316-326, o qual defende que nenhuma dessas teorias pode ser perspetivada de forma absolutizadora, pois que "[...] se há obrigações em que a ambulatoriedade se impõe, outras existem, pelo contrário, que devem considerar-se instransmissíveis [...]", devendo ponderar-se os interesses em causa, sob pena de conduzir a resultados injustos. Nesta aceção ALMEIDA COSTA, *Direito Das Obrigações*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, pp.84 e 576; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.12; HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, *Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra (policopiado), p. 261; PENHA GONÇALVES afirma que "[...] essas obrigações se abjugam do direito real ao qual se achavam agregadas, designando-se de não ambulatórias, sem que por causa disso deixem de ser consideradas obrigações *propter rem*", cfr. *Curso de Direitos Reais*, 2ª ed., Lisboa, SPB – Editores e Livreiros Lda., 1993, p. 132.

[19] *Vd.* Ac. do STJ de 02/03/2010, proc. n.º 5662/07.5YYPRT-A.S1, Relator Fonseca Ramos, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-10].

inerente à respectiva fruição". Pugna, por isso, a referida decisão judicial pelo caráter ambulatório da obrigação, fazendo-a recair na esfera jurídica do locatário financeiro, por ser este o "proprietário económico" do bem[20].

Dos argumentos aduzidos pela tese em análise, para além dos já ostentados: a ambulatoriedade, a prevalência do art.º 10.º, n.º 1, al.ª b) do DL n.º 149/95 de 24 de junho, sobre o art.º 1424.º do CC e a obrigatoriedade do registo do contrato de locação financeira[21], encontra-se um outro que se prende com o catálogo dos direitos e deveres do locatário. Ora, da esfera das obrigações podemos constatar: o dever de conservação e reparação do bem impende sobre o locatário, bem como o risco pelo seu perecimento corre por sua conta. Ao locador cumpre tão-só entregar o bem cedendo o seu gozo, de acordo com o art.º 9.º, n.º 1, alíneas a), b) e c) do DL n.º 149/95 de 24 de junho[22]. Destarte, os defensores desta tese depreendem desse normativo que se essa constitui uma obrigação única, não poderão ser imputáveis ao locador, outras aí não previstas. A acrescer a todos estes considerandos, os vindicativos desta tese invocam o estatuído no art.º 10.º, n.º 1, al.ª b) do DL n.º 149/95 de 24 de junho, cabendo ao locatário o pagamento das prestações de condomínio[23]. Se em relação aos

[20] No mesmo sentido *vd*. Ac. do STJ de 06/11/2008, proc. n.º 08B2623, Relator Santos Bernardino, disponível in *www.dgsi.pt* o locatário "[...] exerce um domínio sobre o bem, em termos de praticamente excluir o proprietário jurídico [...]"; Ac. do TRL de 03/11/2011, proc. n.º 3160/09.1TBALM-A.L1-6, Relator Olindo Geraldes, disponível in *www.dgsi.pt* "[...] o direito de propriedade que subsiste na titularidade do locador serve, assim, apenas para garantir o seu direito de crédito, estando as restantes utilidades do bem ao serviço do locatário [...] "; Ac. do TRL de 02/02/2006, proc. n.º 364/2006-6, Relator Pereira Rodrigues, disponível in *www.dgsi.pt* "[...] tem como característica a "ambulatoriedade", no sentido de que a transmissão do direito real de cuja natureza a obrigação emerge implica automaticamente a transmissão desta para o novo titular". [Todos os arestos susoditos consultados em 2018-03-10].

[21] Plasmado na nota de rodapé 9.

[22] Ac. do TRL de 15/03/2012, proc. n.º 1175/11.9TVLSB.L1-8, Relatora Amélia Ameixoeira, disponível in *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-10].

[23] A favor consultar Ac. do TRL de 06/04/2017, proc. n.º 5094/14.9YYLSB-AL1.6, Relatora Francisca Mendes; Ac. do TRP de 07/06/2016, proc. n.º 2719/14.0YYPRT-A.P1, Relator José Carvalho; Ac. TRL de 27/02/2014, proc. n.º 4347/11.2TBSXL-A.L1-6, Relator Tomé Ramião; Ac. do TRE de 10/04/2014, proc. n.º 2234/12.6TBLLE-A.E1, Relator Maria Alexandra Santos; Ac. do TRP de 13/03/2014, proc. n.º 363/13.8TBMAI-A.P1, Relator Teles de Menezes; Ac. do TRP de 29/05/2014, proc. n.º 3771/12.8TBVLG-A.P1, Relator José Amaral; Ac. do TRL de

deveres que incumbem ao locatário, os apologistas desta corrente não têm quaisquer dúvidas, alicerçando o seu raciocínio de que é a este sujeito que cabe o pagamento das despesas condominiais. O mesmo já não se pode dizer quanto aos direitos, nomeadamente, o de participar e votar nas assembleias de condomínio, e posteriormente o de impugnar deliberações, que vêm estipulados no art.º 10.º, n.º 2, al.ª e) do DL n.º 149/95 de 24 de junho, os quais apesar de competirem ao locador, pode o locatário lançar-lhes mão[24].

A agregar-se a todas as premissas supramencionadas, deparamo-nos com outra que se prende com o desinteresse do locador pelo bem dado em locação financeira. De acordo com o mesmo, a obrigação pelo pagamento das prestações de condomínio constituirá um penoso inconveniente para o locador, o qual não terá interesse em sustentar. Pelo que, o locador apenas terá um interesse económico e não no bem objeto de locação, ao contrário do que sucede com o locatário, pelo que será sobre ele que recairá a obrigação de suportar as despesas condominiais.

O último fundamento arrazoado relaciona-se com a natureza do locatário financeiro, descrita como "proprietário económico", em contraposição com a do locador como "proprietário jurídico". Na prática, o locatário age como se de um

---

03/11/2011, proc. n.º 3160/09.1TBALM-A.L1-6, Relator Olindo Geraldes; Ac. do TRL de 27/02/2014, proc. n.º 4347/11.2TBSXL-A.L1-6, Relator Tomé Ramião; Ac. do STJ de 02/03/2010, proc. n.º 5662/07.5YYPRT-A.S1, Relator Fonseca Ramos; Ac. do STJ de 06/11/2008, proc. n.º 08B2623, Relator Santos Bernardino; Ac. do TRL de 15/03/2012, proc. n.º 1175/11.9TVLSB.L1-8, Relator a Amélia Ameixoeira; Ac. do STJ de 10/07/2008, proc. n.º 08A1057, Relator Urbano Dias; todos os arestos citados encontram-se disponíveis in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-11]; Sentença Julgado de Paz de 05/04/2013, proc. n.º 251/2012-JP, consultável *in http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5192262cc6f2461680257d47004e6bde?OpenDocument*, [consult. 2018-03-11].

[24] Alvitre a favor da impugnação das deliberações por parte do locatário por ser o verdadeiro condómino *vd*. JOSÉ URBANO DIAS, «Propriedade Horizontal: despesas inerentes ao uso e conservação no caso de locação financeira», *ob. cit,* p. 1048; Ac. do TRP de 23/02/2012, proc. n.º 5564/10.8TBMTS.P1, Relatora Deolinda Varão ; contra esta aceção ver Ac. do TRP de 26/10/2006, proc. n.º 0635535, Relator Fernando Baptista e Ac. do STJ de 24/06/2008, proc. n.º 08A1755, Relator Moreira Camilo. Todos os acórdãos disponíveis in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-12].

verdadeiro proprietário se tratasse, a questão é que não o é em termos oficiais. Para URBANO DIAS o locatário tem a natureza de "[...] um proprietário que, logo *ab initio*, onerou a fracção, com hipoteca, constituída a favor do mutuante"[25].

Não partilhamos inteiramente do mesmo raciocínio, uma vez que os silogismos formulados por esta tese acobertam alguma vulnerabilidade e são potenciadores de injustiças por se firmarem em noções algo abstratas. Se, por um lado, se concorda em fazer recair a responsabilidade pelo pagamento das prestações de condomínio sobre quem vai usufruir das partes comuns, isto é, o locatário, por outro lado, não se pode aceitar que ao condomínio fique vedada a possibilidade de ver instaurada ação judicial contra o locador, constituindo este o verdadeiro proprietário do bem dado em locação financeira. Realmente, atendendo aos interesses em confronto, nunca poderá o condomínio ver diminuído o seu campo de ação no momento em que pretender cobrar as prestações relativas às despesas comuns.

4.2. *Tese a respeito do locador*

A corrente que advoga a responsabilidade do locador pelo pagamento das despesas comuns é sem dúvida a minoritária em sede jurisprudencial e doutrinal[26].

---

[25] JOSÉ URBANO DIAS, «Propriedade Horizontal: despesas inerentes ao uso e conservação no caso de locação financeira», *ob. cit.,* p. 1036 e ss. Pensamento diverso tem FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, este ilustre autor entende que existem discrepâncias entre o proprietário de um imóvel hipotecado e locatário: o primeiro assume-se como um proprietário pleno, podendo dispor do bem, embora impendendo sobre o mesmo um ónus. O segundo detém um direito de propriedade económico, não tendo a faculdade de dispor do bem. Além disso, sendo praticável a penhora do bem hipotecado, tal não se afigura possível no caso de contrato de locação financeira, já que somente será facultada a penhora da expetativa da aquisição, *vd. Manual da Locação Financeira*, *ob. cit.,* pp. 126 e ss.

[26] *Vd*. Ac. do TRL de 27/06/2006, proc. n.º 4035/2006-7, Relator Pimentel Marcos, disponível in *www.dgsi.pt;* Sentença Julgado de Paz de Setúbal de 30/06/2014, proc. n.º 156/2014-JP, disponível *in http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8ace1ca5674034cc80257e190049a931*

Desta forma, a presente tese convoca argumentos de múltiplas índoles: as obrigações espelhadas no art.º 1424.º do CC são tipicamente obrigações *propter rem;* o art.º 1.º, n.º 2 do DL n.º 268/94 de 25 de outubro; o art.º 6.º do mesmo diploma; a eficácia *inter partes* do contrato de locação financeira; o locador na qualidade de proprietário jurídico e o seu interesse.

Começando por analisar o primeiro, HENRIQUE MESQUITA confirma que a obrigação consignada no art.º 1424.º do CC é de natureza *propter rem*[27]. Na esteira de ABÍLIO NETO, essa obrigação não emerge de um contrato "[...] mas da natureza real do instituto da propriedade horizontal"[28]. *Id est*, a responsabilidade pelo pagamento das despesas comuns que recai sobre o locador existe quer este se sirva do bem, quer não o utilize, e autonomamente de ter concedido o gozo a outrem durante o tempo em que subsistir como titular do direito de propriedade.

Neste sentido afiança o Ac. do TRP de 27 de setembro de 2012 "[...] um estatuto de natureza real, porque é dotado de eficácia *erga omnes*, não pode aplicar-se a relações de natureza obrigacional que produzem apenas efeitos *inter partes*, não devendo os terceiros ser atingidos, sem o seu consentimento, pelo regime estabelecido por uma relação de cariz meramente obrigacional"[29].

Acresce que, esta tese ao contrário da anterior prevê que o art.º 10.º, n.º 1, al.ª b) do DL n.º 149/95 de 24 de junho, tem uma eficácia puramente *inter partes* (locador e locatário), não produzindo efeitos para o condomínio, pelo que por essa ordem de ideias, este último deverá invocar o art.º 1424.º do CC na hora de exigir o pagamento pelas despesas condominiais. Aliás, de acordo com o art.º 1424.º do CC incumbirá ao locador fazer face a essas despesas.

?OpenDocument; Ac. do STJ de 19/03/2002, proc. n.º 01A3861, Relator Alípio Calheiros, disponível in *www.dgsi.pt,* [Todas as decisões referidas foram consultadas em 2018-03-12].

[27] HENRIQUE MESQUITA, «A Propriedade Horizontal no Código Civil Português», in *RDES*, ano XXIII, n.º 1 a 4, junho-dezembro, 1976, p. 130.

[28] ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, Lisboa, Ediforum, Edições Jurídicas Lda., 2004, p. 1380.

[29] *Vd.* Ac. do TRP de 27/09/2012, proc. n.º 2414/09.1TBPVZ.P1, Relator Amaral Ferreira, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-13].

Quanto ao segundo considerando, se examinarmos o preceituado no art.º 1º, n.º 2 do DL n.º 268/94 de 25 de outubro, verificamos que o mesmo refere: "As deliberações devidamente consignadas em acta são vinculativas tanto para os condóminos como para os terceiros titulares de direitos relativos às fracções". Ora, condómino será o proprietário do imóvel, o terceiro titular de direitos relativos às frações constituirá no caso ora ponderado, o locatário. Pois bem, o que o DL citado profetiza e acautela é que na hipótese de um terceiro, utilizar o bem, fique vinculado às decisões firmadas em assembleia, não na qualidade de proprietário, porém a outro título.

No que concerne ao terceiro argumento, o art.º 6.º, n.º 1 do DL n.º 268/94 de 25 de outubro, prescreve "A acta da reunião da assembleia de condóminos que tiver deliberado o montante das contribuições devidas ao condomínio ou quaisquer despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns e ao pagamento de serviços de interesse comum, que não devam ser suportadas pelo condomínio, constitui título executivo contra o proprietário que deixar de pagar, no prazo estabelecido, a sua quota-parte".

Neste seguimento o Ac. do TRL de 06 de novembro de 2012 prevê "[...] quem assume a qualidade de proprietário de fração autónoma terá, por inerência, que ser considerado condómino do prédio em causa"[30].

Nesta sede coloca-se ainda a dúvida de quem terá legitimidade passiva numa ação executiva interposta pelo condomínio para cobrança das prestações em dívida. Nas sábias palavras de LEBRE DE FREITAS esta dubiedade dissipa-se pela análise do título executivo, deste modo quem dele constar como devedor será o executado, nos termos do art.º 53.º do CPC[31]. Não obstante, nem sempre será tão linear, já que mesmo que do título conste como devedor o locatário,

[30] Ver Ac. do TRL de 06/11/2012, proc. n.º 20697/11.5T2SNT.L1-7, Relatora Ana Resende, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-13].

[31] JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva, Depois da Reforma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 121; Ac. do STJ de 10/07/2008, proc. n.º 08A1057, Relator Urbano Dias, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-14].

não podemos olvidar a concessão patente no art.º 6.º do DL n.º 268/94 de 25 de outubro, de legitimidade passiva executiva ao locador.

Ademais, a propósito da tese precedentemente retratada é ao proprietário que pertence o exercício do direito de voto e o de impugnação de decisões tomadas em assembleia de condomínio, sem embargo de o locatário também lhes poder lançar mão, no caso, de o locador lhe delegar esses poderes, através de procuração.

Contudo, se no título executivo apenas o locador figura como devedor, não se concebe que possa este desobrigado de pagar as despesas condominiais.

No tocante ao terceiro fundamento, os defensores desta tese apelam à eficácia *inter partes* do contrato de locação financeira. Visto que, o condomínio não teve qualquer ingerência nesse contrato, constituindo um terceiro para esse efeito.

Verdadeiramente, e analisando o art.º 10.º, n.º 1, al.ª b) do DL n.º 149/95 de 24 de junho, a obrigação em causa produz efeitos *inter partes*, sendo o condomínio a ela alheia. Desta feita, o locador não ficará desobrigado perante o condomínio da responsabilidade pelo pagamento das prestações não liquidadas pelo locatário, apenas podendo exigir ao locador o pagamento e não ao locatário, diante disso é um terceiro para efeitos do contrato de locação financeira[32].

Destarte, e partilhando do parecer de GRAVATO MORAIS garantir que apenas ao locatário compete a obrigação por esse pagamento "[...] significaria exonerar do pagamento das prestações de condomínio o titular de um direito real sobre o imóvel, substituindo-o pelo titular de um direito obrigacional sobre o prédio"[33].

Quanto ao derradeiro argumento, o locador na qualidade de proprietário do bem, é quem celebra o contrato de locação financeira com o locatário, no qual o

[32] Neste segmento *vd.* Ac. do TRL de 27/06/2006, proc. n.º 4035/2006-7, Relator Pimentel Marcos, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-15].

[33] FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, «Responsabilidade pelo pagamento de despesas de condomínio relativas a imóvel dado em locação financeira», in *CDP*, n.º 20, 2007, p. 56.

condomínio não tem qualquer intervenção, extrai lucros do mesmo, com o recebimento das prestações pagas pelo locatário para gozo do bem, portanto não podemos excluí-lo sem mais da responsabilidade de suportar o pagamento das despesas comuns, até porque a falta de pagamento destas acarreta riscos intrínsecos ao direito de propriedade pelo locador titulado[34].

4.3 *Tese híbrida – a emergência de uma terceira via?*

Não plenamente satisfeita com as conclusões a que as duas correntes previamente expostas chegaram, temos vindo a assistir à emergência de uma terceira via, a qual reivindica a combinação de algumas perspetivas defendidas pelas duas anteriores.

Francamente, o Ac. do TRP de 06 de maio de 2008, delibera "[...] um quadro em que a obrigação de pagar as despesas de condomínio cabe ao locatário, seja por transferência da lei (locação financeira), seja por transferência do locador (arrendamento urbano), a Assembleia de Condóminos, se lhe for comunicada a transferência dessa obrigação, pode exigir o pagamento quer ao locatário, quer ao locador; todavia, o proprietário locador só fica desonerado da dívida se e quando o locatário pagar"[35].

Há portanto, uma obrigação conjunta, imputável quer ao locador, quer ao locatário financeiro[36]. Arroga ainda o mesmo aresto "[...] e ninguém de boa-fé pode aceitar como socialmente equilibrada e justa uma solução em que o proprietário de um conjunto elevado de fracções pertencentes a um prédio no regime de propriedade horizontal pretende eximir-se ao pagamento dos

[34] A este propósito *vd.* FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, «Responsabilidade pelo pagamento de despesas de condomínio relativas a imóvel dado em locação financeira», *ob. cit.* p. 58.

[35] Ver Ac. do TRP de 06/05/2008, proc. n.º 0821567, Relator Guerra Banha, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-15].

[36] Cfr. Ac. do TRP de 12/09/2016, proc. n.º 6882/16.7T8PRT-C.P1, Relator Sousa Lameira, disponível in *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-15].

encargos de condomínio relativos a essas fracções sob o pretexto de que estavam locadas no regime de locação financeira e o seu pagamento cabia ao locatário".

Partilhamos deste entendimento por se configurar o mais equitativo e proporcional aos vários interesses em confronto. Se por um lado, se aceita como indubitável nos termos do art.º 10.º, n.º 1, al.ª b) do DL n.º 149/95 de 24 de junho, que incide na esfera obrigacional do locatário o pagamento pelas prestações de condomínio, também não é menos verdade que a legislação não mostra quaisquer sinais de querer exonerar o locador do seu pagamento, caso o locatário incumpra essa obrigação, pois é o proprietário pleno do bem, persistindo o seu interesse no mesmo. Perspetivar e tratar essa questão como se o bem fosse indiferente para o locador e como se só tivesse importância para o locatário é desvirtuar a realidade.

Tal seria completamente deformador do sistema, desprotegendo em toda a linha o condomínio, o qual não interveio na celebração do contrato de locação financeira. Nesses termos, poderá a administração de condomínio agir judicialmente contra os dois sujeitos cumulativamente, ou seja, solidariamente[37]. Tendo o locador legitimidade para exigir ao locatário o direito de regresso do valor por si pago ao condomínio, já que é uma obrigação preceituada no art.º 10.º, n.º 1, al.ª b) do DL.

Ademais, evocando no art.º 595.º, n.º 1, al.ª a) do CC, se o locador tencionar transladar a dívida para o locatário, o primeiro só ficará desonerado da mesma caso o condomínio o declare expressamente, nos termos do n.º 2 do mesmo normativo legal.

Operando-se aqui segundo GRAVATO MORAIS "[...] uma assunção cumulativa da dívida, não havendo lugar à exoneração do locador financeiro"[38].

[37] A este propósito *vd.* FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, «Responsabilidade pelo pagamento de despesas de condomínio relativos a imóvel dado em locação financeira», *ob. cit.,* p. 57.

[38] *Idem, Ibidem,* p. 57.

5. Direito comparado – convergências e divergências

Não poderíamos deixar de concretizar uma comparação ainda que breve acerca das discordâncias e concordâncias alusivas a esta matéria, entre o ordenamento jurídico português e os sistemas jurídicos brasileiro e italiano. Portanto, reconhece-se que não só o ordenamento nacional se vê assolado por diversas dúvidas quanto à responsabilidade pelo pagamento das despesas de condomínio no caso de imóvel dado em locação financeira.

Não obstante, as singularidades introduzidas por cada ordenamento jurídico, a verdade é que uma das caraterísticas essenciais do contrato de locação financeira e transversais aos ordenamentos jurídicos citados consiste precisamente no facto do objeto do contrato subsistir na esfera jurídica do locador até que seja transferido no final do mesmo para o locatário, no caso de este o desejar.

No sistema jurídico brasileiro, HELDER MARTINEZ DAL COL manifesta-se a favor da responsabilidade pelo pagamento das prestações de condomínio no caso de imóvel objeto de locação financeira dever recair sobre o locador, sem prejuízo do seu direito de regresso sobre o locatário, em virtude da sua relação interna[39].

Este autor reforça a ideia de que o art.º 22.º e 23.º da Lei do Inquilinato[40], apesar de catalogar as despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio, imputando as primeiras ao locatário e as segundas ao locador, não constitui um elenco taxativo, não reunindo unanimidade na sua interpretação[41].

[39] HELDER MARTINEZ DAL COL, «Despesas de condomínio na lei do inquilinato», in *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n.º 45, setembro, 2000, *passim*, disponível no endereço eletrónico: *http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9420-9419-1-PB.pdf*, [consult. 2018-03-02].

[40] Disponível no endereço eletrónico: *http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8245.htm*, [consult. 2018-03-02].

[41] HELDER MARTINEZ DAL COL, «Despesas de condomínio na lei do inquilinato», *ob. cit, passim*.

Por outro lado, no ordenamento italiano, a locação imobiliária urbana vem regulada na Lei n.º 392 de 27 de julho de 1978[42], a qual também não contém a fórmula cristalina capaz de ajudar a decifrar estas dúvidas. Aliciando, por essa via, a doutrina e jurisprudência a iluminar o caminho. Dessarte, para este ordenamento jurídico é pacífico que é o locador o detentor do direito de propriedade, e o locatário apenas possuidor e não o verdadeiro proprietário.

O autor de um artigo editado no jornal *La Repubblica*[43], assevera que na hipótese de ter sido convencionado uma cláusula no contrato de locação financeira, vaticinando a exclusiva responsabilidade do locatário no pagamento das despesas de condomínio, a mesma não terá eficácia relativamente ao condomínio, em atenção, à norma imperativa do art.º 1118.º do CC italiano[44], o qual preceitua que o condómino não pode abdicar do uso das partes comuns do prédio para dessa forma se eximir do pagamento das despesas condominiais, que por adversar a cláusula contida no contrato de locação financeira a derroga contundentemente, por meio do prescrito no art.º 1418.º do CC italiano.

Além disso, quanto à possibilidade de transferência do encargo do locador para o locatário através do contrato de locação financeira, o art.º 1273.º do CC italiano, veda a produção de efeitos dessa cláusula no tocante ao condomínio, à exceção de este último ter explicitamente anuído.

Deste jeito, constata-se um certo paralelismo na resposta encontrada por estes dois ordenamentos jurídicos quanto à questão ora altercada, concluindo-se que é o locador o responsável pelo pagamento das despesas condominiais, muito embora tenha direito de regresso relativamente ao locatário. Aproximando-se, assim, de uma das teses desenhadas no ordenamento nacional, ou seja, da tese a

[42] Disponível no endereço eletrónico: *http://www.comune.jesi.an.it/MV/leggi/l392-78.htm,* [consult. 2018-03-02].

[43] Disponível no endereço eletrónico: *http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2006/10/29/il-leasing-finito-in-condominio.html?refresh_ce*, [consult. 2018-03-02].

[44]Código Civil italiano disponível no endereço eletrónico: *http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm,* [consult. 2018.03-02].

respeito do locador, que curiosamente é a minoritária, tal como já tivemos oportunidade de ver.

Conclusão

Das correntes exibidas nenhuma se ostenta como uma poção mágica. Nada obstante, considera-se que de todas a mais justa e equilibrada é a tese híbrida, por "afinar as cordas dedilhadas" por cada uma das restantes duas teorias.

Porquanto, se o condomínio é um terceiro para efeitos do contrato de locação financeira, sendo totalmente alheio aos aspetos negociais trilhados pelas partes, relativamente à responsabilidade pelo pagamento de despesas, não será sensato e razoável, desonerar-se o locador do seu pagamento, quando é ao mesmo que assiste o direito de votar e impugnar deliberações da assembleia de condóminos.

Se é certo que quem usufrui diretamente das partes comuns é o locatário, a verdade é que o locador continua a ser o verdadeiro proprietário do bem, até ao termo do contrato de locação financeira e por vezes até posteriormente, no caso de o locatário não pretender adquirir o bem.

Desta forma, e postulando pela tutela dos interesses coletivos defendidos pelo condomínio, sustenta-se com persuasão que a administração do condomínio poderá propor ação judicial contra locador e locatário em litisconsórcio.

Secundando a decisão proferida pelo TRP datada de 06 de maio de 2008 "[...] qualquer outro entendimento deixaria os restantes condóminos numa posição extraordinariamente enfraquecida e onerada pelos efeitos de um contrato em que não intervieram e a que são totalmente alheios, já que, se não lhes fosse permitido exigir do proprietário da fracção locada as contribuições para as despesas do condomínio que por lei lhe cabe pagar, ficariam totalmente

desprotegidos da garantia de cumprimento que neste caso é assegurada pelo valor da própria fracção [...]"[45].

A lei não se pode abstrair da sua função de salvaguarda dos interesses mais expostos a situações de risco, como no caso em apreço. Embora, concirna aos intérpretes e aplicadores do Direito interpretá-la com moderação e sobriedade, adequando-a às novas realidades, evitando sucumbir a extremismos.

Citando ANTÓNIO VIEIRA, "Não há leis tão justas e leves que não necessitem de quem as faça executar e guardar". ■

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Moitinho de, *Propriedade Horizontal*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2001.

ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009.

ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil – Reais*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

ATHAYDE, Augusto de; ATHAYDE, Augusto Albuquerque de; ATHAYDE, Duarte de, *Curso de Direito Bancário,* vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

BALDI, Giovani, *Le obbligazioni propter rem*, Turim, 1950.

BIONDI, Biondo, «Servitù reciproche, servitù in faciendom oneri reali, obbligazioni "propter rem"*,* in rapporto allárt.913 codice civile»*,* in *Il Foto Italiano*, 1950, col. 617 e ss.

COL, Helder Martinez Dal, «Despesas de condomínio na lei do inquilinato», in *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n.º 45, setembro, 2000. Disponível no endereço eletrónico: *http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9420-9419-1-PB.pdf*.

CAMPOS, Diogo Leite de, «Locação financeira (leasing) e locação», in *Revista da Ordem dos Advogados,* ano 62, vol. III, dezembro, 2002, pp. 758-775.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.

CORDEIRO, António Menezes, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993 (reimpressão de 1979).

COSTA, Almeida, *Direito Das Obrigações*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2001.

[45] *Vd.* Ac. do TRP de 06/05/2008, proc. n.º 0821567, Relator Guerra Banha, disponível in *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-17].

COSTA, Almeida, *Direito Das Obrigações*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 1997.

DIAS, José Urbano, «Propriedade Horizontal: despesas inerentes ao uso e conservação no caso de locação financeira», in *O Direito*, ano 141, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 1033-1051.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, 1ª ed., Lisboa, Quid Iuris, 1996.

FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*, 3ª ed., Milão, 1908.

FREITAS, José Lebre de, *A Acção Executiva, Depois da Reforma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

GONÇALVES, Penha, *Curso de Direitos Reais*, 2ª ed., Lisboa, SPB – Editores e Livreiros Lda., 1993.

LIMA, Pires de & VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

MESQUITA, Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais,* Coimbra, Almedina, 1990.

MESQUITA, Henrique, «A Propriedade Horizontal no Código Civil Português», in *RDES*, ano XXIII, n.º 1 a 4, junho-dezembro, 1976, pp. 79-152.

MESQUITA, Henrique, *Direitos Reais*, *Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra (policopiado).

MORAIS, Fernando de Gravato, *Manual da Locação Financeira*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2011.

MORAIS, Fernando de Gravato, «Responsabilidade pelo pagamento de despesas de condomínio relativas a imóvel dado em locação financeira», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20, 2007, pp. 50-60.

MORAIS, Fernando de Gravato, «Locação financeira e a desconformidade da coisa com o contrato», in *Scientia Ivridica*, Tomo LIV, 2005, pp. 697-731.

NETO, Abílio, *Manual da Propriedade Horizontal*, 4ª edição (reformulada), Lisboa, Ediforum Edições Jurídicas, 2015.

NETO, Abílio, *Operações Bancárias*, 1ª edição, Lisboa, Ediforum Edições Jurídicas, Lda., 2008.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, Lisboa, Ediforum, Edições Jurídicas Lda., 2004.

PASSINHAS, Sandra, *Assembleia de Condóminos e o Administrador na Propriedade Horizontal,* 2ª edição*,* Coimbra, Almedina, 2001.

PIRES, José Maria, *Direito Bancário*, vol. II, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 1995.

PINTO, Mota, «Compropriedade, Propriedade Horizontal, Direito de Superfície, Servidões Prediais, Usufruto, Uso e Habitação», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXI, n.º 1 a 4, janeiro-dezembro, Coimbra, Editora Limitada, 1974, pp. 93-197.

RAIMUNDO, Miguel Assis, «Responsabilidade do adquirente de fracção autónoma por prestações de condomínio já vencidas», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 26, abril-junho, 2009, pp. 51-63 (anotação ao acórdão TRP de 09/07/2007).

SEIA, Aragão, *Propriedade Horizontal,* 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2002.

TELLES, Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 8ª edição, Coimbra, Almedina, 1994.

O outro lado do bilhete do espetáculo

Angelina Teixeira
Advogada e Doutoranda em Direito

Sumário:

I – Ticket para um enquadramento inicial
II – Da marca histórica a um «passe» para a atualidade
III – Da responsabilidade civil obrigacional perante o público
IV – Da responsabilidade objetiva do promotor
V – Breve alusão aos seguros de responsabilidade civil. a) Breve alusão às atividades de risco; b) Seguros de responsabilidade civil e considerações finais.

I – Ticket para um enquadramento inicial

O presente texto teve na sua base o desafio lançado pela Senhora Professora Doutora Sónia Moreira durante as sessões da unidade curricular «temas de responsabilidade civil» no âmbito das sessões do Curso de Doutoramento a que tiveram lugar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

Abordaremos o tema, sobretudo em dois planos: doutrinal e jurisprudencial e, ainda não tenhamos o propósito de esgotar o tema, não deixamos de almejar, pelo menos, incutir no leitor - o despertar - para uma reflexão.

A par dos contratos, a responsabilidade civil assume-se como um instituto da maior relevância, encontrando-se de mãos dadas com os agentes que, com ela têm se conviver, seja a que título for (pessoal e profissional).

Curiosamente, num dia menos solarengo, fomos conduzidos a ensaiar a quantidade e qualidade que o mundo artístico se tem vindo a deparar. São inúmeros os contrastes com os meios (físicos e humanos) que são necessários para erguer o pano de espetáculo (comunicação, divulgação e promoção), não raras vezes, esquecidos[1].

São várias as ações judiciais de responsabilidade que as partes têm vindo a suscitar junto dos tribunais portugueses, emergindo da lei civil uma obrigação, independentemente da vontade das partes, cujo redobrar de atenções por parte do legislador emerge a reparação do (s) dano (s) [2]. Partindo do *princípio do ressarcimento dos danos* (situação a que se encontraria o lesado se não tivesse ocorrido a lesão) [3], outras situações há em que, não sendo possível, insuficiente ou excessivamente oneroso para o lesante, encontre-se a prestação monetária como saída única.

Partindo da noção de *espetáculos*[4] podemos estar perante um cenário catalogado por diferentes estilos, caminhando a doutrina[5] para definição de

[1] Sendo igualmente fontes de receitas para os autores e editoras nalguns casos. Para outros desenvolvimentos, XAVIER, António, *As leis dos espetáculos e direitos autorais,* Almedina, Coimbra, 2002.

[2] Merecedores da restituição aos lesados e por culpa do lesante (por regra), fruto de um facto ilícito e culposo (à exceção de situações fortuitas ou de força maior).

[3] Reconstituição *in natura* plasmada no art.º 566.º/1 do CC. Entende-se por motivo de força maior os "*acontecimentos imprevisíveis cujos efeitos se produzam independentemente da vontade do promotor do espetáculo, nomeadamente, incêndios, inundações, ciclones, tremores de terra e outras causas naturais que diretamente impeçam a realização do espetáculo*" – cfr. art.º 9.º do DL 23/2014.

[4] Vistos como "*aquilo que atrai os olhares, que prende, que chama atenção*" - Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira, Vol. X, Editorial Enciclopédia, Lda., Lisboa, Rio de Janeiro, Vol. 1 a 37 (editados entre 1935 e 1957), pág. 22 ou como "*exibição pública de atividades artísticas tais como peças de teatro, filmes, bailados, concertos, variedades*"- Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, Vol. I, Academia de Ciências de Lisboa, Editorial Verbo, 2001, pág. 1532. Aproveita-se a ocasião para lançar mão do DL n.º 23/2014, de 14 de fevereiro (sem alterações) que prevê no artº 2º/1 a ligação às "*manifestações e atividades artísticas ligadas à criação, execução, exibição e interpretação de obras no domínio das artes do espetáculo e do audiovisual e outras execuções e exibições de natureza análoga que se realizem perante o público, excluindo a radiofusão, ou que se destinem à transmissão ou gravação para difusão pública*".

[5] CORDEIRO, Menezes, *Direitos Reais,* Reimpressão, Editora LEX, Lisboa, 1979, pág. 191.

espetáculo de coisas incorpóreas, cuja existência é desencadeada pelo espírito humano, ganhando, depois relevância social, abrangendo duas realidades: a "quia" jurídicos e bens intelectuais [6].

Assim, tal noção caracteriza pela arte de representar (em público), quer a título de amador ou pela via profissional, factos ou determinadas coisas que nos capacitam a reagir, na ideia de uma representação de caráter extensivo destinadas à diversão e entretenimento.

Os dois sentidos merecedores da atenção dos produtores são a audição e a visão, cujos ouvintes, espetadores [7] ou público se deslocam – com expetativa – a um espetáculo (gratuito ou oneroso) que dificilmente se questionam "como agir"

[6] Segundo o supra autor, os primeiros respeitam aos poderes autonomizados dos direitos, determinadas prestações, títulos (entre outros) e os segundos englobam as categorias economicamente representativas de origem do labor intelectual nos campos literário, artístico, científico e técnico. Aconselhamos a leitura do manual "*A participação de menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária* - PORTO, Margarida, Almeida, Coimbra, 2010.

[7] O espetador, ao adquirir um bilhete para determinado evento, fá-lo porque quer muito assistir à atuação de certo artista ou artistas, sendo esse, habitualmente, o principal fim inerente à aquisição do ingresso. O propósito inerente à compra, por parte de uma pessoa, de um bilhete para um espetáculo é precisamente a possibilidade de ver o artista atuar. Consequentemente, um promotor (figura a definir de seguida), ao realizar um espetáculo, fá-lo na expectativa de estar a ir ao encontro do interesse de um certo número de pessoas que desejam ver a atuação do artista contratado. Assim, o promotor, nas celebrações dos contratos necessários para a realização do evento (com o agente, a sala de espetáculos, a empresa de som e de luzes etc.), fá-lo com vista a que o público possa ver satisfeito o objeto do contrato celebrado entre ambos: a atuação do artista - BORGES, Francisco Menezes, *Responsabilidade Civil nos Contratos de Espetáculo,* WKP, Edição de 2015, ponto 2.3.1. Ainda MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, «Rudimentos da responsabilidade civil», Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano II – 2005. *Artista* é aquele que cria, pratica ou demonstra a arte. No meio artístico, este termo é muitas vezes usado para músicos ou outros intérpretes. Como exemplo de pessoas criadoras de arte, temos aqueles que se expressam através da pintura, escultura, dança, escrita, música ou fotografia. Artistas acabam por ser aqueles que, com a sua atuação, proporcionam diversão, distração e bem-estar ao público assistente. O artista é o elemento central dos diversos contratos celebrados com vista à realização de um espetáculo. Direta ou indiretamente, ele está presente em todos eles. É ele a causa da realização do espetáculo – BORGES, Francisco Menezes, *Responsabilidade Civil nos Contratos de Espetáculo,* WKP, Edição de 2015, ponto 2.3.1.

em caso de frustração devido ao incumprimento contratual após a compra (presencial ou on-line)[8].

Será que o instituto da responsabilidade civil responde às necessidades de proteção nestes casos ou, estamos num plano de ressarcimento do lesado carente de reflexão e concretização para a resolução de uma lacuna?

É, em certa medida, aquilo que nos propomos responder.

II – Da marca histórica e um *passe* para a atualidade

A primeira regulamentação em matéria de espetáculos remonta a 20 de novembro de 1959 com os Decretos n.º 42662, 42663 e 42664, prevendo o regime geral em matéria de espetáculos e dos divertimentos públicos [9]. A década de 50 foi na prática o primeiro «espetáculo» consistente, marcado pela intervenção política que à data disciplinava e controlava as manifestações culturais e lúdicas[10]. Sucederam-se décadas a fio, atingindo-se a fase pós-sénior, não resistindo aos tempos e, como dizem os velhos ditados, é sempre necessário acontecer uma "desgraça" para que se faça alguma coisa.

Estávamos na década de 90 quando na capital portuguesa os sinos ecoaram os ventos da desgraça trazidos pelos casos "pala" ocorridos num estádio de futebol (Sporting) e o acidente no parque de diversões *Aquaparque (Lisboa)* [11].

[8] Imagine-se que a prestação não foi cumprida no horário previsto, ou com artista da capa e, até mesmo nas condições de segurança aquém das desejadas.

[9] Bem como as condições de segurança dos recintos, atribuindo competências específicas do organismo tutelar (à data Inspeção dos Espetáculos).

[10] Que eventualmente colocassem em causa o regime ditatorial vigente. Recorde-se que os tempos eram de censura (em vários níveis) e locais: cinema, teatro ou concertos musicais, limitando as obras ou interditando o contato com o público, sendo que, a elaboração de tais decretos acima referidos eram os mecanismos perfeitos desse controlo (assim entendido à data). Porém, a censura foi abolida (após 25 de abril de 1974) mas em nada beliscou a base normativa, podendo-se afirmar que foi crescendo com a evolução dos tempos.

[11] Lamentavelmente com a morte de duas crianças.

É aqui que se começa a chegar à conclusão que o ordenamento jurídico português estava caduco, sem resposta, carente de legislação específica para estes (e outros) locais de espetáculo [12], até que, volvidos três anos entrou em vigor o Decreto Regulamentar nº 34/95 de 16 de dezembro sob o pretexto "*desenvolvimento tecnológico que conduziu* à *utilização de materiais não previstos na altura e no aparecimento de novas formas de espetáculo e de diversão, que obrigam a novas exigências de construção"* [13]. Mas não basta rever, atualizar e modernizar.

Foram várias as entidades [14] que apresentando este projeto permitiram a criação de um diploma com princípios gerais relativos às modernas normas de segurança, focados nos recintos de espetáculo[15] e de divertimentos públicos que protegessem, quer os participantes, quer o público, com a salvaguarda de minimizar o risco de ocorrência de acidentes, criando igualmente o "Anexo ao Decreto Regulamentar" contendo o regulamento das condições técnicas e de segurança [16] dos recintos de espetáculos e divertimentos públicos [17].

[12] Começou assim a caminhada da tomada de consciência (tardia) para a elaboração de um diploma capaz de reger as regras de segurança nos vários recintos e de divertimentos públicos.

[13] http://www.culturacores.azores.gov.pt/ficheiros/legislacao/2012125111047.pdf promulgado a 13-10-1995, referendado a 16-10-2015, e publicado a 16-12-2015.

[14] Direção-Geral dos Espetáculos, Direção-Geral de energia, do Serviço Nacional de Proteção Civil, do Serviço Nacional de Bombeiros, do Regimento de Sapadores Bombeiros de Lisboa, da União das Associações de Espetáculos e Diversões, da Associação dos Arquitectos Portugueses e a Faculdade de Arquitectura de Lisboa.

[15] Na conceptualização do conceito de recinto de espetáculo de natureza artística fica claro que, independentemente da respetiva designação, o foco de aplicação está nos espaços delimitados cuja função principal seja a realização de espetáculos de natureza artística (Vd. Preâmbulo do DL 23/2014).

[16] Entendidas como as medidas que englobassem a ausência de incómodo para a vizinhança, com critérios apertados (cfr. 14.º do Decreto).

[17] Tendo por objeto definir as condições a que deviam satisfazer os recintos, a limitar os riscos de ocorrência de acidentes (inclusive incêndios) facilitar a evacuação dos ocupantes e a favorecer a intervenção dos meios de socorro (art.º 1.º do Capitulo I). Nesse tempo, os locais de recintos eram classificados consoante a função da sua utilização, dividindo-se em locais acessíveis ao público, espaços cénicos, locais não acessíveis ao público, locais de apoio e locais técnicos de armazenagem, cuja classificação seguia o critério da lotação.

Com a revogação de tais diplomas pelo DL 315/95 que aprovou o regime jurídicos dos espetáculos de natureza artística[18], tornando-se um diploma de enorme impacto, tendo sido precisas duas décadas até que em 2014 [19].

O legislador tentou compatibilizar a salvaguarda do interesse público e os princípios da simplificação e agilização com caráter administrativo[20].

Mas afinal o que viria a mudar no panorama português? Desde logo, o aditamento do conceito de promotor de espetáculo de natureza artística, sendo

[18] Incluindo espaços como os Coliseus do Porto e de Lisboa, o Antigo Pavilhão Atlântico (hoje MEO ARENA), abrangendo os recintos itinerantes ou improvisados, cabendo aos Municípios (não era o poder local que executava a lei, mas sim um funcionário municipal que exercia funções com poderes delegados pela Direcção-Geral dos Espetáculos) a tutela, trazendo uma novidade: a transferência de competências destinada ao combate das burocracias (era bem patente a falta de meios técnicos e humanos), chegando-se à conclusão que as câmaras Municípios deviam zelar pelo cumprimento dos regulamentos que emitem relativamente às condições de segurança daqueles.

[19] O DL 315/95 foi revogado pelo DL n.º 23/2014, de 14 de fevereiro que aprovou o regime de funcionamento dos espetáculos de natureza artística e de instalação e fiscalização dos recintos fixos destinados à sua realização bem como o regime de classificação de espetáculos de natureza artística e de divertimentos públicos, conformando-o com o Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpôs a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno.

[20] Veja-se o preâmbulo que refere "(...) *necessário atualizar o quadro legal que norteia a realização de espetáculos de natureza artística e introduzir mecanismos mais simplificados, sem, contudo,* descurar a defesa e proteção dos direitos do consumidor, a segurança de pessoas e bens e a salvaguarda do direito de autor e dos direitos conexos". Considera-se, assim, necessário atualizar o quadro legal que norteia a realização de espetáculos de natureza artística e introduzir mecanismos mais simplificados, sem, contudo, descurar a defesa e proteção dos direitos do consumidor, a segurança de pessoas e bens e a salvaguarda do direito de autor e dos direitos conexos, procedendo-se, deste modo, à revisão integral do Decreto-Lei n.º 315/95, de 28 de novembro. Na concretização desse desiderato, aproveita-se para conformar o novo regime ao disposto na Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno, que estabelece os princípios e os critérios que devem ser observados pelos regimes de acesso e de exercício de atividades de serviços na União Europeia, transposta para a ordem jurídica interna pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

que o próprio conceito de "espetáculo" foi atualizado [21] e com ele a simplificação do procedimento de autorização administrativa para o exercício de tal atividade (sujeito ao pagamento de taxas).

O DL 23/2014 (vigente) estabelece a obrigação pelo promotor de restituir aos espetadores o montante correspondente ao preço dos bilhetes nalguns casos[22], trazendo ainda o **balcão único** [23].

Em Portugal, os principais promotores são pessoas coletivas e assumem as obrigações e responsabilidades inerentes à sua organização [24]. São os promotores que adquirem o espetáculo do artista ao agente e que colocam à venda os

[21] Tratando-se de espaços delimitados, resultantes de construções de carácter permanente, que, independentemente da respetiva designação, tenham como finalidade principal a realização de espetáculos de natureza artística. Mas não ficaram alguns espaços excluídos? A resposta é afirmativa, tais como, a restauração, espaços de diversão noturna, hotelaria, a obtenção das licenças relativas à obtenção da autorização de funcionamento dos recintos fixos. Outra alteração prende-se com a **substituição da licença de recinto pelo Documento de Identificação do Recinto (DIR)**, o qual é atribuído de forma automática, ainda que a título provisório, sendo convertido em definitivo após a verificação das regras previstas no Regulamento das Condições Técnicas e de Segurança dos Recintos de Espetáculo e Divertimentos Públicos, aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 34/95, de 16 de dezembro (alterado pelos DL´s 65/97, de 31 de março, n.º 220/2008, de 12 de novembro e pelo Decreto-Regulamentar. o 6/2010 de 28 de dezembro). Desta feita, aquando da abertura dos recintos basta apresentar a mera comunicação prévia à IGAC. Após a receção dessa comunicação prévia, a plataforma informática ligada ao BUE – Balcão Único Eletrónico dos serviços que atribui um NIR - Número de Identificação do Recinto (provisório ou definitivo) devendo estar afixado, legível e visível.

[22] Destacam-se a não realização do espetáculo no local, data e hora marcados; substituição do programa ou de artistas principais; interrupção do espetáculo, exceto se a mesma ocorrer por motivo de força maior verificado após o início do espetáculo e caso haja lugar à restituição da importância correspondente ao preço dos bilhetes, esta deve ser efetuada no prazo de 30 dias contados da notificação da decisão da IGAC.

[23] Disponível através do portal da empresa in http://www.portaldaempresa.pt/cve/pt.

[24] Os promotores negoceiam diretamente com as salas de espetáculo ou com as Autarquias para a realização do evento. No primeiro caso, as salas habitualmente cobram um preço fixo de cedência que tem de ser suportado pelo promotor caso, queira usufruir da mesma. No segundo caso, habitualmente existe um interesse por parte da autarquia na contratação de um artista para determinado evento que visa organizar e, para tal, contacta um promotor (que acaba neste caso por ser um intermediário entre a autarquia e o artista), para que este trate dessa mesma contratação.

respetivos bilhetes junto do grande público [25] cabendo-lhes negociar com as salas de espetáculo a cedência das mesmas, devendo ir ao encontro da expetativa do público, surgindo a necessidade de contratação do artista, empresa de som, luz, entre outros, e do cumprimento das obrigações.

III – Da responsabilidade civil obrigacional perante o público

Chegados aqui, invocar-se-á os meios de imputação de responsabilidade que encontram previsão no ordenamento jurídico português, dividido em dois: a responsabilidade obrigacional [26] perante o público e a responsabilidade extraobrigacional perante o público, regulando o Código Civil (nos artigos 798.º e seguintes), apontando os seguintes pressupostos:

(i) *ocorrência de um facto voluntário ilícito* [27]*;*

(ii) *culpa do devedor*

iii) *um dano* [28] *na esfera do credor; e*

---

[25] Embora possa considerar-se que integram o espetáculo por serem indispensáveis à sua realização (uma vez que, sem público, nenhum espetáculo servirá o seu propósito), este é apenas o destinatário de uma organização que tem como figura central o promotor. É também o promotor que fica responsável pelo cumprimento das exigências técnicas apresentadas pelo artista no contrato. - BORGES, Francisco Menezes, *Responsabilidade Civil nos Contratos de Espetáculo,* WKP, 2015, ponto. 2.3.5.

[26] Terminologia adotada por diversos autores como ALMEIDA COSTA em detrimento da expressão *responsabilidade contratual* por esta nascer da violação de uma obrigação proveniente de um contrato ou de outra fonte. BORGES, Francisco Menezes, *Responsabilidade Civil nos Contratos de Espetáculo,* WKP, 2015, ponto. 3.

[27] O facto ilícito é a "(...) *na inexecução de uma obrigação convencionada pelas partes, apenas relativo ao interesse particular das mesmas.* Ao inverso do que sucede na responsabilidade extraobrigacional, na qual o ilícito "(...) *reside na infração de um preceito legal de interesse geral e, por isso, está relacionado com mais altos interesses, designados de ordem pública*" - GOUVEIA, Cardoso de, *Da responsabilidade contratual*, Edição de Autor, Lisboa. 1932, pág. 162. Ver ainda HÖRSTER, Heinrich Ewald, «Esboço esquemático sobre a responsabilidade civil de acordo com as regras do Código Civil», in Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho, Braga/Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

[28] Trata-se de um prejuízo causado na esfera do lesado, decorrente do facto ilícito e culposo praticado pelo lesante. MENEZES LEITÃO, Ob. cit., Vol I, p. 334 e segs.

(iv) *um nexo de causalidade entre o facto e o dano* [29].

O n.º 1 do artigo 406.º do Código Civil é perentório quando exige que "*o contrato deve ser pontualmente cumprido*", defendendo MENEZES LEITÃO que tal exigência decorre "(...) de uma correspondência integral em todos os aspectos, e não apenas no temporal (...) entre a prestação efectivamente realizada e aquela a que o devedor se encontrava vinculado, sem o que se verificará uma situação de incumprimento ou, pelo menos, de cumprimento defeituoso" [30].

Na mesma linha, ANTUNES VARELA [31] afirma que o advérbio *pontualmente* utilizado no artigo 406.º do Código Civil é utilizado "(...) não no sentido restrito de cumprido a tempo e horas, mas no sentido amplo de que o cumprimento deve coincidir, ponto por ponto, e em toda a linha, com a prestação a que o devedor se encontra adstrito".

A prestação esperada pelo credor (o público) tem de ser realizada pelo devedor (o promotor) sendo o espetáculo o direito assistir[32]. Para que a obrigação

---

[29] O artigo 483.º do CC estabelece a obrigação de indemnização como sanção para o comportamento ilícito e culposo do agente, limita, no entanto, essa indemnização aos "*danos resultantes da violação*", o que implica exigir que esse comportamento seja causa dos danos sofridos, isto é, que haja um nexo de causalidade entre o facto e o dano. A determinação dos critérios que hão-de servir para, entre os danos sobrevindos ao lesado, selecionar aqueles que o direito considera *causados* pelo facto é feita nos termos do disposto no artigo 563.º do CC. Há licitude sempre que se verifique qualquer situação de desconformidade entre a sua conduta e o conteúdo da obrigação. Neste sentido, dispõe o n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil que é ao devedor/lesado que "(...) *incumbe* (...) *provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua*" [29]. Seguindo as palavras de ANTUNES VARELA, a culpa do devedor na falta de cumprimento da obrigação ou na impossibilidade da prestação é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil (cf. n.º 2 do artigo 799.º do Código Civil, o qual remete para o n.º 2 do artigo 487.º do mesmo diploma legal). Conclui assim este autor que estamos perante o "(...) *princípio básico de que a culpa do devedor se mede em abstracto, tendo como padrão a diligência típica de um bom pai de família, e não em concreto, de acordo com a diligência habitual do obrigado* (...)" - Direito das Obrigações" vol. II, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 100.

[30] "Direito das Obrigações", Vol. II, 2ª Edição, Almedina, Coimbra 2003, p. 136.

[31] Ob. cit., p. 14.

[32] Tipicamente, estes contratos poderiam ser enquadrados nos contratos de consumo, ou seja, aqueles que são celebrados entre um profissional e um consumidor, segundo a noção atual da Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de junho). O público, ao celebrar o contrato com o promotor, fá-lo, na maior parte das vezes, com um objetivo puramente recreativo, logo, *não profissional*, ao contrário do promotor que, com a atividade visa, a título profissional, obter

seja devidamente cumprida, o devedor encontra-se obrigado a entregar certa coisa ou a realizar certo facto, tendo, obrigatoriamente, de efetuar a prestação nesses precisos termos - impera a regra *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, acolhida no artigo 837.º do CC[33]. O promotor (devedor) fica responsável pela efetiva realização do evento, não se podendo limitar a "(...) *prometer apenas realizar determinado esforço ou diligência*" para tal [34]e quando um espetador celebra o contrato com o promotor (adquire um bilhete), o prazo para o cumprimento da prestação deve constar no ingresso com a data e hora precisas em que o espetáculo será realizado[35]. Por vezes, o lugar do cumprimento é imposto pela própria natureza da prestação, não tendo então cabimento recorrer aos critérios da lei [36].

benefícios. Este entendimento sai reforçado pelo preâmbulo do DL 23/2014, que alerta para a necessidade de "*atualizar o quadro legal que norteia a realização de espetáculos de natureza artística e introduzir mecanismos mais simplificados, **sem contudo descurar a defesa e proteção dos direitos do consumidor,** a segurança de pessoas e bens e a salvaguarda do direito de autor e dos direitos conexos*" (itálico e sublinhado nosso).

[33] O promotor encontra-se obrigado a proporcionar ao espetador o espetáculo exatamente nos mesmos termos em que este lhe foi apresentado. Poder-se-á questionar se ao promotor é exigido apenas criar as condições para que o espetáculo se realize ou se é responsável pela efetiva realização do mesmo. Encontramo-nos perante a distinção entre o conceito de *obrigações de meios* e o conceito de *obrigações de resultado*. Esta distinção tem sido muito contestada por grande parte da doutrina, mesmo por aqueles que defendem a sua admissibilidade. Citando MANUEL DE ANDRADE, "Teoria Geral das Obrigações", Almedina, Coimbra, 1958, pág. 408 "(...) *questiona-se sobre o enquadramento das diversas relações obrigacionais em cada uma das categorias aludidas e sobretudo acerca da exacta importância da distinção (saber se ela tem um valor meramente descritivo do conteúdo das várias espécies obrigacionais - ou até da obrigação em geral - ou antes lhe corresponde um verdadeiro valor dogmático, como expressão de uma diversa disciplina jurídica em matéria de responsabilidade e de ónus da prova)*".

[34] ANTUNES VARELA, Ob. cit. pág. 73 - o promotor compromete-se "(...) *a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor*", sendo que esse resultado é a realização do espetáculo.

[35] Pode ser estipulado pelas partes (cfr. 772.º1 do CC), sendo as restantes regras de natureza supletiva, podendo-se convencionar um lugar diferente de cumprimento resultante da lei.

[36] No caso do cumprimento da prestação que é a realização do espetáculo, o local é normalmente estipulado no contrato celebrado entre o promotor e o recinto ou município e depois proposto ao agente aquando da negociação contratual entre ambos, sendo, por último, "imposto" ao público, o qual, logicamente devido à especificidade da prestação, não tem qualquer margem de negociação.

IV – Da responsabilidade objetiva do promotor

O espetador adquire direitos quanto ao objeto do cumprimento, isto porque, a realização do espetáculo inclui a expectativa gerada neste tipo de eventos [37].

Contudo, por vezes, o espetador não obtém a prestação devida[38]. VAZ SERRA ensina que a responsabilidade do devedor pode resultar de duas circunstâncias: de este "ter assumido formalmente essa garantia ou de uma falta inicial sua (encarregou outrem de cumprir uma obrigação que só ele deveria cumprir ou escolheu mal ou vigiou mal ou deu instruções insuficientes ou inadequadas)", ou da decisão do devedor "resultar do simples facto de ter recorrido a auxiliares para o substituir ou o ajudar no cumprimento das suas obrigações" [39].

Já MENEZES LEITÃO refere que a "(...) extensão da capacidade de cumprimento de parte do devedor através da utilização dos auxiliares deve ser igualmente acompanhada por uma extensão da responsabilidade do devedor pelos actos por eles praticados, sem o que a posição de credor ficaria consideravelmente enfraquecida" [40].

Desde a celebração do contrato que o devedor fica obrigado perante o credor na realização da prestação (o espetáculo), nascendo assim o vínculo contratual[41] -

---

[37] São raras as vezes em que, num espetáculo musical, à hora marcada para o seu início, o recinto esteja com o número de pessoas com correspondência aos ingressos vendidos.

[38] Fala-se então de *não cumprimento*, tomada a expressão em sentido amplo, compreensivo das diversas modalidades presentes nos artigos 790.º e seguintes do Código Civil.

[39] Esta segunda opção é a que se enquadra na temática relativa aos espetáculos e mais precisamente no que toca ao contrato celebrado entre o espetador e o promotor.

[40] Ob. cit., p. 247. Efetivamente, os auxiliares do promotor (a sala de espetáculos, a empresa de luz, som, etc.) não são devedores perante o público, porque não foi com eles que este celebrou um contrato, não podendo ser responsabilizados pelo incumprimento das obrigações do devedor (promotor).

[41] Assim, se o promotor confia a empresas específicas determinadas funções indispensáveis para que a prestação seja realizada na íntegra, será o próprio a responder pela falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação imputáveis àquelas, nos mesmos termos em que responderia se fosse o próprio a não cumprir ou a cumprir defeituosamente. Por outras palavras, esta extensão da capacidade de cumprimento da parte do promotor através da utilização destas empresas deve ser igualmente acompanhada por uma extensão da responsabilidade do mesmo pelos atos por elas praticados, caso contrário, a posição de público ficaria ainda mais enfraquecida. Como já foi dito

os auxiliares do cumprimento não são devedores do público, logo não podem ser responsabilizados por este pelo incumprimento das obrigações do promotor.

Diferente será, quando um artista não possa atuar por problemas técnicos no sistema de som ou luzes, por exemplo, deles resultando prejuízos para outrem. Aqui é o promotor quem deve assumir a responsabilidade dos danos sofridos pelo lesado (o espetador)[42].

V – Breve alusão aos seguros de responsabilidade civil

Ao promotor recai uma ampla obrigação de "(...) *garantir que se encontram reunidas as condições de segurança e ordem pública adequadas à realização de cada espetáculo, de acordo com a legislação aplicável*" (cf. n.º 1 do artigo 4.º do DL 23/2014), sendo ainda exigível, a realização de espetáculos de natureza artística, a regular apresentação de mera comunicação prévia dirigida ao IGAC [43] como se apontou anteriormente.

---

anteriormente, é o promotor quem está obrigado perante o espetador e não os seus auxiliares (neste caso, a empresa de som). Ao espetador não relevam os meios de que aquele se servirá para cumprir interessando-lhe, contudo, que o promotor responda pelo recurso a esses meios, tal como responderia se ele próprio cumprisse.

[42] A título de exemplo, importa fazer referência ao concerto da cantora brasileira Adriana Calcanhoto no Coliseu de Lisboa, no dia 19-05-2008 marcado pela falha de eletricidade a meio do espetáculo. De acordo com a promotora do espetáculo, deveu-se a uma avaria na rede de média tensão da EDP. Muitos espetadores optaram por abandonar a sala, na incerteza da continuação da apresentação. Contudo, cerca de 20 minutos a cantora brasileira regressou ao palco e interpretou três músicas em formato totalmente acústico e sem sistema de luz ou som. A promotora neste caso assumiu reembolsando ou quem preferisse a possibilidade de assistir ao concerto da artista no dia seguinte. Recorde-se ainda os concertos de Morrissey ou de Pharrell Williams, agendados para 24 de julho de 2012 e 3 de outubro de 2014 em Lisboa, que foram cancelados (indisponibilidade dos artistas). Aqui as promotoras disponibilizaram-se a reembolsar o montante dos bilhetes aos espetadores que o solicitassem.

[43] Tendo em conta os seguintes elementos (cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do DL 23/2014): **(i)** identificação do promotor; **(ii)** programa dos espetáculos e respetiva classificação etária atribuída; **(iii)** datas ou período de realização dos espetáculos; **(iv)** identificação dos recintos, com indicação do respetivo Número de Identificação de Recinto (NIR), quando aplicável; **(v)** autorização dos detentores de direito de autor e conexos ou dos seus representantes; e **(vi)** cópia de apólice de seguro de responsabilidade civil ou garantia ou instrumento financeiro equivalentes, nos termos

Os elementos exigidos no art.º 5.º do DL 23/2014 podem ser indicados até à data de realização do espetáculo (sujeitos a registo) [44]. Parece que o legislador teve como objetivo assegurar a criação de meios suscetíveis de permitir a realização do espetáculo na observância dos parâmetros mínimos de se gurança para o público assim como para as pessoas que nele participam (é o que resulta, salvo opinião diversa) do preâmbulo do diploma legal em causa, no qual é identificada a necessidade de atualização do regime jurídico legal.

Assumindo o alcance do 483.º/1 do CC visam a proteção de cada pessoa que faça parte do público, uma vez que todas elas têm como principal objetivo que o espetáculo decorra nas melhores condições de segurança e qualidade [45].

Parece clarividente que o legislador quis tutelar os cidadãos: o público, abrindo-se uma exceção à regra do art.º 487.º/1 do CC [46], ainda que, o art.º 483.º/2 não defina "atividade perigosa", o que, desde logo nos reconduz admitir que se trata de uma perigosidade decorrente da natureza da atividade [47]ou dos meios utilizados [48].

---

dos n.os 2 e 3 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que cubra eventuais danos decorrentes da realização dos espetáculos, quando não estejam cobertos por seguro, garantia ou instrumento financeiro equivalente referente ao recinto ou ao local de realização do espetáculo.

[44] Segundo o qual "*a fiscalização do cumprimento do disposto no presente decreto-lei compete à IGAC e a outras autoridades públicas e policiais no âmbito das respetivas atribuições*" ou o n.º 7 do artigo 5.º que estabelece que "*em função da natureza do espetáculo e do recinto, a IGAC pode exigir a presença de piquete de bombeiros*".

[45] Com efeito, não será admissível considerar-se que estas normas apenas beneficiem indireta ou reflexamente o público, não o protegendo especificamente. Pessoa Jorge defende que "*se não puder inferir-se da própria lei o fim principal que a motivou, deve presumir-se ter ela visados interesses gerais e não a tutela de categorias limitadas de cidadãos*".

[46] Este artigo faz recair sobre o lesado a prova de culpa do autor da lesão, "(...) *salvo havendo presunção legal de culpa*". Ao contrário do que sucede em matéria contratual (cf. n.º 1 do artigo 799.º n.º 1 do Código Civil), não se presume a culpa para efeitos de responsabilidade civil extraobrigacional. Contudo, existem, excecionalmente, vários casos em que a culpa é presumida (cf. artigos 491.º, 492.º e 493.º do Código Civil).

[47] Como a navegação marítima ou aérea, o fabrico de explosivos, o comércio de substâncias ou materiais inflamáveis (cf. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de março de 1977, Boletim do Ministério da Justiça, nº 265, p. 233 e segs).

[48] Como os tratamentos médicos com raios X, ondas curtas etc.

VAZ SERRA apoiado pela doutrina italiana define as atividades perigosas como as "(...) que criam para os terceiros um estado de perigo, isto é, a possibilidade ou, ainda mais, a probabilidade de receber dano, uma probabilidade maior do que a normal derivada das outras actividades"[49]. De outro lado, ALMEIDA COSTA [50] sustenta que "(...) deve tratar-se de actividade que mercê da sua natureza ou da natureza dos meios utilizados, tenha ínsita ou envolva uma probabilidade maior de causar danos do que a verificada nas restantes actividades em geral".

A responsabilidade aqui parece assentar no pressuposto de que o agente não foi diligente para evitar o dano, recaindo a presunção sobre a pessoa que detém a coisa, e para afastar a responsabilidade, não é suficiente provar ter-se comportado "(...) como se teria comportado um homem provido de média prudência, carecendo de demonstrar que levou a própria diligência não menos que ao extremo limite"[51].

Efetuado este enquadramento relativo ao alcance do 493.º/2 do CC impõe-se concluir se o espetáculo (em sentido lato) pode ser classificado como uma atividade perigosa, para efeitos do disposto na mencionada disposição legal. Pode mencionar-se, a título meramente exemplificativo, os espetáculos que podem inserir-se na previsão desta norma, os espetáculos pirotécnicos [52].

A jurisprudência nacional é unânime ao classificar o lançamento de foguetes, simples ou de artifício como uma atividade perigosa pela sua própria natureza,

[49] "Responsabilidade Civil", Sep. do Boletim do Ministério da Justiça nº 85, Lisboa, 1959, p. 378. Trata-se, assim, de matéria que tem de ser apreciada em cada caso, segundo as circunstâncias.

[50] Ob. cit., p.473.

[51] Vaz Serra, Ob. cit., p. 368. Para mais desenvolvimentos, de acordo com a jurisprudência nacional, o ónus da prova reparte-se equitativamente entre o lesado e o agente: ao primeiro é também exigida a prova dos "(...) *factos de onde emerge a presunção de culpa, a existência de danos e o nexo de causalidade* (...)"Acórdão da Relação de Lisboa de 19 de março de 2002, *in* Coletânea de Jurisprudência.

[52] Outros exemplos de espetáculos que poderiam, pela sua natureza, inserir-se na previsão do n.º 2 do artigo 493.º (nunca esquecendo que esta análise terá que ser feita caso a caso, tendo em conta as circunstâncias) são as corridas ou largadas de touros.

sendo-lhe aplicável o disposto no artigo 493.º do Código Civil[53]. O STJ teve já oportunidade de definir como atividade perigosa, para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, "*aquela que, por força da sua natureza ou da natureza dos meios utilizados, tem ínsita ou envolve uma probabilidade maior de causar danos do que a verificada nas restantes actividades em geral. Trata-se de matéria a apreciar, em cada caso, segundo as circunstâncias*"[54]. Tal disposição espelha o art.º 2050.º da lei civil italiana [55].

Quanto aos critérios de decisão, por regra, utilizados pela nossa jurisprudência conduzem-nos ao racionício que, apenas em certos casos concretos de *perigosidade* evidente, ocorre uma perigosidade na atividade desenvolvida, quer pela sua natureza, quer pelos meios utilizados, interessante para os efeitos do 493.º/2 do CC nos casos de utilização de armas de fogo, de utilização de energia elétrica de alta tensão ou dos referidos lançamentos de foguetes[56]. Seguindo esta lógica, dificilmente poderá concluir-se que o *perigo* existente nos espetáculos musicais (por exemplo) tenha a mesma importância que nestes casos específicos [57], abrindo-se caminho para se aceitar o âmbito de aplicação da letra do 493.º/2 do CC como uma atividade perigosa [58].

---

[53] A este propósito Ac. STJ de 13-02-2014, processo n.º 131/10.9TBPTB.G1.S1, Siva Gonçalves (Relator), Ac. STJ de 05-07-2012, processo n.º 1451/07.5TBGRD.C1.S1, João Bernardo (Relator), Ac. Relação de Guimarães de 10-09-2013, processo n.º 785/09.TBVVD.G1, António Santos (Relator), Ac. Relação do Porto de 17-03-2014, processo n.º 1593/07.7TBPVZ.P1, Carlos Querido (Relator), todos disponíveis in www.dgsi.pt

[54] Acórdão de 15 de janeiro de 2004, disponível em www.dgsi.pt.

[55] O artigo 2050.º do Código Civil italiano diz-nos"*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*".

[56] A este propósito veja-se o acórdão proferido pelo STJ de 15-11-1990, processo n.º 7946 publicado, inclusive, no Boletim do Ministério da Justiça nº 478, de 05-06-1996.

[57] A ausência de uma *perigosidade evidente* associada a este tipo de atividade parece ser um travão para a jurisprudência.

[58] No que concerne aos espetáculos pirotécnicos a utilização de pirotecnia num espetáculo musical que, atenta a jurisprudência já proferida, é comiserado como uma atividade perigosa, causadora de eventuais danos a terceiros (probabilidades acrescidas). Veja-se o caderno de encargos de um procedimento concursal lançado por um município in http://www.base.gov.pt/base2/rest/documentos/53049

Tendo em consideração o acima exposto, conclui-se que a classificação dos espetáculos musicais como atividades perigosas, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil, não se encontra isenta de dificuldades. Conforme se procurou demonstrar, esta classificação encontra-se dependente de diversos fatores que podem ou não fazer recair esta atividade no âmbito de aplicação do referido artigo.

Chegados aqui, quais são então os meios de imputação de responsabilidade consagrados no nosso ordenamento jurídico a que o público pode recorrer serão suficientes para a salvaguarda de um dos princípios fundadores da responsabilidade civil: o princípio do ressarcimento do lesado?

Nas primeiras conclusões, ressalta a desejada e necessária proteção efetiva, ainda num plano de direito a constituir, quiçá na criação de uma norma geral de responsabilidade pelo risco tendo como pano de fundo a visão do espetáculo musical como uma atividade de risco.

Porém, no mundo hodierno, cada vez mais marcado com a componente tecnológica e industrial, tem vindo a multiplicar-se os riscos que tendem a não encontrar abrigo na tradição da noção de culpa, tal como a conhecemos [59]. Estaremos perante a exigência de um novo sistema de responsabilidade civil?

Cremos que a resposta não pode ser mais do que afirmativa. Por um lado, atento às novas realidades em matéria acidental, aos fatores (sociais, financeiros) cada vez mais exigentes de uma forte proteção que, impõe uma maior sensibilidade e apelo aos valores da solidariedade e da justiça social [60]. Neste ponto, chamamos à colação o autor de origem belga "*dans la théorie du risque, seul, un fait suffit pour*

[59] Para um estudo mais pormenorizado da evolução do sistema de responsabilidade por culpa para a responsabilidade pelo risco - Los sistemas de responsabilidade civil, CAMPOS, Fernando Reglero *In* "Tratado de Responsabilidade Civil", 3ª Edição, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 211 e segs., PUSCHEL, Flavia Portella, Revista Direito GV, Vol. I nº1, Fundação Getulio Vargas Maio, 2005, p. 91 a 108; e Ribeiro de Faria, Ob. cit., Vol. II, p. 3 e segs.

[60] Daí surgindo novos dilemas jurídicos, ao que se crê, colocar em crise o princípio da *responsabilidade com culpa* que se demonstra caduco. Será altura de apontar para os novos ângulos do instituto da responsabilidade civil? É que ao lado da responsabilidade (com culpa) temos uma outra, de caráter excecional (*responsabilidade objetiva*).

créer l'obligation de réparer le dommage, sans qu'íl y ait lieu de rechercher si ce fait peut être imputé à la culpabilité de l'agent"[61].

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade pelo risco, como figura máxima da responsabilidade objetiva, não se concilia com a ideia de ilícito. A obrigação de indemnização resulta da demarcação - no âmbito da atuação permitida - de uma esfera de responsabilidade, no seio da qual a eventual superveniência de danos é imputada a alguém em função de critérios jurídicos específicos, o risco ou o sacrifício, não havendo qualquer violação de normas jurídicas que sustente a responsabilização do sujeito.

O DL 23/2014 exige apresentação de cópia de um seguro deste tipo aos recintos de espetáculos de natureza artística e aos promotores nas situações em que estes queiram realizar um espetáculo - **seguro de responsabilidade civil** [62].

Por força da constante evolução, inclusive económica, os contrates dos últimos séculos espelha um estado de arte praticamente "ilegal" se recordarmos os tempos em que era imoral um contrato que admitisse, a quem provocasse um dano injusto, pudesse libertar-se das consequências económicas de tal conduta (culposa) e que intencionalmente pretendesse transferir para a esfera de terceiros, tal facto danoso.

a) Breve alusão às atividades de risco

MANUEL CARNEIRO DA FRADA entende que a imputação de um risco "procura resolver o problema de um dano que é tomado, antes de tudo, como

[61]Será suficiente que um fato crie danos para que estes tenham de ser reparados, sem que seja necessário analisar se o facto pode ou não ser imputável ao agente - PAGE, Henri de, Traité Elementaire de Droit Civil Belge", Tomo II, 3ª Edição, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1964, p. 205. Na verdade é aconselhável para aqueles que mantenham a fonte do risco evitem, ao que é possível, o acontecimento de danos, indo ao encontro da responsabilidade objetiva assente nos princípios da prevenção, da distribuição dos danos e da equidade.

[62] Para uma análise mais detalhada desta temática, ver Sánchez Calero, "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones", 3ª Edição, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 1293 e segs.

uma contingência (...), exprime uma justiça distributiva e (...) assenta genericamente na introdução da fonte do perigo ou na contabilidade abstracta desse perigo. Justifi

Neste ponto, a semelhança do conceito é muito próxima do 493.º/2 do CC, revelando-se, em sentido inverso, como o preceito que melhor se adequa ao carácter excecional da responsabilidade pelo risco "(...) onde a teoria do risco mais tende a afirmar-se, a lei admite a prova da falta de culpa como causa de exclusão de responsabilidade do agente"[63]. Porém há doutrina que nem sequer faz alusão aos conceitos de perigo ou a atividade perigosa como tratando-se de um requisito da imputação da responsabilidade pelo risco [64].

Neste sentido DIAS MARQUES [65] tratando tal responsabilidade como (...) a ideia de que, independentemente da presença de culpa, deve também ser responsável aquele que desenvolve ou tira proveito de uma actividade que envolve, em si mesma, certo risco (...), isto é, uma certa probabilidade de vir a causar algum dano" [66].

Apesar de existirem determinadas atividades humanas que se entrelaça com o risco, a verdade é que o legislador não atribui, por si só, a sua proibição. Tenta

[63] Pires de Lima e Antunes Varela, Ob. cit., p. 495.

[64] CORDEIRO, Menezes, ob. cit., p. 368 e segs.

[65] "Noções Elementares de Direito Civil", 3ª Edição, Lisboa 1969, p. 164. Definição semelhante é apresentada por Mota Pinto: "*trata-se de domínios em que o homem tira partido de actividades que, potenciando as suas possibilidades de lucro, importam um aumento de risco para os outros*". "Teoria Geral do Direito Civil", 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 1996, p. 120.

[66] De facto, não parece ser unânime, quando se fala de responsabilidade pelo risco, ter-se necessariamente intrínseca a ideia de atividade perigosa causadora desse risco. Este tipo de responsabilidade poderá limitar-se a impor, a quem lucra especialmente com o exercício de certas atividades, o encargo dos danos provenientes do respetivo risco, independentemente de se tratar de uma atividade perigosa ou não. O espetáculo musical caracteriza-se pela especificidade da prestação e por um imenso número de fatores externos à própria prestação que podem ser determinantes para a realização do evento, como, por exemplo, condições meteorológicas, falhas de eletricidade por motivos alheios à empresa encarregada da respetiva distribuição, deficiente construção do palco ou impossibilidade de atuação do artista.

sim, por via da responsabilidade civil que os danos sejam – efetivamente – reparados.

A título meramente exemplificativo, se perante condições meteorológicas adversas (ou até deficiente instalação do sistema de som), cuja prova não se consiga imputar à empresa contratada para o efeito (imagine-se que as colunas de som caem e ferem alguns elementos do público) [67], é deveres importante que se encontre o (um) responsável sob pena de cair por terra o ressarcimento dos prejuízos sofridos [68].

Este é um exemplo claro de uma situação em que a falta de responsabilização (neste caso, criminal) do promotor – a qual poderia ser extensível à responsabilidade civil, uma vez que a conclusão pelas causas acidentais implica, necessariamente, a falta de culpa dos diversos agentes responsáveis pela realização do evento - inviabiliza a efetiva indemnização das vítimas e, consequentemente, o desvio ao princípio do ressarcimento imediato e completo.

Ora, sabendo-se que a imputação pelo risco visa uma responsabilidade pelo resultado relativamente aos prejuízos que advêm de um potencial danoso não totalmente dominável, mas que, por força das vantagens que proporciona à maioria e do carácter excecional da concretização do dano, é juridicamente permitido, deveria o promotor, como principal beneficiário da atividade em questão, responsabilizar-se perante o público, para que os membros deste possam ver os seus danos ressarcidos [69].

---

[67] Causando-lhes danos, cujo valor, deve atender, inclusive ao artista em caso (será maior se estivermos perante um artista de renome nacional e/ou internacional).

[68] Entre vários exemplos, temos o infeliz acontecimento ocorrido no *Roskilde Festival*, em Copenhaga, a 30-06-2000 aquando da atuação dos *Pearl Jam* no palco principal do festival, resultando a morte por esmagamento/asfixia de 9 pessoas e 20 feridos. O incidente foi apreciado pelo Ministério Público da Dinamarca que concluir por não deduzir acusação (entre eles, contra o promotor) por entender tratar-se de um incidente de causa incidental.

[69] Assim o desfecho parece ser o da transformação do instituto da responsabilidade civil que atenda à maior previsibilidade de ocorrer acidentes, para que, se atinja uma maior proteção dos lesados.

b) Do seguro de responsabilidade civil (e considerações finais)

Na sequência do raciocínio que temos seguindo, a proteção dos danos causados deve (pode) passar pela tutela na concretização de um seguro de responsabilidade civil destinado à proteção desses acidentes [70].

Por regra era o promotor do espetáculo que, per si, constituía uma apólice de responsabilidade civil destinada à proteção de danos contra terceiros. Na prática, em muitos casos, era o próprio promotor, que impulsionava tal mecanismo destinado a prever a sua posição, porquanto, não raras vezes os montantes de ressarcimento são elevados [71].

Em homenagem aos Colegas que vêm do Brasil, trazemos uma breve película do que se vai pensando, a este propósito no outro lado do Atlântico, quando concluímos que, adotaram uma cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Primeiro estranhamos e aos poucos vai-se entranhando, quando se lê, a título meramente exemplificativo LEONARDO DE FARIA BERALDO que nos diz "(...) responsabilidade de empresas especializadas na organização de shows, pois, na compra do ingresso, está implícita uma cláusula de incolumidade; aliás, mesmo nos eventos cuja entrada é franca existe esta responsabilidade"[72].

Vejamos mas de perto o que outro autor defende a propósito do risco quando nos conduz ao entendimento de que "leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados (...) poderíamos exemplificar com uma empresa que se dedica a produzir e apresentar

[70] Chamamos à colação o Regulamento do Espetáculo Tauromáquico aprovado pelo DL 89/2014, de 11 de junho que no art.º 10.º/3 refere que o promotor do espetáculo constitui-se ou assegura-se da existência de um seguro de acidentes pessoais ou garantia ou instrumento equivalente».

[71] Imagine-se que o promotor do espetáculo tenha que desembolsar do seu próprio bolso um evento que não se realize, sendo este seguro uma tábua de segurança para capacitar a sua esfera jurídica no ressarcimento aos terceiros nestas situações.

[72] *A Responsabilidade Civil Objectiva em Decorrência das Atividades Perigosas* (Parágrafo Único do Artigo 927º do Código Civil) e Alguns Apontamentos do Direito Comparado", disponível em http://www.justocantins.com.br/tag/responsabilidade-civil-objetiva, p. 16.

espetáculos com fogos de artifício. Ninguém duvida de que o trabalho com pólvora e com explosivos já representa um perigo em si mesmo, ainda que todas as medidas para evitar danos venham a ser adotada (...) é crucial que o acidente que venha a ocorrer em multidão terá natureza grave, por mais que se adotem modernas medidas de segurança [73].

Ao chegarmos aqui, somos aventar a possibilidade de, no plano português, imputar os danos no plano da responsabilidade objetiva no caso dos espetáculos, indo ao encontro daquilo que está na principal salvaguarda (cremos) que é o ressarcimento de forma mais justa, imediata e completa do lesado.

Não inovamos, aproveitando para partilhar a doutrina que já foi abrindo porta para tal possibilidade elas mãos da ANA PRATA dando um "(...) *o carácter*

[73] Cf. "Direito Civil: Responsabilidade Civil - vol. IV", 14ª Edição, Atlas, 2014, p. 9. Esta posição é igualmente defendida por PAIVA, Marina Silva "(...) *em espetáculos populares, artísticos e esportivos, entre outros eventos com grande afluxo de espectadores, cria-se um risco maior que em eventos de pequeno porte. Destarte, evidente que, em se tratando desse tipo de atividade, qualquer acidente ocorrido no local, pode tomar grandes proporções, atingindo muitos espectadores, podendo, em decorrência da presença de uma multidão, acabar por ter natureza grave*» - Cf. "*Os Limites do Risco na Atividade de Promoção de Espetáculos Populares, Artísticos e Esportivos de Grande Porte*" in http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33772-44085-1-PB.pdf.

Veja-se recentemente o sinistro ocorrido no "Festival Andanças 2006", carbonizando por completo 422 viaturas e segundo um das notícias «*Tem-se sustentado a obrigatoriedade de celebração de seguro de responsabilidade civil por parte das entidades responsáveis pela propriedade e/ou exploração de recintos de espetáculos de divertimentos públicos na alínea b) do n.º 5 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 309/2002, de 16 de dezembro, de onde resulta que a instalação e o funcionamento dos recintos de espetáculos e de divertimentos públicos carece de licença de utilização, mas para a emissão dessa licença é necessário um requerimento acompanhado de cópia simples da apólice de seguro de responsabilidade civil válida. Dito isto, importa salientar desde logo dois aspetos importantes. Primeiro, o Decreto-Lei n.º 309/2002, de 16 de dezembro, no seu art. 1.º, n.º 2.º alínea a), exclui do seu âmbito de aplicação os recintos de espetáculos de natureza artística previstos no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 315/95, de 28 de Novembro, que no seu n.º 2, alínea c), considerava como atividades artísticas a música. Mas este último diploma legal foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 23/2014, de 14 de Fevereiro, que aprova o regime de funcionamento dos espetáculos de natureza artística e de instalação e fiscalização dos recintos fixos destinados à sua realização bem como o regime de classificação de espetáculos de natureza artística e de divertimentos públicos*»– http://www.advogar.pt/2016/festival-de-seguradoras-em-andancas/ Este diploma legal justificou-se com a necessidade de atualização do *"quadro legal que norteia a realização de espetáculos de natureza artística e introduzir mecanismos mais simplificados, sem contudo descurar a defesa e proteção dos direitos do consumidor, a segurança de pessoas e bens"* eliminando *"o procedimento associado à atual licença de representação, adotando-se a mera comunicação prévia como procedimento necessário para a realização desses espetáculos"*.

excepcional das normas relativas à responsabilidade objectiva é questionável, devido à sua multiplicação, já porque a insusceptibilidade da aplicação analógica não se afigura a solução mais compatível com os numerosíssimos casos - como o aumento de diplomas em que é admitido demonstra - de riscos sociais e individuais criados pelas actividades economicamente lucrativas que o mercado tem vindo a desenvolver" [74].

A ausência de discussão nesta matéria aponta um *input* necessário no sentido de a legislação evoluir tendo em conta as novas realidades e os novos riscos que advêm do aumento de eventos que se vão sucedendo.

Ainda que de forma incompleta, tentamos deixar alguns pontos de reflexões e de maior sensibilidade no que toca à responsabilidade pela organização de um espetáculo (independentemente da sua índole) face ao público-alvo.

Deixamos alguns corrupios da relação existente entre o público e o promotor e, entre este com todos os demais agentes com quem contratualiza para a concretização de cada espetáculo, beliscando-se no que toca à responsabilidade obrigacional a figura dos auxiliares e do princípio da pontualidade da prestação a que se encontra adstrito.

Neste ponto, o disposto no art.º 800.º do CC, a responsabilidade do promotor é objetiva relativamente aos auxiliares (artista, empresa de som, luz etc.), sendo o promotor o único a ser responsabilizado perante o público pelos atos praticados por aqueles. Quanto ao (bom) momento da prestação prevista no 406.º/1 do CC torna-se premente fazer uma maior ponderação entre a expetativa que o público tem e aquilo que efectivamente o público assistiu.

Há alguns ventos que tendem alargar o âmbito do art.º 493.º/2 do CC com a introdução de nova definição de *atividades perigosas*, sendo insuficiente a proteção que ainda se mantém pelo público.

[74] Responsabilidade Civi", *In* "Themis", Edição Especial 2008, Almedina, Coimbra 2008, pág. 308. Ainda na esteira desta doutrina, conclui ainda que tal excecionalidade deveria ser eliminada.

Não sabemos se o caminho *mais certeiro* será o de tipificar a promoção de espetáculos como tratando-se de uma atividade de *risco* (risco autónomo), reconhecendo-se a responsabilidade objetiva como via principal e não como excecional, criando uma cláusula geral que, analogamente ao que os nossos irmãos brasileiros vêm fazendo, dando-se assim maior relevância e cumprimento à maior eficácia do ressarcimento dos lesados.

Cremos que o legislador não pode (deve) baixar os braços, mas o inverso, prevenindo situações futuras, a reparação efetiva aos lesados (público) no sentido de colmatar este (ainda) vazio nacional não caindo na tentação de aguardar "novas" desgraças para regulamentar/legislar.■

> *"É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota." (Theodore Roosevelt).*

Bibliografia

ASCENSÃO, Oliveira, Direito Civil Teoria Geral, Vol. III, Coimbra Editora, 2002.

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 1958

BORGES, Francisco Menezes, *Responsabilidade Civil nos Contratos de Espetáculo,* WKP, 2015.

CAMPOS, Fernando Reglero, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 3ª Edição, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

CORDEIRO, MENEZES*, Direitos Reais,* Reimpressão, Editora LEX, Lisboa, 1979.

FARIA, Ribeiro, "Responsabilidade Civil", Sep. do Boletim do Ministério da Justiça nº 85, Lisboa, 1959.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, «Esboço esquemático sobre a responsabilidade civil de acordo com as regras do Código Civil», in Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho, Braga/Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

GOUVEIA, Cardoso de, *Da responsabilidade contratual*, Edição de Autor, Lisboa. 1932.

PAGE, Henri de, *Traité Elementaire de Droit Civil Belg*e Tomo II, 3ª Edição, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1964.

PUSCHEL, Flavia Portella, Revista Direito GV", Vol. I nº1, Fundação Getulio Vargas Maio, 2005.

LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2ª Edição, Almedina, Coimbra 2003.

LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações - Apontamentos*, 2ª Edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2004

MOTA PINTO, *Carlos Alberto da Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, «Rudimentos da responsabilidade civil», Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano II – 2005.

PORTO, Margarida, *A participação de menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária,* Almeida, Coimbra, 2010.

SERRA, Vaz*, Responsabilidade do Devedor Pelos Factos dos Auxiliares, dos Representantes Legais ou dos Substitutos*, Separata do "Boletim do Ministério da Justiça", nº 72, Lisboa, 1958.

VARELA, Antunes, Direito das Obrigações, vol. II, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997.

XAVIER, António, *As leis dos espetáculos e direitos autorais,* Almedina, Coimbra, 2002.

Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, Vol. I, Academia de Ciências de Lisboa, Editorial Verbo, 2001, pág. 1532.

Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira, Vol. X, Editorial Enciclopédia, Lda., Lisboa, Rio de Janeiro, Texto inicial, volumes 1 a 37, editados entre 1935 e 1957, pág. 228.

BERALDO, Leonardo de Faria, *A Responsabilidade Civil Objectiva em Decorrência das Atividades Perigosas* (Parágrafo Único do 927º do Código Civil) e Alguns Apontamentos do Direito Comparado".

PAIVA, Marina, *Os Limites do Risco na Atividade de Promoção de Espetáculos Populares, Artísticos e Esportivos de Grande Porte*, disponível na página de http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33772-44085-1-PB.pdf

Comentário ao Acórdão STA, 12-12-2006

(IN)OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DA DECISÃO QUE APLICA A COIMA NOS TERMOS DO ART.º 79.º *B)* E *C)* RGIT

Filipa Moreira Azevedo
Advogada e Mestre em Direito

Resumo: O presente texto tem como primordial desiderato diagnosticar os requisitos substanciais que devem figurar na decisão de aplicação da coima e subsequentemente analisar as questões problemáticas suscitadas pela sua ausência ou insuficiência, nomeadamente, no caso de a coima ser fixada no limite mínimo abstratamente aplicável ou num valor muito próximo deste limite, eximir ou não o decisor de dar cumprimento às exigências plasmadas nas alíneas b) e c) do art.º 79.º do RGIT.

Introdução

O tema objeto do presente estudo foi alcançando relevância e granjeando a atenção da doutrina e da jurisprudência, dada a incessante e massiva torrente de processos contraordenacionais fiscais que invadem os serviços da Autoridade Tributária. Por via disso, começou a sentir-se necessidade de desburocratização do sistema, tornando-o mais célere, conducente a uma certa estandardização dos processos contraordenacionais, concretamente no que respeita às decisões que aplicam coimas e ao cumprimento dos seus requisitos.

Dessarte, findada a breve incursão pelo acórdão objeto do presente estudo – enquadramento legal, bem como o posicionamento arrogado pelo Tribunal; procedeu-se ao seu comentário entrelaçando conceitos chave e arrolando os requisitos da decisão que aplica a coima, precisamente as alíneas b) e c) e a sua "arrumação" no art.º 79.º do RGIT, fazendo-se alusão à doutrina e

jurisprudência, tecendo, ao longo do mesmo, considerandos de compleição crítica.

1. Breve incursão ao acórdão em análise - enquadramento legal

O acórdão do STA que nos propomos analisar foi proferido em 12/12/2006, e teve por objeto um recurso interposto pelo MP, com a finalidade de revogar a sentença proferida pelo TAF de Coimbra, por considerar que estavam preenchidos os requisitos consagrados no art.º 79.º do RGIT, essencialmente, as suas alíneas b) e c), e por via disso a decisão que aplica a coima[1] estava conforme o Direito, não merecendo qualquer reparo e não constituindo nulidade insuprível, de acordo com o art.º 63.º, al.ª d) do RGIT.

Ora, a questão primordial que aí foi altercada reside na (in)observância de requisitos que devem compor a decisão que aplica a coima, catalogados no art.º 79.º do RGIT. Fazendo referência concretamente à descrição sumária dos factos e à indicação das normas violadas e punitivas, como requisito *sine qua non,* porque garante o direito de defesa do arguido. Sem esse requisito não é permitido ao arguido o conhecimento da factualidade objeto de imputação e os preceitos legais infringidos, os quais envolvem essa mesma factualidade, impedindo o exercício do seu direito de defesa. É o próprio acórdão a acrescentar que a observância dos requisitos previstos no normativo legal supramencionado ocorre quando as informações encerradas na decisão são razoáveis para assegurar ao arguido o exercício efetivo do direito de defesa.

Portanto, fundamentalmente o acórdão em apreço tinha como desígnio apreciar a conformação dos requisitos contidos no art.º 79.º do RGIT.

Na verdade, fazendo uma incursão pelo acórdão, pode verificar-se que a contenda prendia-se fundamentalmente com a falta de pagamento do imposto sobre o valor acrescentado por parte de uma sociedade à Autoridade Tributária. Dessa forma, o auto de notícia datado de 19/11/2002 salientou que a sociedade

[1] Consiste numa sanção por infração contraordenacional, distinguindo-se do tributo.

A não havia liquidado o imposto sobre valor acrescentado de março de 2002, tendo-se vencido o seu pagamento em 15/05/2002. Para tanto, indicou como normas infringidas as do art.º 40.º, nº 1, al.ª b) e art.º 26.º do CIVA e como normas punitivas as do art.º 114.º, n.º 2 e 26.º, n.º 4 do RGIT.

Posteriormente, em 27/09/2003, é proferida a decisão que aplica a coima pelo facto da sociedade A, vir indiciada no auto de notícia da prática de um ilícito, passando a descrever o mesmo: «sendo o contribuinte de Imposto s/ Valor Acrescentado, pelo exercício da actividade de Construção de Edifícios, enquadrado no regime de tributação normal trimestral, estava obrigado ao envio de declaração periódica ao Serviço de Administração do IVA, acompanhada do respectivo meio de pagamento de imposto apurado nos termos do disposto nos artigos 19.º a 25.º e 71.º do CIVA, até ao dia 15 do mês seguinte ao trimestre, conforme determinado nos arts. 28.º, al.ª c), 26.º, n.º 1 e 40.º, n.º 1, al.ª a) ou b) do citado diploma legal. Contudo, relativamente ao período de 02.03T a arguida não efectuou o pagamento do imposto devido no valor de 51.133,82 €.

Tal facto constitui infracção ao disposto no art.º 26.º, n.º 1 do CIVA, punível pelo art.º 29.º números 2 e 9 do RJIFNA a que corresponde actualmente o art.º 114.º do RGIT. Considerando os factos descritos e o seu enquadramento legal, baseando-me nos elementos constantes do auto de notícia e nos elementos instrutórios, considerando ainda que tal infracção é imputável à arguida a título de negligência e que o imposto em causa não se encontra pago, fixo a coima pela infracção descrita, nos termos do disposto no art.º 29.º do RJIFNA, por ser em concreto o regime mais favorável à arguida (...)».

Nessa sequência, insatisfeita com a decisão que aplica a coima, a arguida recorre da mesma para o TAF de Coimbra, alegando para o efeito a violação do art.º 79.º alíneas b) e c) do RGIT.

Isto posto, o TAF de Coimbra veio conceder provimento ao recurso, declarando nula a decisão que aplica a coima, e decidindo que a descrição sumária dos factos ainda que sintética, não pode ser genérica, fazendo uma mera remissão para o auto de notícia.

Desta feita, foi a vez do MP não se conformar com a decisão proferida pelo TAF, e recorrer para o STA, propugnando pela validade da decisão de aplicação da coima, a qual não enferma de qualquer vício, tendo observando os pressupostos relacionados no art.º 79.º do RGIT.

1.1. Posição arrogada pelo aresto

O Supremo Tribunal Administrativo começa por enunciar dois dos requisitos da decisão que aplica a coima, enumerados no art.º 79.º do RGIT, as alíneas b) e c), indispensáveis à efetivação do direito de defesa do arguido. É através do conhecimento desses componentes que o arguido consegue organizar a sua defesa. Caso contrário, a decisão enferma do vício de nulidade insuprível, nos termos do art.º 63.º, al.ª d) do RGIT.

Preludiando a decomposição dos dois requisitos citados, o Tribunal pronuncia-se primeiramente quanto à descrição sumária dos factos e indicação das normas violadas e punitivas, aludindo a finalidade desse requisito: "[...] informar o arguido da conduta, por si praticada, que preenche o tipo contraordenacional. Pelo que, se tal informação for prestada, o requisito dá-se por preenchido". Ou então quando as informações prescritas na decisão se assumem como satisfatórias para facultar ao arguido a possibilidade de exercer o seu direito de defesa. Mais, *in concreto*, aduz o acórdão que foi perfeitamente observado esse requisito, pois consta da decisão que aplica a coima toda a factualidade, objeto de imputação ao arguido e o seu contexto jurídico, tomando por base os elementos contidos no auto de notícia.

Num segundo momento o acórdão reporta-se à indicação dos elementos que contribuíram para a fixação da coima, nos termos do art.º 79.º, al.ª c) do RGIT, por referência ao art.º 27.º do RGIT. Logo, tal propõe-se munir o arguido das informações imprescindíveis à planificação da sua defesa, habilitando-o a contrapor a existência e valoração dos elementos *in casu* observados tendentes à refutação e até minoração do montante da coima que lhe foi aplicada. À vista disso, no caso em apreço, a moldura da sanção abstratamente aplicável à arguida oscilava entre €10.226,76 e €51.133,82. E a

que foi objetivamente aplicada situa-se nos €10.300. Destarte, o Tribunal defende que o direito de defesa do arguido também aqui não é violado, já que lhe foi aplicada concretamente uma coima de valor próximo ao limite mínimo, porquanto perde o efeito útil a observância do requisito relativo à indicação dos elementos que concorreram para a fixação da coima, porque o arguido não vai poder reduzir o seu valor. Desse jeito, a decisão não merece qualquer censura, porque não enferma de nulidade insanável, mas sim de mera irregularidade, nos termos dos artigos 118.º, n.º 1 e 123.º do CPP. Acordando dar provimento ao recurso e por consequência revogar a sentença recorrida.

2. O acórdão em comentário

Realizando uma leitura simplista dos três primeiros pontos do sumário do acórdão e por conseguinte procedendo a uma análise imediatista do mesmo, parece-nos nada haver a assinalar.

Ainda assim, após dissecar o quarto ponto do seu sumário e a fundamentação do aresto apraz-nos tecer algumas considerações a esse propósito, em virtude da configuração que o Tribunal deu ao caso partir de um prisma diferente daquele que concebemos e que parece resultar da Lei.

Deveras, o ilustre autor CASALTA NABAIS enuncia as fases do processo contraordenacional num esquema tridimensional: fase da instrução do processo – a notícia da infração; a fase administrativa de aplicação de coimas e por fim a fase judicial[2]. Na fase administrativa de aplicação de coimas, insere-se a decisão, a qual nasce depois de concluída a fase de investigação ou instrução – produção de prova, sem ter ocorrido o pagamento antecipado da coima ou pagamento voluntário nos termos do art.º 78.º do RGIT. Neste sentido, a decisão submete-se materialmente aos requisitos dos artigos 24.º a 28.º e formalmente aos do art.º 79.º do RGIT.

JOÃO RICARDO CATARINO & VASCO BRANCO GUIMARÃES salientam "[...] no entanto, tem entendido a jurisprudência que não basta a fixação concreta da

[2] Cfr. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 445 e 446.

coima, sendo necessário que se possa aferir qual o percurso cognitivo utilizado pelo seu autor para chegar até à decisão final"[3].

Partilhamos do parecer de JORGE LOPES DE SOUSA & MANUEL SIMAS SANTOS quando asseveram que os requisitos plasmados nos preceitos legais supramencionados propõem-se "[...] assegurar ao arguido a possibilidade do exercício efectivo dos seus direitos de defesa, que só poderá existir com um conhecimento perfeito dos factos que lhe são imputados, das normas legais em que se enquadram e condições em que pode impugnar judicialmente aquela decisão"[4]. Os requisitos legais que devem compor a decisão de aplicação de coima[5] assumem uma particular dimensão dado que a sua preterição ou insuficiência conduzem ao vício de nulidade insuprível, nos termos do art.º 63.º, n.º 1[6] al.ª d) do RGIT, e consequentemente à anulação dos termos ulteriores do processo. De realçar que a nulidade pode ser conhecida *ex officio* e pode ser arguida até que a decisão se torne definitiva, isto é, transite em julgado, conforme vaticinado no art.º 63.º, n.º 5 do RGIT. Neste segmento invoca-se o ilustre autor LUIZ CABRAL DE MONCADA "A nulidade é um desvalor do acto administrativo e seguramente o mais polémico"[7]. Acrescentando ainda que "[...]

---

[3] JOÃO RICARDO CATARINO & VASCO BRANCO GUIMARÃES, *Lições de Fiscalidade – Volume I – Princípios gerais e fiscalidade interna,* 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 587. Os autores invocam, neste seguimento, o Ac. do TCAS de 17/10/2013, proc. n.º 06925/13, Relator Joaquim Condesso, disponível no endereço eletrónico: *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-04].

[4] JORGE LOPES DE SOUSA & MANUEL SIMAS SANTOS, *Regime Geral das Infrações Tributárias - Anotado*, 4ª edição, Lisboa, Áreas Editora, 2010, p. 517.

[5] Cfr. art.º 79.º, n.º 1 do RGIT: "A decisão que aplica a coima contém: a) A identificação do infrator e eventuais comparticipantes; b) A descrição sumária dos factos e indicação das normas violadas e punitivas; c) A coima e sanções acessórias, com indicação dos elementos que contribuíram para a sua fixação; d) A indicação de que vigora o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, sem prejuízo da possibilidade de agravamento da coima, sempre que a situação económica e financeira do infrator tiver entretanto melhorado de forma sensível; e) A indicação do destino das mercadorias apreendidas; f) A condenação em custas".

[6] Esse artigo elenca as várias situações que conduzem a nulidades insupríveis no processo de contraordenação tributário, já que as nulidades têm de estar previamente demarcadas por lei (*pas de nullité sans texte*).

[7] *Vide* LUIZ CABRAL DE MONCADA, «A nulidade do acto administrativo», in *Jurismat*, n.º 2, Portimão, 2013, p. 117.

a nulidade resulta de uma especial gravidade dos vícios do acto praticado, a tal ponto que a ordem jurídica não pode tolerar que lhe sejam imputáveis quaisquer efeitos, mesmo que provisórios. O princípio da legalidade da actividade administrativa prevalece em absoluto sobre quaisquer outras considerações [...]"[8].

É manifesto que do acórdão poderão extrair-se estas conclusões. Todavia, a dificuldade inicia-se, a nosso ver, quando se pretende dar dimensão aos requisitos da decisão que aplica a coima e à interpretação que se alvitra para as disposições legais art.º 27.º, n.º 1 e 79.º, alíneas b) e c) do RGIT[9]. Ademais, o art.º 79.º, al.ª b) refere-se à descrição sumária dos factos e indicação das normas violadas e punitivas.

Depreende-se desse normativo legal, que a descrição dos factos, ainda que abreviada, não se basta com alusões abstratas, imprecisas e obscuras, ou com uma mera referência ao preceito legal que contempla a contraordenação. O legislador ordena a descrição das ações ou omissões observadas pelo arguido, bem como a menção ao elemento temporal e espacial. Além disso, deve ainda figurar na decisão o valor do tributo devido e a data de vencimento da obrigação, para assim se conseguir demarcar o momento da prática da infração[10].

Pois bem, observando o auto de notícia o qual refere: "[...] considerando os factos descritos e o seu enquadramento legal, baseando-me nos elementos constantes do auto de notícia e nos elementos instrutórios [...]", parece não estar preenchido o requisito prescrito na al.ª b) do art.º 79.º do RGIT. Primeiramente, porque na decisão devem figurar os pressupostos que nortearam a condenação, pelo que se defende ser escassa a singela remissão para o auto de

---

[8] *Idem, Ibidem*, pp. 120 e 121; E ainda AMÉLIA AUGUSTO VARELA, *A Invalidade do acto administrativo",* Lisboa, FDL, 2000/2001, pp. 23 e 24, "[...] ao considerarmos a nulidade estamos perante a mais pesada de todas as sanções com que a lei atinge atos ilegais [...]".

[9] VOLTAIRE, célebre filósofo francês dizia: "Que toda a lei seja clara, uniforme e precisa; interpretá-la é quase sempre, corrompê-la".

[10] Cfr. art.º 5.º do RGIT.

notícia, onde figuram os factos constitutivos da infração[11]. Dessarte, o acórdão faz crer que o requisito foi preenchido ao acrescentar "O que, no caso dos autos, se verifica pois apesar de o sujeito passivo "vir indiciado", são pormenorizadamente descritos os factos que lhe são imputados – falta de pagamento do IVA no período 02.03.T".

Note-se que PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, assevera que "o critério da decisão administrativa é o da certeza para além da dúvida razoável, uma vez que o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH é aplicável ao processo contraordenacional [...] Nas palavras certeiras de COSTA PINTO "a decisão da autoridade administrativa [...] tem de valorar a prova para além desses meros indícios e ultrapassar a fronteira da dúvida razoável sobre os factos"[...]"[12]. O *ratio* deste entendimento assenta na aplicação do princípio da presunção da inocência do arguido, plasmado no art.º 6.º, n.º 2 da CEDH[13], na esfera contraordenacional. Na mesma direção, é nosso entender que a descrição sumária dos factos não se esgota na mera invocação da falta de pagamento do tributo e a data da prática da infração. Vai para além dessa enunciação. Salvo o devido respeito, não se compreende o alcance da palavra "pormenorizadamente" aludida no acórdão e em seguida a invocação de dois factos apenas. De resto, não se encontra na lei a referência à possibilidade de ser

[11] Nesta perspetiva *vd.* JORGE LOPES DE SOUSA & MANUEL SIMAS SANTOS, *Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado*, *ob. cit.*, pp. 528-530, nota 2. Na mesma senda consultar Ac. do TCAS de 19/10/2004, proc. n.º 00252/04, Relator Joaquim Pereira Gameiro; Ac. STA de 18/01/2006, proc. n.º 0449/05, Relator Baeta de Queiroz; Ac. do STA de 28/06/2006, proc. n.º 0144/06, Relator Costa Reis; Ac. do STA de 20/12/2006, proc. n.º 0979/06, Relator Baeta de Queiroz; Ac. do STA de 18/02/2009, proc. n.º 01120/08, Relator Jorge de Sousa; Ac. do STA de 08/07/2009, proc. n.º 0361/09, Relator Miranda de Pacheco; Ac. do STA de 16/09/2009, proc. nº 0540/09, Relator Miranda de Pacheco; Ac. de 18/11/2009, proc. n.º 0593/09, Relator Pimenta do Vale; Ac. do STA de 25/11/2009, proc. n.º 0624/09, Relator Pimenta do Vale; Ac. STA de 11/05/2011, proc. n.º 0209/11, Relator Joaquim Pereira Gameiro; Ac. do TCAS de 17/10/2013, proc. n.º 06925/13, Relator Joaquim Condesso. Perceção contrária tem nomeadamente, o Ac. do TRL de 23/05/2006, proc. n.º 1661/2006-5, Relatora Margarida Blasco. Todos os arestos disponíveis no endereço eletrónico: *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-05].

[12] PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Gral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem,* Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 237 e 238, nota 2.

[13] "Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada" (*in dubio pro reo*).

admissível a remissão da decisão que aplica a coima para o auto de notícia. No nosso ponto de vista, tal só poderá traduzir que o legislador quis claramente estabelecer uma fronteira temporal entre o momento da autuação e o da decisão, e também subjetiva de quem é o autuante e de quem posteriormente vem proferir decisão de aplicação de coima, não existindo uma propositada correspondência entre ambos, tal como sucede em sede processual penal[14].

Para mais, o acórdão faz alusão num segundo momento ao art.º 79.º, al.ª c) o qual reclama a indicação da coima e sanções acessórias e dos elementos que contribuíram para a sua fixação. Considera-se que este requisito está umbilicalmente ligado à fundamentação da decisão[15], desdobrando-se a mesma nos fundamentos de facto e de direito, sob pena de nulidade insuprível, nos termos do art.º 63.º, al.ª d) do RGIT. Mas será sempre assim? A que tipo de fundamentação alude a lei? Mais à frente tentaremos responder a estas questões.

Para já cumpre-nos referir que o art.º 27.º do RGIT prevê um cardápio de requisitos para a determinação da medida da coima e sua graduação que necessariamente irão conduzir ao ato decisório de aplicação de coima, deverão ter-se em consideração parâmetros legais como a gravidade do facto, a culpa do agente, a situação económica, sempre que possível exceder o benefício que o agente retirou do cometimento da infração, o tempo decorrido desde a data em que o facto deveria ter sido praticado[16]. Ora, será esse catálogo taxativo, cumulativo ou até exemplificativo? Parece que é de excluir a taxatividade do mesmo e o seu caráter cumulativo. Em nosso entender é tendencialmente exemplificativo[17], pois que outros elementos podem ser levados em linha de conta para a tomada de decisão que aplica a coima. De mais a mais, não têm de se verificar cumulativamente, é suficiente que se verifiquem apenas alguns deles.

---

[14] Cfr. art.º 243.º do CPP.

[15] *Vd.* art.º 58.º, al.ª c) do RGCO.

[16] Cfr. art.º 27.º do RGIT.

[17] Neste seguimento *vd.* Ac. do TCAS de 11/07/2007, proc. n.º 01800/07, Relator Eugénio Sequeira, disponível no endereço eletrónico: *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-06].

Outrossim, é inevitável a gravidade do facto não influir a determinação da medida da coima, bem como a culpabilidade do agente[18]. Secundamos a este propósito o pensamento de TIAGO LOPES DE AZEVEDO, segundo o qual a culpa tem sempre de ser aferida. Devendo o dolo ou negligência estarem descritos no auto contraordenacional e na decisão que aplica a coima, fazendo-se uma imputação subjetiva e objetiva. Como é referido por SOARES MARTINEZ "A coima aplicada há-de sê-lo em função da gravidade objetiva e subjetiva da contra-ordenação, atendendo-se designadamente, ao valor do imposto [...] ao prejuízo efectivo, a ocultações ou tentativas de suborno que tinham tido lugar, a qualquer especial dever que o arguido tenha infringido, ao caráter acidental ou frequente da ilicitude, à situação económica do arguido e a quaisquer outras circunstâncias das quais se possa inferir a culpa do agente [...]"[19].

Voltando às questões a que fizemos referência acima, as respostas possíveis não se encontram imunizadas de complexidades! Todo o processo de preparação da decisão encerra alguma complexidade, dado que se alicerça numa construção teórica, ponderativa e reflexiva. Na esteira de SÉRGIO POÇAS, "[...]decidir é tudo no processo, na medida em que é na decisão e só na decisão que tudo se decide"[20]. Certo é que o conteúdo inserto na decisão tem de ser inteligível, por forma a que as pessoas a quem se destina compreendam o seu alcance. E não menos importante, possibilitar a monitorização pelas instâncias de recurso[21]. Destarte, conclui-se que a fundamentação consiste num ato de clareza, lisura e exatidão. Na convicção de SÉRGIO POÇAS, o decisor fundamenta "[...] após séria

[18] *Nulla poena sine culpa.* Citando as sábias palavras de MORILLO MÉNDEZ, *Las sanciones tributarias de la teoria penal a la practica administrativa*, Valentia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 78, a culpabilidade está aliada a "[...] um elemento que relaciona o sujeito activo com a proibição legal, de modo que aquele tenha capacidade cognoscitiva motivadora, conhecimento geral do injusto e não exigibilidade de outra conduta".

[19] SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal,* 8ª edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 1996, pp. 463 e 464.

[20] SÉRGIO POÇAS, «Da sentença penal – fundamentação de facto», in *Julgar*, n.º 3, setembro-dezembro, 2007.

[21] Neste sentido, cfr. JOSÉ MOURAZ LOPES, «Gestão processual: tópicos para um incremento da qualidade da decisão judicial», in *Julgar,* n.º 10, janeiro-abril, 2010.

e serena reflexão", para tal, "[...] elabora um texto claro enxuto, conciso e completo [...] onde em discurso argumentado – para ser convincente – expondo-se, expõe a decisão e as suas razões"[22]. Adotando a lição de MOURAZ LOPES fundamentar uma decisão é revelar as motivações corroborantes da posição desenhada, aduzindo argumentos[23].

Recordemos as palavras de FRANCESCO IACOVELLO, "[...] julga-se para se decidir, após o que se justifica o que se decidiu"[24]. Posteriormente à escolha do caminho a trilhar terão de se aduzir todos os considerandos que nortearam esse processo decisório, pelo que todas as premissas abraçadas pelo decisor deverão ser harmoniosas, coesas e congruentes.

No entanto, a torrente de processos contraordenacionais que inunda os serviços de finanças é tão extensa que reclama inevitavelmente por uma simplificação procedimental no momento da emissão do ato decisório. Obviamente, que não pode ser dispensável a fundamentação, como garante do direito de defesa do arguido, mas *lato sensu* tem-se entendido que não terá de ser tão minuciosa quando comparada com a exigível em sede penal[25].

E também no que a este requisito diz respeito, o aresto pronuncia-se pela sua não preterição. Isto porque, arrazoa o Tribunal se se aplicar a coima mínima ou próxima do limite mínimo, não se justificará a menção dos elementos nos quais se escorou a fixação da coima e por via disso é dispensável fundamentação,

---

[22] SÉRGIO POÇAS, «Da sentença penal – fundamentação de facto», *ob. cit.,* p. 23, nota 5.

[23] JOSÉ MOURAZ LOPES, «Gestão processual: tópicos para um incremento da qualidade da decisão judicial», *ob. cit.,* p. 139, nota 4.

[24] FRANCESCO IACOVELLO, *Motivazione della sentença penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffré, 1997, p. 750.

[25] Na mesma direção, *vd*. Ac. do TRL de 23/05/2006, proc. n.º 1661/2006-5, Relatora Margarida Blasco, disponível no endereço eletrónico: *www.dgsi.pt,* [consult. 2018-03-05], "A lei não define qual o âmbito ou rigor de fundamentação que deve presidir à decisão administrativa de condenação. Em todo o caso, face à especialidade processual da contra-ordenação, conforme vasta jurisprudência, não se impõe aqui uma fundamentação com o formalismo e rigor que se exige na elaboração de uma sentença judicial, observando-se o art.º 374.º, n.º 2 do CPP". A este respeito, perfilha-se em parte esta tese, na medida em que o legislador não se refere expressamente à medida quantitativa e qualitativa da fundamentação em matéria contraordenacional.

pois que o direito de defesa do arguido não é ferido, já que o mesmo não pode pugnar pela redução do valor[26]. Mas, o que se pode considerar como próximo ao limite mínimo? É outra questão não esclarecida no acórdão. Estribando-se numa teoria puramente subjetivista do julgador.

Sublinhe-se, porém que a fundamentação das decisões assume uma dupla relevância já que é coincidentemente um direito do contribuinte e um dever da administração, nos termos dos art.º 77.º da LGT e art.º 268.º, n.º 3 da CRP[27].

Nada obstante, no caso *sub judice*, o acórdão exclui totalmente a indicação dos elementos que serviram de base à fixação da coima. Já nem se trata do maior ou menor grau de fundamentação, mas sim da sua absoluta omissão[28]. E é essa, na nossa opinião, a maior vicissitude detetada neste acórdão.

Porquanto, sempre se dirá que é arriscado e até pernicioso afirmarmos com absoluta perentoriedade que é desnecessária a invocação desses elementos, ainda que ao arguido tenha sido aplicada penalidade próxima do seu limite mínimo. Claro que se defende que o *quantum* da fundamentação deve ser medido e norteado pelo princípio da proporcionalidade e por critérios de razoabilidade, mas nunca excluído. Isto é, a fundamentação da decisão, unida aos elementos que contribuíram para a fixação da coima, forçam a Autoridade Administrativa "[...] a uma maior ponderação, ínsita na necessidade de racionalização do processo lógico e valorativo que conduziu a essa fixação, e assegura a

---

[26] Neste sentido *vd.* Ac. do STA de 02/11/2006, proc. n.º 0435/06, Relator Costa Reis; Ac. do STA de 07/11/2007, proc. n.º 0814/07, Relator António Calhau; Ac. do STA de 10/01/2010, proc. n.º 01037/09, Relator Dulce Neto. Disponíveis no endereço eletrónico: *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-06].

[27] Perseguindo a orientação de GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 935, nota v, "Os cidadãos têm direito à fundamentação expressa dos actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos. A fundamentação é aqui entendida não só como motivação, traduzida na indicação das razões que estão na base da escolha operada pela Administração, mas também como justificação, traduzida na exposição dos pressupostos de facto e de direito que conduziram à decisão tomada".

[28] Cfr. Ac. do STA de 07/10/2015, proc. n.º 0218/15, Relatora Isabel Marques da Silva, disponível no endereço eletrónico: *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-07].

transparência da actuação administrativa, para além de facilitar o controlo judicial, se a decisão for impugnada.[...]"[29].

ANTÓNIO LEONES DANTAS aclama "[...] nos dias de hoje, o direito das contra-ordenações está sujeito a novos desafios que poderão induzir alterações significativas neste sistema sancionatório [...] com a redução da eficácia desta e a lesão dos direitos dos cidadãos [...]"[30].

Supomos que as motivações que subjazem ao acórdão serão essencialmente de três ordens de razão: celeridade, economia processual e conveniência processual. No caso em apreço, o acórdão exalta "aquela exigência legal perde o seu significado essencial: o arguido não tem necessidade de conhecer os elementos que contribuíram para a fixação da coima pois não pode diminuir o seu valor, já que este constitui o limite mínimo abstractamente aplicável". Será plausível aceitar que preceitos legais e constitucionais se curvem perante raciocínios puramente economicistas, reduzindo as formalidades dos atos, por forma a chegar-se ao termo do processo o mais rápido quanto possível?

Reproduzimos aqui as palavras de TIAGO LOPES DE AZEVEDO "[...] pensamos que a celeridade não deve colocar em causa as garantias dos agentes sancionados [...]"[31].

Então, a celeridade processual não representa a finalidade do processo, mas tão-só um critério orientador.

Por outro lado, as decisões devem honrar os princípios da congruência, suficiência e clareza. Se por um lado, a suficiência reside no facto da fundamentação se dever estirar a todos os elementos elegidos pela Autoridade Tributária, de forma a restaurar-se o silogismo lógico e legal do procedimento

---

[29] *Vide* Ac. do STA de 22/02/2006, proc. n.º 0834/05, Relator Pimenta do Vale, disponível no endereço eletrónico: *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-07].

[30] *Apud* TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: prolemas, críticas e sugestões práticas*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 253.

[31] TIAGO LOPES DE AZEVEDO, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: prolemas, críticas e sugestões práticas*, *ob. cit.*, p. 256.

que concluiu com a decisão, por outro a clareza traduz-se na ausência de ambiguidades e obscuridades. Por fim, o princípio da congruência postula a conformidade entre os pressupostos normativos do ato e os motivos do mesmo.

Acresce que, na mesma senda TIAGO LOPES DE AZEVEDO afirma a existência de um enorme distanciamento entre a medida mínima e a medida máxima da coima. "[...] em termos práticos, existindo a referida amplitude excessiva, a autoridade administrativa fica com um poder demasiado amplo quanto à definição da sanção, levando a um progressivo afastamento do princípio da legalidade na ação da administração, beneficiando o aparecimento de indesejáveis critérios de oportunidade [...]"[32].

De resto, cada vez com maior intensidade, se escutam vozes, no sentido de avalizar que as molduras abstratas das coimas quando cotejadas com as das penas de multa (em sede penal) são por vezes muito mais penalizantes para o arguido[33]. Também é discutível a descomunal amplitude entre a medida mínima e máxima da coima, aliada à possibilidade do decisor não indicar os elementos que concorreram para fixar a coima concretamente aplicada, abrem portas a uma colossal fissura nos direitos que assistem ao arguido. Logo, *in casu*, será de considerar que a decisão que aplica a coima no montante de €10.300, apesar de próximo do limite mínimo da coima abstratamente aplicável, não coincide realmente com o mínimo da coima[34] que era de €10.226,76, não poderia nunca

[32] *Idem, Ibidem*, pp. 91 e 92.

[33] Se em sede penal independentemente da pena concreta aplicável, ainda que mínima (por ex. €400), o arguido tem o direito de conhecer quais os elementos que guiaram a fixação da mesma, porque não abraçar o mesmo entendimento quando em sede contraordenacional ao arguido é aplicada uma coima de €10.300? Parece-nos que isso em nada colide com a ideia vaticinada de no processo contraordenacional se exigir um menor grau de fundamentação. Agora, não podemos acolher o juízo de total ausência de fundamentação e muito menos que tal dependa da vontade do decisor.

[34] Na mesma vereda, Ac. do STA de 22/02/2006, proc. n.º 0834/05, Relator Pimenta do Vale, disponível no endereço eletrónico: *www.dgsi.pt*, [consult. 2018-03-08], "Constata-se que o montante de 10.000 euros em que a coima foi fixada, embora próximo do limite mínimo da coima abstractamente aplicável, não corresponde ao mínimo da coima, que era de 9.470,93 euros".

escusar a invocação dos elementos que sustentaram a fixação da coima, exatamente por quebrar o estatuído no art.º 79.º, al.ª c)? Acreditamos que sim.

Escrutinando a razão de ser do envolvimento na decisão de todos os elementos significativos para a aplicação da coima é que o arguido possa acautelar a sua defesa, sem que para tal tenha de se deslocar aos serviços da Autoridade Tributária para analisar o respetivo processo. Solevam-se neste âmbito motivações de ordem constitucional, mormente quanto à notificação de atos lesivos e à sua fundamentação expressa e facilmente atingível o direito à informação e quanto à garantia do direito à defesa.

Se assim é, a nulidade insuprível deverá estar reservada para casos extremos, como falta ou insuficiência de fundamentação grosseira ou manifesta, pois considera-se que no caso oposto contrariaria os princípios que constituem a espinha dorsal do processo administrativo (eficiência do ato administrativo e celeridade). Essa falta manifesta, viola o princípio do direito de defesa do arguido, o qual reveste dignidade constitucional[35], só podendo redundar numa nulidade insuprível do processo contraordenacional, tal como preceitua o art.º 63.º, al.ª d) do RGIT.

Consideramos que o caso em reflexão patenteia uma nulidade insuprível e não uma mera irregularidade como defende o acórdão.

Conclusão

No fundo, o que se procurou manifestar ao longo destas páginas é que a compreensão da lógica do sistema contraodenacional como mais simplista, menos burocratizado e por via disso de cariz mais célere, não pode servir para acobertar a violação de preceitos legais e constitucionais que pretendem proteger bens jurídicos essenciais como o da defesa do arguido e o seu direito à informação.

[35] Cfr. art.º 32.º, n.º 10 da CRP.

Estamos convictos da existência de determinados formalismos que não podem ser suplantados na tomada da decisão que aplica a coima, independentemente do montante da coima ser fixado no limite próximo ao mínimo legal, ao contrário do que faz ressaltar o acórdão, sob pena de se cair na arbitrariedade/discricionariedade. O facto de o decisor a seu bel-prazer optar por fazer ou não menção aos elementos que contribuem para a fixação da coima seria deformador do sistema. Parece-nos líquido e transparente a obrigação legal de cumprimento de todos os requisitos plasmados no art.º 79.º do RGIT. O arguido tem o direito de conhecer os elementos valorados para fixação da coima. Ainda que se considere que o grau de fundamentação não é tão solene no âmbito contraordenacional, como o é em sede penal, também não é menos verdade, que o arguido terá o direito de conhecer os elementos nos quais se firma a decisão. Não se concebe, por isso, que o critério norteador da indicação ou não dos elementos da fixação da coima seja o do montante da mesma. Aliás, o art.º 79.º, al.ª c) do RGIT não faz depender da medida da coima que vai ser aplicada a enunciação ou não dos elementos que conduziram à sua fixação. O legislador tão-só enumera os vários componentes do menu, independentemente do montante que vai ser apurado pelo decisor. O acórdão em apreciação parte inquestionavelmente de uma visão desintrincada do sistema, a qual não é necessariamente pérfida, a não ser quando defrontada com direitos fundamentais dos cidadãos, os quais não podem ser segundo o nosso ponto de vista derrogados, por imperativos que reclamam menor proteção. Almeja-se, outrossim, que os preceitos legais e constitucionais, bem como o bom senso iluminem e inspirem o caminho do decisor. Por todo o exposto, julgamos mesmo que algum nível de flexibilidade é imperioso à concretização da justiça, mas sem atropelar direitos e princípios os quais formam o esqueleto do Estado de Direito Democrático.

Citando THOMAS JEFFERSON "A aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração". ■

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA. VV., *Colectânea Tributária Anotada 2013,* 2ª edição, Lisboa, PWC/Texto Editora, 2013.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Regime Gral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem,* Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

AZEVEDO, Tiago Lopes de, *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas,* 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

CANOTILHO, Gomes J.J. & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 3ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CASALTA, Nabais, *Direito Fiscal,* 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2003.

CATARINO, João Ricardo & GUIMARÃES, Vasco Branco, *Lições de Fiscalidade – Volume I – Princípios gerais e fiscalidade interna,* 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2015.

IACOVELLO, Francesco, *Motivazione della sentença penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffré, 1997.

LOPES, José Mouraz, «Gestão processual: tópicos para um incremento da qualidade da decisão judicial», in *Julgar,* n.º 10, janeiro-abril, 2010, pp. 139-149.

MARQUES, Paulo, *Infracções Tributárias - Volume II - Contra-ordenações,* Lisboa, Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos – Centro de Formação, 2007.

MARTINEZ, Soares*, Direito Fiscal,* 8ª edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 1996.

MORILLO MÉNDEZ, Antonio, *Las sanciones tributarias: de la teoría penal a la práctica administrativa*, Valentia, Tirant lo Blanch, 1996.

MONCADA, Luiz Cabral de, «A nulidade do acto administrativo», in *Jurismat*, n.º 2, Portimão, 2013, pp. 117-138.

POÇAS, Sérgio, «Da sentença penal – fundamentação de facto», in *Julgar*, n.º 3, setembro-dezembro, 2007, pp. 21-44.

RICARDO, Joaquim Fernando, *Direito Tributário – Colectânea de Legislação,* 15ª edição, Porto, Vida Económica – Editorial S.A., 2013.

SOUSA, Jorge Lopes de & SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infrações Tributárias - Anotado*, 4ª edição, Lisboa, Áreas Editora, 2010.

VARELA, Amélia Augusto, *A Invalidade do acto administrativo,* Lisboa, FDL, 2000/2001.

Gestor do contrato: uma mão cheia de deveres

Angelina Teixeira
Advogada e Doutoranda em Direito

Resumo: Impende sobre o contraente público, além de outros deveres, o de administrar ou gerir o desenvolvimento da relação jurídica emergente do contrato público e a responsabilidade inerente à forma como o cocontratante o executa com vista à realização do interesse público. Eficiência, desempenho, resultado e acompanhamento da execução do contrato são as traves mestras do regime previsto no 290.º-A do Código dos Contratos Públicos (revisto).

I – Intróito

O Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto[1] introduziu na ordem jurídica portuguesa a revisão do Código dos Contratos Públicos ("doravante "CCP"), transpondo as Diretivas Europeias de 2014 sobre os contratos públicos, dando lugar a um quadro legislativo demasiado longo[2].

[1] Aprovado em Conselho de Ministros em maio de 2017, promulgado pelo Presidente da República no início de agosto e em vigor desde 1 de janeiro de 2018. A mera contabilização das normas alteradas na Parte III permite perceber a extensão da intervenção legislativa: 39 artigos que sofrem alterações, tendo sido acrescentados 15 novos artigos. Acresce que foram revogadas doze disposições normativas, aí se incluindo por vezes, artigos integrais. (Carvalho, Contratação Pública CEJ, 2018, pág. 95 e seguintes).

[2] Recorde-se que já o anterior Governo havia publicitado, em maio de 2015, um Anteprojeto de transposição das Diretivas de 2014 (cujo prazo terminava em março de 2016). Este Governo publicitou outro Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, em agosto de 2016, tendo-o submetido a discussão pública, sem que depois disso o resultado da referida discussão pública tenha sido publicitado e sem que tenham sido dadas quaisquer explicações para a origem e a ratio das muitas alterações introduzidas ao texto inicial e sem que tivesse havido transparência

O gestor do contrato tem de atuar em conformidade com as regras de boa gestão sob pena de poderem vir a incorrer em responsabilidade civil e/ou criminal.

Tendo em conta o colossal número de contratos celebrados, o gestor do contrato acaba por ser um técnico do organismo, podendo acompanhar vários contratos, existindo nalguns organismos públicos tal figura, por razões de controlo interno.

Na prática, veio o legislador, formalizá-lo, estabelecendo a nova legislação como sendo uma figura potencializadora do rigor, eficiência e eficácia na gestão dos contratos públicos. Assim, do lado das entidades públicas, o legislador impõe a necessidade de estarem devidamente organizadas e tecnicamente preparadas para hospedar a figura do gestor do contrato[3].

II – Da definição

Decorre do número 1 do artigo 290-A do CCP o contraente público deve designar um gestor de contrato, com a função de acompanhar permanentemente a execução deste.

Ao gestor do contrato cabe-lhe assegurar a eficiência, o desempenho dos vários intervenientes na sua execução por forma a ser obtido o resultado por esse contrato visado.

---

acerca quer das entidades que participaram na discussão pública e influenciaram o procedimento legislativo quer das próprias entidades responsáveis pelo procedimento legislativo - (Estorninho, 2018, pág. 11)

[3] Obrigando à criação de normativos internos contendo regras, princípios e boas práticas a observar na gestão dos contratos, acompanhados de ações de formação periódicas e atualizadas aos colaboradores sobre os quais exista uma evidência ou forte probabilidade de virem a ser designados como tal. Os concursos públicos promovidos pelos organismos públicos atingiram, no ano passado, o valor mais alto desde 2011. De acordo com os dados da Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas (AICCOPN), o montante global dos anúncios de lançamento de concursos de obras públicas foi de 1756 milhões de euros, um aumento de 42% em relação a 2015. É preciso recuar a 2011 para encontrar um valor superior, ano em que foram 2730 milhões de euros – Jornal de Notícias, 01-03-2017, pág. 12.

Tem a ver com a responsabilidade que impende sobre o contraente público de, em defesa do citado interesse público subjacente ao contrato, velar e zelar sobre o cumprimento pelo cocontratante das cláusulas contratuais (Silva, Código dos Contratos Públicos - Anotado e Comentado, 2017 - 6ª Edição, pág. 587).

Se olharmos para outros ramos do direito, conhecemos outras figuras de sugestão, tais como o gestor do procedimento previsto no número 3 do artigo 8.º do RJUE e o responsável pela direção do proceidmento plasmada no artigo 55.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA).

Terá querido os diferentes legisladores trazer a segurança e a transparência, sendo de aplaudir esta inovação que dá um "rosto" à Administração Pública e elegendo um interlocutor (tendencialmente único) que serve de ponto de contato entre os particulares e a Administração (Caldeira, 2017)

III – Da caracterização

Sobre o contarente público impende, além do mais, o dever de *administrar* ou *gestão do contrato público,* isto é, de gerir o desenvolvimento da relação juridica emergente desse contrato e a responsabilidade inerente à forma como o cocontratante o executa com vista à realiação do interesse público que lhe subjaz (Silva, Dicionário dos Contratos Públicos , 2018, pág.316).

A institucionalização do gestor do contrato público concretiza a profisionalização dessa actividade específica da gestão dos contratos públicos. No âmbito das suas competências e nos limites dos seus poderes próprios ou delegados, compete ao gestor do contrato, adoptar e praticar ou promover a prática dos atos necessários à obtenção, nas melhjores condições, do resultado previsto no contrato e que realiza (deve) o interesse público.

Na eventualidade de extravasar os seus poderes, deve o gestor do contrato, comunicar ao órgão competente da entidade adjudicante. [4], ou seja, pelo bom ou

[4] O mesmo será dizer: "*Pelo bom ou mau desempenho das suas funções deverá ele prestar contas perante o contraente público, que o nomeou*" (Caldeira, 2017).

mau desempenho das suas funções deverá ele prestar contas perante o contraente público, que o nomeou.

Tal ação deve reflectir-se no planeamento e adoção de medidas preventivas e corretivas (no sentido de otimizar os recursos, bem como naquelas situações de cumprimento defeituoso ou de incumprimento contratual.

Registe-se que tal ação não é direcionada de forma imediata à fiscalização[5] técnica do processo de execução do contrato e à conformidade da mesma, tendo em linha a concretização dos resultados decorrentes do objeto contratual.

O que se está a falar é da prevenção em tempo oportuno a ocorrêncoa de anomalias ou outros incumprimentos contratuais que sejam de dificil ou impossível verificação ou reparação num momento susequente.

a) A fiscalização

O papel da fiscalização é aqui um forte instrumentos do exercício do poder de direção, destacando-se pelas ordem de coreção e do poder sancionaório e contratual de caráter intimidatório.

Relativamente ao seu exercício, não se excluiu ou sequer há diminuição da responsabilidade do cocontratante pelo incumprimento, aplicando-se o mesmo raciocínio às situações de incumprimento defeituoso[6].

A fiscalização pode ser exercidas de várias formas:, noemdamente através de ações inspetivas (locais, equipamentos, documentação), exames, visitas, vistorias,

[5] Poder que detém o contraente público de acompanhar e controlar contínua e permanentemente a execução do contrato com o fim de verificar se esta se desenvolve nos termos do clausulado contratual. Com tal poder pretende-se assegurar a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público subjacente à sua celebração conforme decorre do número do artigo 303.º (Silva, Dicionário dos Contratos Públicos, 2018, pág. 301).

[6] À luz do quadro legal que se mostra vigente são os resultados económico-financeiros dum contratante no cômputo geral da sua atividade e, em última análise, todo o seu património que garantem que, nomeadamente, na execução de cada contrato se mostrem observadas e cumpridas pelo mesmo todas obrigações/deveres legais e contratuais» - Acórdão do STA de 7 de Janeiro de 2016 (processo n.º 01021/15) in www.dgsi.pt

análises laboratoriais, testes, pedidos de informação, esclarecimentos, como decorre do artigo 290.º do CCP revisto.

Podemos assim afirmar que atividade de fiscalização abrange os mais diversas aspetos, seja de natureza financeira, técnica e jurídica, limitando-se a aspetos relacionados com o modo de execução do contrato, em cumprimnto dos deveres de sigilo profisisonal ou comercial[7].

O gestor do contrato deve asbster-se de intervir de modo desncessário, desproporcionado ou perturbador ou perturbador da regular execução do contrato, ou ainda que diminua a iniciativa, autonomia e a responsabilidade do cocontratante.

Percorrendo o regime previsto no artigo 303.º os atos em que o seu exercício se exprime devem ficar registados em autos, relatórios ou livros próprios. Tratandose de contratos que envolvam prestações de conceções ou a parcerias públicas-privadas (ppp´s), a fiscalização tem ainda outras regras (número 3 do artigo 340.º).

A fiscalização que aqui se retrata é exercida pelo contraente público, ainda que através de um diretor de fiscalização como seu representante (artigo 305.º e número 2 do artigo 344.º).

A isto acresce, a fiscalização pode ainda ser exercida, total ou parcialmente, através de comissões paritárias de acompanhamento, por entidades públicas ou entidades privadas especializadas.

A oposição reiterada à ação de fiscalziação por parte do cocontrante é fundamento para resolução-sanção do contrato[8].

[7] Cfr. números 1 e 2 do artigo 305.º do CCP.

[8] A qualificação profissional exigível a técnicos responsáveis pela fiscalização de obras públicas em que seja exigida a subscrição do termo de responsabilidade respetivo, encontra-se regulada pela Lei n.º 31/2009 de 3 de Julho.

IV – Do regime

Olhando para a função do gestor do contrato, é premente ter em mente o dever de acompanhar a execução do contrato, sendo que a sua nomeação está a cargo, do órgão competente para a decisão de contratar (fase preliminar).

Determina o número 2 do artigo 290.º-A que os contratos de complexidade técnica ou financeira ou duração superior a três anos (sem prejuizo das funções que sejam definidas pelo contraente público), o gestor do contrato tem o dever de elaborar indicadores de exexução quantitativos e qualitativos adequeados a cada contrato[9].

Na eventualidade do gestor detetar desvios, defeitos ou outras anomalias na execução do contrato, tem o dever – imediatamente – comunicar ao órgão competente, propondo em relatório fundamentado as medidas destinadas à correção que, no caso concreto, se revelem adequadas[10].

Ao gestor do contrato podem ainda ser delegados poderes destinados à adoção das tais medidas correctivas, com exclusão das matérias relativas à modificação e cessação do contrato.

Aqui, a indelegabilidade dos poderes que se encontra estabelecida do número 4 do artigo 290.º, aparentemente, só terá sentido se for interpretada numa extensão total, incluindo os casos em que as peças do procedimento estabeleçam as eventuais condições de modificação do contrato, incluindo o clasusulado relativo à revisão ou opção, claras, precisas e inequívocas[11].

É consabido que o Código de Procedimento Administrativo introduzido em 2015 veio, em larga medida, condicionar a admissibilidade de recurso dos atos delegados para o delegante à existência de *"expressa disposição legal"* (número 2 do artigo 199.º do CPA).

---

[9] Possibilitando, a título exemplificativo, a medição dos níveis de desempenho do cocontratante, a execução financeira, técnica e material.

[10] Cfr. c), número 1 do artigo 333.º do CCP.

[11] Silva, Código dos Contratos Públicos - Anotado e Comentado, 2017, pág. 588.

Nesta matéria de cumprimento ou incumprimento do contrato, faria todo o sentido abrir a possibilidade de o co-contratante privado se dirigir diretamente ao contraente público (no fundo, a sua contraparte na relação contratual), para discutir a legalidade ou conveniência dos atos praticados pelo gestor em seu nome, evitando de ir logo a Tribunal desencadear um litígio que porventura, poderá ainda ser dirimido de forma consensual entre as partes[12]

A identidade do gestor em nome da entidade adjudicante deve constar da própria minuta do contrato, conforme dispõe a alínea j) do número 1 do artigo 96.º.

O legislador criou a figura do gestor do contrato parece apelar à institucionalização de um profissional especializado na gestão de um contrato público, portanto com domínio das várias manifestações técnicas e jurídicas inerentes à execução desse tipo de contrato[13]. De acordo com JORGE ANDRADE SILVA parece que a *ratio* da norma não radica na forma como o contrato trata a matéria da sua modificação, mas na antureza do próprio instituto jurídico da modificaçao[14].

Não podemos contudo deixar de referir que, por altira do anteprojeto à revisão do Código dos Contratos Públicos, falava-se no parca regulamentação desta figura do gestor do contrato, inclusive no que toca à escolha. Aliás, o legislador criou "*um "responsável" pelo procedimento de execução, mas não definindo se este é o titular ou membro do órgão ou um dirigente ou um trabalhador – estará afastada a possibilidade de contratação externa destes serviços?*"[15].

---

[12] Possibilidade, esta – já agora... –, tanto mais importante quando se sabe que *(i)* o CCP (*rectius*, o Decreto-Lei n.º 18/2008, que o aprovou) aboliu – a meu ver, sem explicação inteiramente convincente – a tentativa de conciliação anteriormente prevista no RJEOP de 1999 e que *(ii)* o Anteprojeto de revisão apenas prevê o recurso à arbitragem em moldes restritivos - Caldeira, 2017, ponto 5.

[13] Silva, ob. cit., 2017, pág. 587.

[14] Poder-se-á presumir que se o legislador pretendesse excluir da indelegabilidade a hipótese de haver cláusula contratual de modificação, isso mesmo seria salvaguardado no preceito.

[15] Luís Alves, "Brevíssimas considerações sobre o Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos", in *JusJornal*, n.º 2460, 12 de Outubro de 2016.

Na eventualidade de o gestor do contrato ser uma entidade externa à entidade adjudicante, também se poderá levantar a questão de saber qual o regime de contratação a que esta aquisição de serviços estará adstrita[16]

a) Impedimentos, incompatibilidades e suspeições

Corroborando o entendimento de MARCO CALDEIRA[17] não restará dúvidas de que o gestor do contrato, independetemente de ter vínculo à entidade adjudicante ou à Administração Pública em geral, estará sujeito ao regime sobre impedimentos, incomatibilidades e suspeições previstos no CPA.

Daqui podemos retirar o exemplo, da nomeação de fiscais de obras, naquilo a que, *mutatis mutandis*, se consegue retirar para o gestor do contrato, porquanto é crucial assegurar que a figura que exerce as funções tais funções não é "*uma entidade rival do adjudicatário no mercado (sobretudo, se aquela também tiver sido concorrente no procedimento que antecedeu a celebração do contrato* (...) " nem "*integra o júri de um outro procedimento em que este operador económico se apresentou como concorrente*", na medida em que "*situações como as aqui adiantadas prestam-se a óbvios conflitos de interesse*" (Juliana Braz Mimoso, 2016, página 919, nota 86).

Aliás, só desta forma se vislumbrará que a sua atuação não se retrate ilegalmente condicionada por relações de proximidade ou de inimizade perante o adjudicatário/cocontratante.

De que forma poderá o adjudicatário/cocontratante privado reagir da escolha do gestor do contrato? Desde logo, somos conduzidos ao regime do número 1 do artigo 102.º, ou seja, reclamando contra a minuta do contrato, bem como utilizando os meios de impugnação administrativa previstos nos artigos 267.º e seguintes do mesmo Código.

[16] Não se inclui a possibilidade de cooperação interadministrativa (imagine-se que alguém requisita um técnico do LNEC), fica a dúvida de saber se o gestor pode ser contratado mediante o procedimento de ajuste direto atenta a sua urgência) - Caldeira, 2017, ponto 4.

[17] Caldeira, 2017, ponto 3.

Na prática, depois de aprovada a minuta do contrato a celebrar, o órgão competente para a decisão de contratar notifica-a ao adjudicatário, assinalando expressamente os ajustamentos propostos no artigo 99.º do CCP.

Tal minuta do contrato e os ajustamentos consideram-se aceites pelo adjudicatário quando haja aceitação expressa ou quando não haja reclamação nos cinco dias subsequentes à respetiva notificação, ou nos dois subsequentes no caso dos procedimentos de ajuste direto ou consulta prévia[18].

Relativamente aos ajustamentos do contéudo contratual, a aprovação da minuta tem a natureza de uma contraproposta contratual, que carece de aceitação do adjudicatário. Recordando o teor dos anteprojetos que deram lugar ao texto da revisão ao CCP, a recusa de ajustamentos é insusceptível de ser apreciada, não fazendo os mesmos, in caso, parte integrante do contrato[19].

Tal como refere MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA a minuta do contrato deve traduzir a *fusão* do que consta do caderno de encargos e da proposta do adjudicatário. Trata-se ainda do respeito pelo princípio da estabilidade dos elementos patentados no procedimento.

Na linha de pensamento de PAULO OTERO «*à data da celebração do contrato de empreitada de obras públicas precedido do concurso público, a Administração carece de qualquer poder para se afastar do objeto material da empreitada em relação ao qual foi aberto o respectivo procedimento do concurso público que terminou no acto de adjudicação ao concorrente agora co-contratante*"[20].

[18] A reclamação só pode ter por fundamento a previsão de obrigações que contrariem ou que não constem dos documentos que integram o contrato nos termos do disposto nos números 2 e 5 do artigo 96.º ou ainda a recusa dos ajustamentos propostos.

[19] Se não deu o seu acordo aos reajustamentos pretendidos pela entidade adjudicante, não tem de constar do contrato, posto que, quanto a essa parte, que não constava no caderno de encargos e demais elementos patenteados, não houve mútuo consenso. – Vd. Silva, Código dos Contratos Públicos - Anotado e Comentado, 2017 - 6ª Edição), pág. 326 e Sousa (2009), pág. 120.

[20] O mesmo será dizer que o fundamento da reclamação pode assentar na imposição indevida de obrigações ou na indevida privação de direitos – Vd. Silva, Código dos Contratos Públicos - Anotado e Comentado, 2017 - 6ª Edição), pág. 326.

Apela-se aqui ainda atenção do número 2 do artigo 102.º do CCP que prevê no prazo de 10 dias a contar da receção da reclamação, o órgão que aprovou a minuta do contrato notifica o adjudicatário da sua decisão, equivalendo o silêncio à rejeição da reclamação.

Ora, tal silêncio[21], pode tal como aponta JORGE ANDRADE SILVA uma questão da maior importância. É que, tal como hoje conhecemos o silêncio da Administração terá de configurar-se como uma omissão indevida da prática de um ato devido: neste caso, o de decidir expressamente a reclamação[22].

b) Meios de impugnação

Relativamente aos meios de impugnação contenciosa, a *ação administrativa* cujo objeto não pode ser outro senão o de pedir a condenação daquela entidades à prática do ato devido e ilegalmente omitido conforme b) do número 1 do artigo 37.º e artigo 66.º do CPTA, de tal modo que se o adjudicatário, para isso, *não tiver sido deduzido o adequado o pedido de condenação à prática de ato devido, o tribunal convida o autor a substituir a petição, para o efeito de deduzir o referido pedido (número 4 do artigo 51.º)* operando-se assim uma modificação objetiva da instância.

Decorre do artigo 13.º do CPA que trata do *principio do dever de decisão* e o artigo 129.º dispõe que o incumprimento desse dever confere ao interessado a possibilidade de utilizar os meios de tutela administrativa e jurisidicional adequados, ou seja, a reclamação, recurso hierárquico e o meio indicado supra.

---

[21] É sabido que o CPTA veio eliminar o instituto jurídico-administrativo do indeferimento tácito.

[22] Recordando o artigo 94.º do RJEOP aprovado pelo DL 48 871 nele continha o advérbio "*só são admissíveis reclamações"* sendo que os diplomas seguintes excluíram tal advérbio, tratando-se de uma enumeração taxativa dos fundamentos da apresentação de uma reclamação, sendo liminarmente indeferida todos outros que sejam invocados. Finalmente, uma reclamação apresentada sem que para isso tenha havido razão válida pode, ainda que não necessariamente, revelar uma conduta censurável e, por isso, passível de comunicação ao IMPIC, ao que não obsta ao silêncio deste preceito quanto a esse dever por já decorrer do artigo 30.º da Lei 41/2015, de 03 de junho que estabelece o regime jurídico aplicável ao exercício da actividade da construção – Vd. Silva, Código dos Contratos Públicos - Anotado e ...), ponto 4 e 6 da pág. 327-328.

Desta feita, se o silêncio da entidade adjudicante a que alude o número 2 do artigo 102.º for considerado *indeferimento tácito*, atento à letra da lei, dá a entender que o adjudicatário sempre poderá utilizar daquele meio processual judicial para aquele efeito.

No caso de vir a ser proferida uma decisão expressa de indeferimento, impugná-la mediante nova ação administrativa. Contudo, no que ao contrato respeita, podemos ter, pelo menos dois cenários: não comparência à outorga, com as consequências inerentes do que vier a ser decretada na impugnação; ou comparência outorgando-o sob reserva do resultado da discussão judicial da legalidade dos efeitos de tal silêncio[23].

V - Para encerrar uma mão cheia de deveres

A concretização do interesse público mediante contratos públicos, exige do legislador a clarificação, adequação, profissionalização e responsabilidade dos mecanismos de regulação, constituindo o gestor do contrato um verdadeiro protagonista desta revisão do CCP.

Assiste-se, por um lado, a uma inovadora estratégia no plano da contratação pública como instrumentos privilegiado da execução de políticas públicas inovadoras e de crescimento económico e, por outro, a vontade governativa de enquadrar estas matérias num regime transparente e sustentável.

Tendo como pano de fundo os objetivos de simplificação, desburocratização e flexibilização, boa gestão pública vertidos no preâmbulo do CCP, são notórias as inúmeras as novidades introduzidas, mas também as preocupações quanto às opções assumidas pelo legislador.

De recordar que os operadores económicos devem respeitar as normas em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional.

[23] Oliveira, 2011, pág. 1084.

Ora, em virtude de um procedimento legislativo exigente do ponto de vista dogmático, maiores se tornam os trabalhos dos intérpretes, receando-se na prática enormes preocupações no plano da realização da boa contratação pública.

Fica a esperança daquelas que são as atuais exigências do CCP no plano da decisão de contratar, preparação e a fundamentação da mesma de molde assegurar a credibilidade de cada proposta e melhor execução do objeto do contrato.■

Todo o conhecimento exige um conceito, por mais imperfeito ou obscuro que ele possa ser." – Emmanuel Kant.

BIBLIOGRAFIA

Alves, L. (10 de 12 de 2016). *Brevíssimas considerações sobre o Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos.* Fonte: JusJornal, n.º 2460.

Caldeira, M. (14 de fevereiro de 2017). Obtido de contratospubicos.net: https://contratospublicos.net/2017/02/14/gestor-do-contrato/

Carvalho, R. (Abril de 2018). PRINCIPAIS NOVIDADES DO REGIME SUBSTANTIVO DOS CONTRATOS. *Contratação Pública - Formação Contínua CEJ*, 95 e seguintes.

Estorninho, M. J. (Abril de 2018). APRECIAÇÃO CRÍTICA À ALTERAÇÃO DE 2017 AO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS. *Contratação Pública*.

Juliana Braz Mimoso, M. C. (2016). *Da exclusão com base em incumprimento de contrato(s) anterior(es),AA.VV., Liber Amicorum Manuel Simas Santos.* Rei dos Livros.

Oliveira, M. e. (2011). *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública.* Almedina.

Silva, J. A. (2017 - 6ª Edição). *Código dos Contratos Públicos - Anotado e Comentado.* Coimbra: Almedina.

Sousa, M. R. (2009). *Contratos Públicos - Direito Administrativo Geral, Tomo III.* Dom Quixote, 2ª Edição.

Data Venia
REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242
Ano 6 ♦ N.º **08** ♦ junho 2018