

Apresentação

Actualidade

Contratação pública e fundos comunitários

BERNARDO AZEVEDO | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Breves notas a propósito do novo regime da RAN

CARLOS CARVALHO | *Juiz Desembargador do TCAN*

O contrato de prestação de serviços na Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro: um regime contrário à Constituição e ao Direito Comunitário

LICÍNIO LOPES MARTINS | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Um caso exemplar de degradação da autonomia municipal

PEDRO GONÇALVES | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

Restrições à participação em procedimentos de contratação pública

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Doutrina

Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE

ADOLFO MESQUITA NUNES | *Advogado*

Notas sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal (um comentário ao art. 121º do CPTA)

DORA LUCAS NETO | *Juíza de Direito do TAC de Lisboa*

A indemnização pelo sacrifício

FERNANDO ALVES CORREIA | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

Publicidade e Segredo no Conselho de Estado

J. C. VIEIRA DE ANDRADE | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

O princípio democrático sob a pressão dos novos esquemas regulatórios

J. J. GOMES CANOTILHO | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

O novo direito do urbanismo

SUZANA TAVARES DA SILVA | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Informações



1

Maio de 2009

FICHA TÉCNICA

Director

Vital Moreira

Director-Adjunto

Pedro Gonçalves

Secretária de Redacção

Ana Cláudia Guedes

Proprietário

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
(CEDIPRE)

Editor

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
(CEDIPRE)

Morada

Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra
Pátio da Universidade
3004-545 Coimbra - Portugal

NIF

504736361

Sede da Redacção

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
(CEDIPRE)

Nº do Registo da ERC

125642

ISSN

1647-2306

Periodicidade

Bimestral

S U M Á R I O

Apresentação	3
Actualidade	5
Contratação pública e fundos comunitários	5
BERNARDO AZEVEDO <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Breves notas a propósito do novo regime da RAN	9
CARLOS CARVALHO <i>Juiz Desembargador do TCAN</i>	
O contrato de prestação de serviços na Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro: um regime contrário à Constituição e ao Direito Comunitário	17
LICÍNIO LOPES MARTINS <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Um caso exemplar de degradação da autonomia municipal	23
PEDRO GONÇALVES <i>Professor da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Restrições à participação em procedimentos de contratação pública	27
RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Doutrina	35
Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE	35
ADOLFO MESQUITA NUNES <i>Advogado</i>	
Notas sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal (um comentário ao artigo 121º do CPTA)	55
DORA LUCAS NETO <i>Juíza de Direito do TAC de Lisboa</i>	
A indemnização por sacrifício	63
FERNANDO ALVES CORREIA <i>Professor da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Publicidade e Segredo no Conselho de Estado	77
J. C. Vieira de Andrade <i>Professor da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
O princípio democrático sob a pressão dos novos esquemas regulatórios .	99
J. J. GOMES CANOTILHO <i>Professor da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
O novo direito do urbanismo	109
SUZANA TAVARES DA SILVA <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Informações	121

www.fd.uc.pt/cedipre

O direito não é uma narrativa, todavia, mostra-se também pela narrativa. Nos dias de hoje, o direito é narrado fundamentalmente através de três grandes eixos: a narrativa legislativa; a narrativa jurisprudencial e a narrativa doutrinal. É esta narrativa doutrinal que nos interessa neste momento.

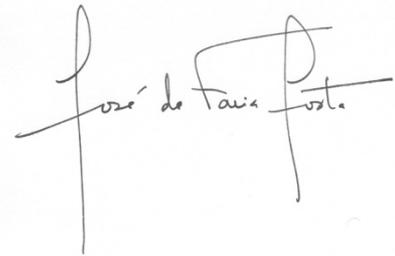
A doutrina do direito tem-se feito até aos tempos de hoje, sobretudo depois de Gutenberg, através dessa coisa mágica que se chama livro (sendo certo que a “revista” ou publicação periódica nada mais é do que um outro nome para o livro). No entanto, as coisas mudaram radicalmente e quando se diz radicalmente não se quer fazer figura de estilo, mas antes traduzir a essência das coisas. A informação, o saber, veicula-se, hoje, já não pelo clássico suporte físico a que chamamos papel mas, muito particularmente, pela dimensão virtual que os fluxos informáticos são capazes de traduzir no ecrã do mais remoto e incógnito dos computadores.

O saber, a informação — com tudo o que isto implica de extraordinário, complexo e, simultaneamente, caótico — chegam-nos, nos tempos que correm, através da web e chegam-nos da forma mais descomprometida: pelo acesso que um simples computador faz à rede global. Por isso tem todo o sentido que a doutrina jurídica narre criticamente o direito por meio de uma revista on-line. Bem andou por isso o CEDIPRE e todos aqueles que, de uma forma empenhada, lúcida e inovadora, estão à sua frente. Bem andou o CEDIPRE em iniciar a publicação de uma revista on-line. Por aqui se mostra que a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra ou, se se quiser, um dos seus Institutos, se perfila na vanguarda da utilização de um dos

meios mais potentes e universais de levar a cabo a específica narrativa do direito que a doutrina cristaliza.

Perceber, analisar, desconstruir e construir o direito pode fazer-se e deve fazer-se das mais variadas formas. Fazer com que esse labor crítico chegue cada vez mais a um número cada vez maior de pessoas é tarefa da Academia e da Universidade. Fazê-lo através da rede não é mais do que uma utilização inteligente daquilo que os meios tecnológicos nos dão. Fazê-lo através da rede com uma revista on-line não é mais do que a afirmação de que há sempre mais mundo para além do mundo que em um determinado momento nos é dado conhecer ou, sequer, que nós pensamos conhecer.

O Presidente do Conselho Directivo,

A handwritten signature in black ink, reading "José de Faria Costa". The signature is stylized, with a large initial 'J' and 'C'.

José de Faria Costa

A P R E S E N T A Ç Ã O

Temos o grato prazer de apresentar uma nova revista jurídica portuguesa, criada e editada pelo Cedipre – o seu nome é **Revista de Direito Público e Regulação**.

Apesar de ser um centro académico e de investigação ainda jovem, o Cedipre já apresenta um *curriculum* preenchido, sobretudo nas matérias em que, nos últimos anos, o direito público português sofreu mutações de maior significado: *regulação pública, justiça administrativa, contratação pública e emprego público*. Quer através da realização de cursos de pós-graduação, quer mediante a edição de várias obras de investigação e de estudos, de carácter individual ou colectivo, o Cedipre tem procurado contribuir para o fortalecimento e o enriquecimento da ciência do direito público em Portugal; de um modo particular, tem-se revelado activo e empenhado em mobilizar esforços em todos os sectores em que as alterações legislativas vêm reclamando uma maior exigência de adaptação.

No início do ano de 2009, entendeu a Direcção do Cedipre dar mais um passo, desta vez no sentido da criação e na edição de um periódico que se ocupe de alguma das vastas questões de direito público, de carácter substantivo e de carácter processual, que todos os dias se colocam nas administrações públicas, nas autoridades reguladoras, nos tribunais, no ensino universitário ou na *praxis* dos escritórios de advogados. É preocupação da nova **Revista de Direito Público e Regulação** levar essas e outras questões para o espaço público e abrir a todos os interessados uma plataforma de partilha de pontos de vista e de concepções sobre temas de direito público e regulação.

O panorama editorial português no sector dos periódicos jurídicos – e, em especial, em certas áreas do direito público – apresenta edições de grande

qualidade e interesse, que, aliás, muito têm contribuído para a evolução e divulgação do pensamento jurídico. É nessa mesma linha, de qualidade e de sucesso, que a **Revista** tem a pretensão de se inserir, reivindicando, à partida, a originalidade, no quadro português, de ter como suporte a edição electrónica.

A **Revista** tem uma publicação bimestral, é editada *on line* e fica alojada na *webpágina* do Cedipre. A publicação de textos é aberta a todos os interessados pelos temas do direito público e da regulação e, na medida do possível, os autores são desde já incentivados a adoptarem um estilo informal, directo e pragmático. Neste ponto, o objectivo é de, pelo menos numa parte da **Revista**, se assentar num paradigma discursivo que, obviamente sem ceder ao simplismo, se revele, para os leitores, acessível e directo e, para os autores, de elaboração simplificada e informal.

A **Revista** conta com 3 secções: *i)* uma, intitulada **Actualidade**, que se ocupa, em textos breves, de questões jurídicas suscitadas por novas leis, decisões administrativas ou decisões judiciais e que poderá servir como suporte de uma espécie de *intervenção de cidadania sobre temas de Direito*; *ii)* uma outra, com o título **Doutrina**, que acolherá textos mais longos, sobre questões doutrinárias e, ou práticas que reclamam uma atenção mais cuidada ou desenvolvida; *iii)* por fim, uma terceira secção, dedicada a **Informações**, que dará conta de novas obras dadas à estampa, em Portugal ou no estrangeiro, bem como da realização de eventos sobre temas relacionados com o direito público e a regulação; por outro lado, ainda nesta secção, será dada notícia sobre leis e decisões (administrativas e judiciais) relevantes.

Vital Moreira

Pedro Gonçalves

A C T U A L I D A D E

Contratação Pública e Fundos Comunitários

Bernardo de Azevedo

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

A análise da íntima relação que frequentemente se estabelece entre contratação pública e fundos comunitários, não obstante as questões de relevante alcance prático que inegavelmente coloca, tem sido, há que reconhecê-lo, praticamente votada ao abandono seja pela doutrina (nacional e estrangeira), seja, o que não deixa de ser ainda mais surpreendente, pela própria jurisprudência (aí incluída a do Tribunal de Justiça da União Europeia).

No entanto, são vários os aspectos que carecem de esclarecimento no contexto da apontada relação, sendo justamente em ordem a cumprir esse intento que se alinham, ainda que em termos necessariamente abreviados, os comentários que se seguem.

A nossa análise incidirá, contudo e fundamentalmente, sobre duas ordens de questões, a primeira relativa à influência

que o co-financiamento da actividade de determinadas entidades através de fundos comunitários poderá exercer sobre a sua eventual qualificação enquanto entidades adjudicantes ou, para sermos mais específicos, enquanto organismos de direito público, a segunda relativa à possível submissão automática de toda a contratação de obras, bens e serviços no contexto de acções apoiadas pelos fundos estruturais aos procedimentos adjudicatórios recortados na parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Pelo que se refere à primeira das questões acima identificadas, importa, antes do mais, evidenciar que a qualificação de uma entidade enquanto organismo de direito público, para efeitos da respectiva submissão aos procedimentos pré-contratuais catalogados na parte II do CCP, depende, além da sua personalidade jurídica e da prossecução de fins de

interesse geral sem carácter industrial ou comercial, da correspondente sujeição à *influência dominante* de qualquer uma das entidades pertencentes à Administração Pública em sentido organizatório clássico, conforme enunciadas nas alíneas a) a f) do artigo 2.º, n.º 1, do CCP.

Esta influência dominante, afere-se, por sua vez, indiciariamente, mediante a verificação, alternativa, de uma das seguintes condições:

- a) financiamento maioritário da respectiva actividade por uma das entidades elencadas nas alíneas a) a f) do artigo 2.º, n.º 1, do CCP;
- b) sujeição da sua actuação ao controlo de gestão de uma das entidades indicadas nas alíneas a) a f) do artigo 2.º, n.º 1, do CCP;
- c) designação da maioria dos titulares dos correspondentes órgãos de administração, gestão ou fiscalização por uma das entidades individualizadas nas alíneas a) a f) do artigo 2.º, n.º 1, do CCP.

A linha de intersecção entre os domínios da contratação pública e dos fundos comunitários repousaria justamente na relevância (potencial) assumida pelo apoio dos fundos estruturais em ordem a dar por preenchido o primeiro dos requisitos atrás enunciados – financiamento maioritário da actuação desenvolvida pelo organismo de direito público de que concretamente se trate por uma das

entidades recenseadas nas alíneas a) a f) do artigo 2.º, n.º 1, do CCP.

Parece, contudo, aconselhável uma leitura fortemente restritiva do preceito legal em análise, que obrigue a que esse financiamento maioritário da actividade do organismo de direito público especificamente em causa provenha, forçosa e directamente, dos orçamentos das entidades referidas *expressis verbis* nas alíneas a) a f) do artigo 2.º, n.º 1, do CCP.

Não basta, assim, enquanto condição de verificação dos pressupostos da referida previsão legal que haja financiamento maioritário por dinheiros públicos (aí incluídos os de proveniência comunitária), antes se exigindo que os dinheiros públicos que concorrem, maioritariamente (em mais de 50%) para a relação de dependência financeira normativamente exigida, sejam exclusivamente de origem nacional.

Dito em termos bem mais simples, financiamento comunitário não equivale aqui a financiamento nacional. E isto porque, relativamente à distribuição dos apoios comunitários por entidades nacionais, o Estado e as demais entidades públicas com responsabilidade nesse domínio se limitam a actuar exclusivamente a sua vocação de órgãos de administração indirecta da União Europeia.

Ora, tal afasta imediatamente qualquer relação de dependência efectiva entre as entidades beneficiárias dos fundos comunitários em equação e as autorida-

des nacionais responsáveis pela sua atribuição, ao invés do que decorre, imperativa e literalmente, do artigo 2.º, n.º 2, do CCP e das próprias directivas comunitárias relativas à matéria da contratação pública.

Quanto à sujeição automática e necessária de todas as entidades que beneficiem do apoio dos fundos estruturais às regras da contratação pública pelo que concerne aos contratos de obras, bens e serviços celebrados no contexto de acções co-financiadas comunitariamente, cabe, sobretudo, ressaltar o escasso contributo que imediatamente decorre das normas de direito positivo (nacionais e comunitárias) reguladoras da intervenção dos fundos comunitários.

Em vão se intentará daí extrair uma solução definitiva para a questão em apreço, porquanto, em termos globais, o que temos é uma remissão genérica para as normas da contratação pública sempre que e desde que aplicáveis.

Não choca, contudo, admitir que uma vez que está em causa a aplicação de fundos comunitários haja aí uma *exigência acrescida ou qualificada de respeito pelas normas da contratação pública* e isto ainda que nos confrontemos com entidades que não se inscrevam no

perímetro de entidades adjudicantes normativamente delimitado pelo CCP a pretexto da definição do seu âmbito subjectivo de aplicação.

Estaríamos, deste modo, colocados perante a hipótese de aplicação do CCP, por parte destas entidades (equiparadas para o efeito a organismos de direito público), sempre que contratassem obras, bens ou serviços no quadro do desenvolvimento de acções objecto de co-financiamento comunitário, sendo que no mais, isto é, por relação a toda a sua restante actividade contratual, se encontrariam subtraídas à aplicação do diploma em causa.

Obviamente que a solução avançada merece, porventura, ponderação adicional e parece, até, ao menos de algum modo, ser desmentida pelo único acórdão do TJUE relativo à matéria, mas, ao menos em nosso entender, configura, apesar de tudo, a via mais adequada para, em face das hesitações da lei e da jurisprudência e do silêncio da doutrina, colocar as entidades beneficiárias de apoios comunitários a salvo de eventuais decisões de não certificação da elegibilidade da despesa apresentada por incumprimento das regras relativas à contratação pública. □

Breves notas a propósito do novo regime Reserva Agrícola Nacional

Carlos Luís Medeiros de Carvalho

Juiz Desembargador do TCAN

Volvidos quase 10 anos de vigência do DL n.º 196/89, de 14.06, diploma que continua o regime da Reserva Agrícola Nacional (doravante RAN), veio o mesmo recentemente a ser revogado¹ pelo DL n.º 73/09, de 31.03, passando este a conter o regime jurídico da RAN.

Esta destina-se a defender as áreas de maiores potencialidades agrícolas, ou que foram objecto de importantes investimentos destinados a aumentar a sua capacidade produtiva, tendo como objectivo, nomeadamente, o progresso e a modernização da agricultura portuguesa, modernização essa que passa não apenas pelo pleno aproveitamento agrícola dos melhores solos e a sua salvaguarda, mas que exige ou torna necessário a existência de explorações agrícolas bem dimensionadas.

O novo regime legal publicado visou o aperfeiçoamento dos procedimentos de delimitação da RAN, procedimentos esses essenciais para a preservação do solo enquanto recurso natural finito e com uma multiplicidade de funções estratégicas relevantes na dinâmica dos processos económicos, sociais e ambientais.

Tal propósito deriva, desde logo, da simples leitura do preâmbulo do diploma em referência quando ali se refere que atendendo “... não só à sua escassez como recursos naturais finitos, crescem ao solo e à terra funções nucleares na regulação do ciclo da água e na manutenção da sua qualidade igualmente o ressurgir de aplicações na produção de energia, como é o caso dos biocombustíveis, o papel fundamental na redução das emissões de carbono, o suporte da biodiversidade, bem como a sua procura para actividades de lazer das populações..., com o acréscimo da sensibilidade ambiental por parte da sociedade e em

¹ Cfr. artigo 49.º, al. a) do DL n.º 73/09, de 31.03. Este diploma entrou em vigor 10 dias após a data da sua publicação tal como decorre do n.º 1 do seu artigo 50.º

especial no sector agrícola e florestal o solo passou a ser assumido como um recurso precioso, escasso e indispensável à sustentabilidade dos nossos ecossistemas e à salvaguarda do planeta. ... É assim fundamental e estratégico, pelas profundas alterações geopolíticas que as sociedades actuais têm sofrido, pelo reflexo nas sociedades humanas e nos ecossistemas em geral que as alterações climáticas têm produzido, pela necessidade da manutenção de condições estratégicas básicas de vida das populações e da garantia da sustentabilidade dos recursos, que se promovam políticas de defesa e conservação dos terras e solos ...”.

Esta alteração legislativa tem como pressupostos fundamentais a manutenção da natureza jurídica da RAN enquanto restrição de utilidade pública e o reforço da importância estratégica da RAN, tal como deriva, nomeadamente, do regime que se mostra enunciado nos seus artigos 2.º (conceito) e 4.º (objectivos).

O regime agora aprovado introduz na ordem jurídica uma nova classificação das terras e dos solos², a da metodologia da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO/WRB), que permite uma nova abordagem na classificação e garante uma maior pro-

tecção dos recursos pedológicos nacionais, a qual já se encontra em aplicação em três regiões do País (Trás-os-Montes e Alto Douro, Entre Douro e Minho e Interior Centro), prevendo-se a expansão dos trabalhos para assegurar uma cobertura nacional³.

A RAN, nos termos previstos no artigo 8.º, é integrada pelas unidades de terra que apresentam elevada ou moderada aptidão para a actividade agrícola (classes A1 e A2 - classificados nos termos enunciados no artigo 6.º), sendo que na ausência daquela classificação prevista, integram a RAN as áreas com solos das classes de capacidade de uso A, B e Ch, previstas no n.º 2 do artigo 7.º, as áreas com unidades de solos classificados como baixas aluvionares⁴ e coluviais⁵, as áreas em que as classes e unidades referidas anteriormente estejam maioritariamente representadas quando em complexo com outras classes e unidades de solo.

A integração de terras e solos de outras classes na RAN pode ocorrer ainda nas situações e condicionalismos enunciados no artigo 9.º (integração específica)⁶, mormente, quando assumam relevância

² Cfr. artigos 6.º (classificação das terras) e 7.º (classificação dos solos) e anexos I) e II) do diploma em referência, por contraposição com o regime vertido nos artigos. 2.º, n.º 2 e 4.º do DL n.º 196/89 e seu anexo.

³ Vide para além do preâmbulo do DL n.º 73/09 os seus artigos. 3.º, alínea e), 6.º e anexos ao mesmo diploma.

⁴ Vide definição vertida sob a alínea n) do artigo 3.º do DL n.º 73/09.

⁵ Vide definição vertida sob a alínea o) do artigo 3.º do DL n.º 73/09.

⁶ Cfr., no anterior regime legal, o disposto no artigo 6.º do DL n.º 196/89.

em termos de economia local ou regional e tenham sido submetidas a importantes investimentos destinados a aumentar com carácter duradouro a capacidade produtiva dos solos⁷ ou a promover a sua sustentabilidade, ou o seu aproveitamento seja determinante para a viabilidade económica de explorações agrícolas existentes, ou assumam interesse estratégico, pedogenético ou patrimonial.

Tal integração específica pode ser efectuada no âmbito da elaboração, alteração ou revisão de plano municipal ou especial de ordenamento do território, podendo também ser determinada por despacho do membro do Governo responsável pela área da agricultura.

Figuram como solos não integrados na RAN, nos termos que decorrem do artigo 10.º do diploma em referência, as terras ou solos que integrem o perímetro urbano identificado em plano municipal de ordenamento do território como solo urbanizado, solos cuja urbanização seja possível programar ou solo afecto a estrutura ecológica necessária ao equilíbrio do sistema urbano⁸.

De harmonia ainda com o regime previsto no mesmo diploma, a delimitação da RAN ocorre no âmbito dos procedimentos de elaboração, alteração ou revisão

de plano municipal ou especial de ordenamento do território⁹, tendo por base uma proposta do município aprovada pelas entidades competentes da Administração Central e ficando identificada na planta de condicionantes daqueles planos¹⁰, sendo que, em casos excepcionais de relevante interesse geral, se prevê a possibilidade do Governo, uma vez ouvida a câmara municipal do município abrangido, poder alterar a delimitação da RAN a nível municipal através de resolução do Conselho de Ministros¹¹.

Consagra-se no diploma objecto desta breve análise o direito à informação e à participação de harmonia com o disposto no artigo. 19.º, sendo que no artigo antecedente se disciplina o regime da reintegração na RAN de áreas dela excluídas, regime este sem paralelo no anterior regime.

Assim, nos termos do artigo 18.º do DL n.º 73/09, as áreas que tenham sido excluídas da RAN são reintegradas, no todo ou em parte, quando as mesmas não tenham sido destinadas aos fins que fundamentaram a sua exclusão da RAN, se no prazo de cinco anos a obra ainda não se tiver iniciado (casos de exclusão no âmbito do artigo 17.º); ou se no prazo

⁹ Cfr., no caso, o regime desenvolvido nos artigos 11.º, 13.º, 14.º e 15.º do DL n.º 73/09.

¹⁰ Cfr., para mais desenvolvimentos, os Capítulos IV (artigos 11.º a 19.º) e V (artigos 20.º a 29.º) do DL n.º 73/09 por contraposição com o anterior regime decorrente do DL n.º 196/89 (Capítulo II, Secções I e II - artigos 5.º e seguintes).

¹¹ Vide artigo 17.º do DL n.º 73/09.

⁷ Vide definição vertida sob a alínea f) do artigo 3.º do DL n.º 73/09.

⁸ Vide, por contraposição, o regime anteriormente previsto no artigo 7.º do DL n.º 196/89.

para a execução de plano municipal de ordenamento do território, quando a exclusão tiver ocorrido no âmbito da elaboração desse plano, a obra ainda não tiver sido iniciada, cabendo, neste caso, à câmara municipal promover obrigatoriamente a alteração do plano municipal que contenha a delimitação nos termos do artigo. 97.º do DL n.º 380/99, de 22.09.

Atente-se que, nos casos de projectos com título válido para a sua execução, aquela reintegração só ocorre ou opera com a caducidade do título¹².

Temos, por outro lado, que em matéria de regime da RAN, o mesmo se mostra disciplinado no Capítulo V, ali se elencando as áreas de afectação (artigo 20.º)¹³, as acções interditas (artigo 21.º)¹⁴, as regras de utilização de áreas RAN para outros fins (artigo 22.º)¹⁵ com separação das situações que estão sujeitas a parecer prévio (artigo 23.º)¹⁶ e as sujeitas a comunicação prévia (artigo

24.º)¹⁷ e com a especificidade das acções de relevante interesse público (artigo 25.º), mantendo-se, no essencial, o regime em sede de direito de preferência (artigo 26.º)¹⁸ e elevando-se a unidade de cultura para efeitos de fraccionamento (artigo 27.º por contraposição com o artigo 13.º do DL n.º 196/89).

Instituiu-se, todavia, regime inovador e sem paralelo com o quadro previsto no DL n.º 186/89 com a introdução duma comunicação oficiosa à Administração Fiscal¹⁹ nos casos em que a inutilização de terras e solos para o exercício da actividade agrícola se destine a construções e edificações, e, ainda, duma regra de inalienabilidade para determinadas situações (artigo 29.º).

De notar que nas situações sujeitas a parecer prévio se mostra previsto no n.º 10 do artigo 23.º do DL n.º 73/09 um quadro impugnatório para os pareceres vinculativos desfavoráveis ali se estipulando que sem “... prejuízo da possibilidade de impugnação contenciosa, nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, os interessados podem interpor recurso para a entidade nacional da RAN dos pareceres vinculativos desfavoráveis emitidos pelas entida-

¹² Cfr. artigo 18.º, n.º 2 do DL n.º 73/09.

¹³ Cfr., no anterior regime decorrente do DL n.º 196/89, os artigos. 8.º e seguintes.

¹⁴ Cfr., por contraposição, o anterior regime decorrente do artigo 8.º, n.º 1 do DL n.º 196/89.

¹⁵ Cfr., por contraposição, o regime previsto no artigo 9.º do DL n.º 196/89, o qual contém leque mais restrito de utilizações.

¹⁶ Cfr., no anterior regime, o artigo 11.º do DL n.º 196/89, sendo que com o actual quadro normativo e por contraposição com aquele anterior regime se opera uma clara redução dos prazos procedimentais de decisão, mantendo-se, todavia, a mesma consequência já prevista no n.º 3 daquele preceito do DL n.º 196/89 para o decurso do prazo sem emissão de parecer, ou seja, considera-se o mesmo como favorável.

¹⁷ No âmbito do anterior regime não havia a autonomização das figuras do parecer prévio e da comunicação prévia.

¹⁸ Vide artigo 12.º do DL n.º 196/89.

¹⁹ Cfr. artigo 28.º, sendo que a competência para efectuar tal comunicação cabe, nos termos do artigo 34.º, alínea d), às entidades regionais da RAN.

des regionais da RAN, a emitir no prazo de 20 dias ...”²⁰, instituindo-se, assim, impugnação administrativa de natureza facultativa a qual, em termos de impugnação contenciosa jurisdicional se impõe concatenar, mormente, com o regime previsto no artigo 59.º do CPTA.

Em sede das garantias do regime da RAN mantém-se, tal como no anterior regime legal²¹, a sanção da nulidade para todos os actos administrativos que hajam sido praticados em violação do disposto nos artigos 22.º a 24.º do DL n.º 73/09²², bem como as acções de cessação das violações da RAN²³ e de reposição da situação anterior a tais violações²⁴, tal como a previsão, com algumas alterações, da responsabilidade contraordenacional (fiscalização, instrução e decisão, e destino do produto das coimas aplicadas)²⁵. Desaparece, no entanto, a regra prevista no artigo 35.º do DL n.º 196/89, com a epígrafe de “responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas”, sem que com isso se deva ou possa considerar que no âmbito do novo regime jurídico da RAN inexistam a responsabilidade do Estado e demais

pessoas colectivas públicas pelos prejuízos que sejam causados a sujeitos de boa-fé e decorrentes da emissão de actos nulos por violadores dos normativos supra citados.

Na verdade, tal preceito legal constituía apenas um mero “reforço” ou o “relembrar” daquilo que já resultava do regime geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas previsto no anterior DL n.º 48051, de 21.11.1967, e actualmente na Lei n.º 67/07, de 31.12, pelo que a sua ausência expressa do quadro legal do novo regime jurídico da RAN nada de novo introduz, pois, independentemente de ali figurar ou não, o regime geral vigente em sede de responsabilidade civil extracontratual daqueles entes vale em plenitude para a reparação dos prejuízos sofridos pelos sujeitos ou entes particulares e que sejam advenientes da emissão de actos administrativos ilegais, mormente, geradores do desvalor da nulidade por violação dos artigos 22.º a 24.º do DL n.º 73/09.

De registar, ainda, as alterações operadas em sede de estrutura e das entidades da RAN, com a instituição da entidade nacional²⁶⁻²⁷ e das entidades regionais da RAN²⁸⁻²⁹, com a gestão ordenada da

²⁰ Vide, ainda, artigo 32.º, n.º 1, alínea g) do DL n.º 73/09.

²¹ Cfr. artigo 34.º do DL n.º 196/89.

²² Cfr. artigo 38.º do DL n.º 73/09.

²³ Cfr. artigo 43.º do DL n.º 73/09 e 39.º do DL n.º 196/89.

²⁴ Cfr. artigo 44.º do DL n.º 73/90 e artigo 40.º do DL n.º 196/89.

²⁵ Cfr. o regime previsto nos artigos. 39.º a 42.º do DL n.º 73/09 em contraposição com o decorrente dos artigos. 36.º a 38.º do DL n.º 196/89.

²⁶ Cfr. artigos 31.º (composição) e 32.º (competências) do DL n.º 73/09.

²⁷ Sucede ao Conselho Nacional da Reserva Agrícola instituído pelo DL n.º 196/89 - cfr. artigos 14.º (composição) e 15.º (competências).

²⁸ Cfr. artigos 33.º (composição) e 34.º (competências) do DL n.º 73/09.

mesma considerando a divisão em regiões coincidentes com o território de cada unidade de nível II da Nomenclatura de Unidades Territoriais (vulgo NUTS)³⁰.

A composição das entidades é sensivelmente diminuída, sendo que as regras e procedimentos em matéria de funcionamento, mandato, reuniões, etc., que se mostravam previstas nos artigos 18.º e seguintes do DL n.º 196/89 foram, com o novo regime aprovado e publicitado, remetidas, nos termos do artigo 35.º, para regulamento interno a aprovar e homologar ulteriormente, tudo sem prejuízo do que se deixou já disciplinado nos artigos 37.º (possibilidade de realização das reuniões em videoconferência e da sua gravação poder ter o valor de acta) e 46.º (posse dos membros e entrada em funcionamento das entidades da RAN).

De molde a potenciar uma gestão mais adequada dos espaços agrícolas lança o legislador mão de novos sistemas e tecnologias de informação³¹, assentes, nomeadamente, em cartografia digital como ferramenta de rigor e apoio à decisão, para assim assegurar um maior controlo na gestão do território, compatibili-

zando-se com os restantes instrumentos de ordenamento, de molde a assim permitir também uma mais fácil harmonização inter-municipal.

Por fim, importa ainda ter particular atenção ao regime transitório desenvolvido no artigo 47.º, ao longo dos seus 11 números³², com regras em matéria da prática de actos em suporte papel (n.º 1), da adaptação dos planos municipais e especiais de ordenamento do território à classificação das terras/solos nos termos dos artigos 6.º e 7.º (n.ºs 2, 3, 4, 5, 6 e 7), da decisão dos processos pendentes que ainda não foram objecto de parecer prévio das comissões regionais da RAN (n.º 8), da decisão dos procedimentos de avaliação de impacte ambiental ou de análise das incidências ambientais relativas a projectos de utilizações previstas na alínea I) do n.º 1 do artigo 22.º que tenham sido iniciados antes da entrada em vigor do presente diploma (n.ºs 9 e 10) e da apresentação dos pedidos de parecer prévio às entidades regionais na ausência de funcionamento do sistema de informação referido no artigo 36.º (n.º 11).

²⁹ Sucodem às Comissões Regionais da Reserva Agrícola instituídas pelo DL n.º 196/89 - cfr. artigos. 16.º (composição) e 17.º (competências).

³⁰ Cfr. artigo 30.º do DL n.º 73/09.

³¹ Cfr. artigo 36.º do DL n.º 73/09, faltando ainda publicar, à data que escrevemos, a portaria prevista no n.º 2 do citado preceito, sendo que importa ainda ter presente o regime transitório enunciado no n.º 1 do artigo 47.º do mesmo diploma.

³² Trata-se, em nosso entendimento, duma infeliz e deficiente prática legislativa que se vem assistindo com o desenvolver do corpo dos artigos ao longo de imensos números e/ou alíneas (cfr. a mesma deficiência, neste mesmo diploma, quanto aos 16 números e 8 alíneas do artigo 14.º, às 14 alíneas do artigo 22.º, aos 10 números do artigo 23.º), prática essa que vem sendo sucessivamente repetida em vários diplomas e que importaria evitar e/ou repetir.

Eis, pois, muito sumariamente algumas breves notas resultantes duma primeira leitura do novo regime jurídico da RAN

recentemente alterado, regime este que importa aprofundar e acompanhar até pelas suas relevantes implicações. □

O contrato de prestação de serviços na Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro: um regime contrário à Constituição e ao Direito Comunitário

Licínio Lopes

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

A Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, doravante Lei nº 12-A/2008, que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, introduziu profundas alterações na clássica relação de emprego público, independentemente da sua duração - relação de emprego público por tempo indeterminado ou por tempo determinado ou determinável, na terminologia daquela Lei.

Dada a extensão e profundidade das alterações introduzidas, pode, provavelmente, dizer-se que, neste momento, a única certeza a antecipar é a de que a clássica relação de emprego público morreu, pelo menos em aspectos essenciais do seu regime.

No plano dogmático, há que inventar um novo dicionário jurídico neste domínio: o Direito da Função Pública deve ser substituído pelo Direito Administrativo do Emprego Público.

Uma das inovações mais marcantes da Lei nº 12-A/2008 é, sem dúvida, a prevista no artigo 35º, relativa ao contrato de prestação de serviços.

No nº 1 do artigo estabelece-se, a título geral, a faculdade de as entidades públicas recorrerem à celebração deste contrato: *“os órgãos e serviços a que a presente lei é aplicável podem celebrar contratos de prestação de serviços, nas modalidades de contratos de tarefa e de avença, nos termos previstos no presente capítulo”*.

Contudo, logo de seguida, no nº 2, impõe limitações imperativas, prevendo que a celebração de contratos de tarefa e de avença apenas pode ter lugar quando, cumulativamente: *“a) Se trate da execução de trabalho não subordinado, para a qual se revele inconveniente o recurso a qualquer modalidade da relação jurídica de emprego público; b) O trabalho seja realizado, em regra, por uma pessoa colectiva; c) Seja observado o regime*

legal da aquisição de serviços; d) O contrato comprove ter regularizadas as suas obrigações fiscais e com a segurança social”.

E no nº 4 adianta que, *“excepcionalmente, quando se comprove ser impossível ou inconveniente, no caso, observar o disposto na alínea b) do n.º 2, o membro do Governo responsável pela área das finanças pode autorizar a celebração de contratos de tarefa e de avença com pessoas singulares”.*

Sobre este novo regime legal do contrato de prestação de serviços, importa, para a economia deste texto, registar duas notas:

- a. A imperatividade da regra geral da contratação de pessoas colectivas e a excepcionalidade da contratação de pessoas singulares;
- b. A demonstração da impossibilidade ou da inconveniência em celebrar o contrato de prestação de serviço com uma pessoa colectiva para, legalmente, o poder celebrar com uma pessoa singular, a que acresce a exigência de autorização ministerial, a qual não vale, obviamente, para as autarquias locais.

Em sede de fiscalização preventiva, o Tribunal Constitucional (TC), aceitando o entendimento de que o regime legal confere uma prevalência às pessoas colectivas nesse tipo de contratação, em detrimento das pessoas em nome individual, não se pronunciou, no entanto, sobre a

sua inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade de tratamento, no qual se fundamentava o pedido formulado pelo Presidente da República.

Para o efeito, o TC aduziu, no essencial, como fundamentação da sua decisão o facto de o regime constante da alínea b) do nº 2 e do nº 4 do artigo 35º se enquadrar numa linha estratégica de contenção de efectivos e de racionalização de recursos humanos, pelo que a preferência concedida à contratação de serviços a empresas tem sobretudo o objectivo de evitar o artificial sobredimensionamento da estrutura da Administração Pública em matéria de pessoal, começando por evitar, dentro do possível, a celebração de contratos com pessoas singulares, cuja continuidade pudesse gerar novas situações de disfuncionalidade, que os mecanismos de controlo anteriormente instituídos não conseguiram impedir.

Neste conspecto, é possível justificar a diferenciação introduzida à luz de um critério que se afigura razoável, por ser compatível com fins constitucionalmente relevantes, como sejam a boa organização e gestão dos recursos públicos, e por estar dotado de um mínimo de coerência entre os objectivos prosseguidos e os resultados previsíveis.

Nestes termos, conclui o TC que, não se vê motivo bastante para considerar verificada a pretendida inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade.

Salvo o devido respeito pela fundamentação da decisão do TC, pela nossa parte não podemos concordar com ela.

No essencial, a equação jurídico-constitucional a fazer na medida legal adoptada é a seguinte: constatada a existência de verdadeiras relações de emprego público constituídas à sombra de contratos de prestação de serviços justifica-se, jurídico-constitucionalmente, que o legislador, para evitar a sua continuidade para o futuro, imponha uma proibição de princípio da celebração destes contratos com trabalhadores em nome individual?

Respondendo a esta questão, vamos, sinteticamente, expor algumas das razões que expressam a nossa discordância em relação à fundamentação e decisão do TC.

Em primeiro lugar, o regime legal em apreço constitui uma medida de natureza restritiva da liberdade de opção da forma jurídica de exercício da actividade profissional, compreendida no conteúdo da liberdade de profissão (artigo 47º da CRP), enquanto liberdade de escolha do modo do exercício da actividade profissional e, nessa qualidade, abrangida pelo regime especial dos direitos, liberdades e garantias previstos nos artigos 17º e 18º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Doravante, qualquer profissional em nome individual está, por princípio, impedido de celebrar um contrato de prestação de serviços com a Administra-

ção Pública. Para o fazer terá, por imposição legal, de constituir-se como pessoal colectiva.

Tendo em conta o fim tido em vista pelo legislador – evitar a constituição de verdadeiras relações de emprego público à sombra de contratos de prestação de serviços – o regime adoptado é constitucionalmente exigível, necessário e adequado? Isto é, a restrição imposta pelo legislador encontra justificação jurídico-constitucional em outros valores, interesses ou direitos de igual dignidade constitucional? Julgamos que não.

Mas a resposta a esta questão compreender-se-á melhor se forem adiantados mais alguns argumentos.

Em primeiro lugar, não pode esquecer-se que a Administração constitui um mercado contratual de enorme relevância, designadamente entre nós, dada a extensão de tarefas públicas que assume, seja no âmbito da Administração do Estado, seja no âmbito da Administração regional ou da Administração autárquica.

E se a Administração recorre ao mercado, procurando nele operadores para a celebração de contratos, fica, a partir desse momento, vinculada, por um lado, a princípios constitucionais de actuação e, por outro, obrigada a respeitar a liberdade de acesso dos operadores privados habilitados. Isto é, se a Administração se disponibiliza a celebrar contratos com os operadores do mercado, fica, a partir daqui, constitucionalmente vinculada a

respeitar a liberdade de acesso à celebração desses contratos por todos e qualquer operador do mercado.

A medida legislativa, ao impor a regra da contratação com pessoas colectivas, restringe a liberdade constitucional de acesso de todos os profissionais que trabalhem em nome individual a um sector de contratação cuja dimensão e importância, a todos os níveis, nos parece indiscutível.

E a propósito de tal fim - evitar a constituição de verdadeiras relações de emprego público à sombra de contratos de prestação de serviços - é constitucionalmente legítimo, justificado, necessário, exigível e adequado que um profissional liberal - um advogado, um economista, um arquitecto, um engenheiro e tantos outros -, que exerce, por opção livre, a sua profissão nessa qualidade e em nome individual, seja legalmente impedido de aceder a um sector de mercado - a contratação pública de serviços?

Julgamos que a pergunta contém, em si, a resposta.

Em segundo lugar, não é só a liberdade de acesso à celebração de contratos com a Administração Pública que é posta em causa, quando esta decide recorrer aos serviços dos operadores privados. Também é, julgamos, a igualdade de acesso e no acesso que é atingida. E note-se que não está aqui apenas em causa a igualdade de acesso e no acesso à celebração

de contratos com a Administração enquanto projecção do princípio geral da igualdade extraído do artigo 13º da CRP. Aqui, o princípio tem também uma outra projecção, precisamente: a igualdade de acesso e no acesso à celebração de contratos com a Administração no contexto de um mercado aberto e concorrencial.

E, neste âmbito, como é sabido, o princípio da liberdade de iniciativa económica, da liberdade da empresa e o princípio da concorrência constituem princípios estruturantes da ordem económica nacional (e comunitária). E o exercício destas liberdades postula ou pressupõe, naturalmente, que os operadores do mercado disponham, no plano jurídico, de garantias de acesso em condições de igualdade - de igualdade no acesso ao mercado (ou a segmentos de mercado), assim como no exercício das respectivas actividades.

Consequentemente, se, por alguma razão, falhar esta garantia estrutural estão inevitavelmente comprometidos os princípios e as liberdades constitucionais referidos.

Não negamos a necessidade de evitar a utilização do instrumento contratual da prestação de serviços como meio de a Administração constituir genuínas relações de emprego público. Agora, eleger este interesse como fundamento constitucionalmente legítimo para inibir a liberdade de contratação, a liberdade de opção quanto ao modo de exercício de

actividade, inerente à liberdade de exercício de profissão, a liberdade de acesso e no acesso ao mercado ou a certo segmento de mercado, – o da contratação pública de serviços –, a liberdade de concorrência e de empresa, exigindo o respectivo exercício a garantia estrutural postulada pelo princípio da igualdade, vai um grande passo ao nível jurídico-constitucional. E com uma agravante: é que com tal medida é a incúria do Estado-Legislador e do Estado-Administração, revelada ao longo de anos, que se pretende “sara”. E, no estádio constitucional actual, não cremos que o remédio contra tal a incúria possa ser a liberdade do cidadão.

Mas não é apenas no domínio do Direito Constitucional que a medida legislativa merece reparos. Também à luz do Direito Comunitário não pode deixar de merecer sérias reservas.

E deixando, por agora, de parte a filosofia estruturante que, neste domínio, preside ao Código dos Contratos Públicos, vamos apenas fazer uma breve menção à Directiva 2006/123/CE, de 12-12-06, relativa aos serviços no mercado interno. Dispõe a Directiva, no seu artigo 15.º, n.º 2, que os Estados-Membros devem verificar se os respectivos sistemas jurídicos condicionam o acesso a uma actividade

de serviços ou o seu exercício ao cumprimento de alguns requisitos não discriminatórios aí expressamente enumerados. Um deles tem, justamente, a ver com a obrigação de o prestador se constituir de acordo com uma forma jurídica específica.

Por isso, não é de estranhar que a Comissão Europeia tenha decidido enviar a Portugal um pedido formal em relação à legislação portuguesa aplicável à celebração de certos contratos públicos de serviços, a qual, na opinião da Comissão, viola as Directivas Contratos Públicos, precisamente com fundamento no facto de a legislação em questão favorecer as pessoas colectivas em relação às pessoas singulares na adjudicação de contratos públicos de serviços para determinadas tarefas específicas (tarefa) e para a prestação continuada de serviços por profissionais liberais (avença), assumindo, tal injunção, a forma de «parecer fundamentado», que constitui a segunda fase do processo por infracção nos termos do artigo 226.º do Tratado CE. Adiantando que, caso não receba uma resposta satisfatória no prazo de dois meses, a Comissão pode recorrer ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. □

Um caso exemplar de degradação da autonomia municipal

Pedro Gonçalves

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

Em algumas das opções fundamentais que acolhe, a Lei n.º 8/2009, de 18 de Fevereiro, sobre o regime jurídico dos conselhos municipais de juventude, suscita-me dúvidas de vária ordem: neste escrito, pretendo partilhar algumas delas, colocando-as num espaço de debate público.

Nos termos da Lei, o conselho municipal de juventude (doravante, conselho) “é o órgão consultivo do município sobre matérias relacionadas com a política da juventude”; trata-se, pois, de um “órgão (consultivo) do município”, de uma figura organizativa integrada naquela pessoa colectiva ou, noutra formulação, de uma unidade de actuação do município - neste ponto, a Lei afastou-se dos modelos adoptados em casos próximos, como sucede com o conselho municipal de educação, qualificado como “instância” que actua “a nível municipal”, ou com o conselho municipal de segurança, legalmente designado “entidade de âmbito municipal”.

O conselho é um órgão de instituição obrigatória, devendo a sua criação ocorrer, sob a égide da assembleia municipal, no prazo máximo de seis meses: estranhamente, a Lei não diz quando é que esse prazo começa a correr!

A nova figura surge como órgão do município, mas, evidentemente, não é um “órgão representativo do município”: muitos dos seus membros não são eleitos pela população do município, mas designados por associações de direito privado.

O conselho prossegue os seus fins no âmbito das políticas municipais de juventude, assegurando a sua articulação com outras políticas sectoriais, na contribuição para o aprofundamento do conhecimento dos indicadores económicos, sociais e culturais relativos à juventude, na divulgação de trabalhos e na promoção de iniciativas de interesse para a juventude, no incentivo e apoio à actividade associativa juvenil. Exerce competências consultivas (emissão de parece-

res obrigatórios), competências de acompanhamento dos órgãos do município e competências eleitorais (eleição do representante do município nos conselhos regionais de juventude).

Com a criação do conselho, a Lei institucionalizou, dentro do município, um órgão com função exclusiva de representação de interesses da juventude; enxertou numa entidade de fins múltiplos e de prossecução dos interesses indistintos da população uma estrutura que se ocupa de interesses parciais, dominada por representantes associativos; esta, que já não se revela em si mesma uma boa solução, franqueia as portas à adopção de soluções desastrosas. Como sucede com esta Lei.

Não se apresentando como órgão representativo do município, o conselho é um “órgão de representação”, em concreto, de representação de associações de juventude - integra, além do mais, i) um representante de cada associação juvenil com sede no município inscrita no Registo Nacional de Associações Juvenis (RNAJ); ii) um representante de cada associação de estudantes do ensino básico e secundário com sede no município inscrita na RNAJ; iii) um representante de cada associação de estudantes do ensino superior com sede no município inscrita na RNAJ; iv) em certas condições, um representante de cada federação de estudantes inscrita na RNAJ; v) um representante de cada organização de

juventude partidária com representação nos órgãos do município ou na Assembleia da República; vi) um representante de cada associação juvenil (ou equiparada) de âmbito nacional, nos termos da Lei nº. 23/2006, de 23 de Junho.

Além dos representantes de associações de juventude, a composição do conselho inclui ainda o representante do município no conselho regional de juventude, bem como membros de outros órgãos municipais, a saber: i) o presidente da câmara municipal, que preside; ii) um membro da assembleia municipal de cada partido ou grupo de cidadãos representados nesse órgão.

A composição do conselho revela-nos, portanto, um órgão de carácter híbrido: ao juntar representantes de associações de juventude e membros de outros órgãos municipais, o conselho adquire, como órgão do município, uma fisionomia atípica, parecendo, em rigor, configurar-se como instância exterior ao município, formada por representantes municipais e por representantes das associações juvenis. De resto, em vários pontos, a Lei deixa claro que não assumiu na sua inteireza a opção de internalização: vejam-se por exemplo, e de forma sintomática, as referências à realização dos fins do conselho em “colaboração com os órgãos do município”, à representação deste “junto dos órgãos autárquicos” ou às suas competências de acompanhamento da actuação dos

“órgãos do município”. Em todos estes casos, parece pressupor-se que os “órgãos do município” não são os “outros” órgãos do município, mas antes os órgãos de uma entidade estranha.

Retomando a composição do conselho, uma consequência lógica da opção de o internalizar passaria por desenhá-lo como órgão apenas representativo das associações de juventude. Embora não deixasse obviamente de surgir como uma má solução, apresentaria a vantagem da clareza e de uma certa coerência, ao colocar a composição do novo órgão em harmonia com a sua função.

Contudo, ainda que de forma anómala, e mesmo paradoxal, a Lei talvez tenha adoptado o referido modelo de composição híbrida com o objectivo pouco honroso de credibilizar a própria operação jurídica de internalização - procurando contornar as eventuais dificuldades suplementares que decorreriam do cenário de adopção do modelo de instituição, dentro do município, de um órgão representativo de interesses parciais e com designação totalmente privada.

O resultado da solução legal adoptada, menos audaz, saldou-se na aberração que consiste em se distinguirem duas categorias de membros do conselho: os “membros de primeira”, que são os representantes das organizações jovens, titulares de todos os direitos orgânicos, e os “membros de segunda”, quer dizer, os

membros dos outros órgãos do município, incluindo o presidente da câmara municipal, os quais se encontram impedidos - veja-se bem! - de participar nas “votações de todas as matérias” submetidas à apreciação do conselho, incluindo a votação na eleição de representantes do próprio município. Não imagináramos solução mais bizarra do que esta, de fazer do presidente da câmara municipal e de membros da assembleia municipal, respectivamente, presidente e membros do novo órgão do município, mas sem o direito de voto e exclusivamente com os direitos de intervir nas reuniões, de propor a adopção de recomendações e de solicitar o acesso a informação junto dos outros órgãos municipais.

Um regime com esses contornos não serve, decerto, o interesse da democracia participativa, nem, aliás, nenhum outro interesse legítimo; constitui, na verdade, uma paródia, inspirada numa desordem de valores, que, a final, corrói os fundamentos e o sentido da democracia administrativa.

Mas a ausência total de bom senso revelou-se noutros planos, percorrendo a Lei uma via de claro afrontamento e mesmo aviltamento da autonomia municipal. Refiro-me agora à atribuição ao município (de novo, como se este fosse uma entidade estranha) de pesadas responsabilidades no domínio do apoio logístico ao conselho. Assim, nos termos da Lei, o município deve disponibilizar ao conse-

lho: a) apoio logístico e administrativo aos eventos organizados sob a sua iniciativa, “nomeadamente” a realização de encontros de jovens, seminários, colóquios e conferências; b) instalações condignas não só para o conselho, como também para os serviços de apoio; c) acesso ao boletim municipal; d) uma página no seu sítio na Internet.

O município fica assim responsável - a Lei refere-se inúmeras vezes ao “dever” do município - por suportar a logística do conselho, assim como por apoiar e suportar, nos planos administrativo e logístico (seja lá o que isto for), os “eventos” que, de acordo com os altos critérios dos seus membros, o conselho entenda dever promover.

O novo regime legal apresenta-se grosseiramente desrazoável e não se conforma com as exigências de constitucionalidade, quando confrontado com o princípio da autonomia local - princípio

que se concretiza numa autonomia decisória dos órgãos representativos do município. Autonomia decisória que é pura e simplesmente abolida em tudo o que se relacione com o apoio, ou não, de acções concretas e específicas das organizações privadas de juventude ou com a definição do tipo de acções a apoiar: nos dois planos a decisão pública foi colocada fora do círculo democrático municipal.

E, como é claro, o “truque” de internalizar o conselho, instituindo-o como órgão do município, não engana ninguém. De facto, a solução não mascara a verdadeira natureza do conselho municipal de juventude: trata-se de uma espécie de federação de organizações juvenis, à qual a Lei conferiu à força a qualidade de órgão do município, com o fito, além do mais, de a pôr a viver à custa da entidade pública em que foi enxertada. □

Restrições à participação em procedimentos de contratação pública

Rodrigo Esteves de Oliveira

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

1. Em sectores dominados pelo paradigma da concorrência e que têm no mercado o seu suporte, como sucede com o da contratação pública, a restrição ou limitação do acesso das empresas aos procedimentos de adjudicação é, quase por natureza, diríamos, uma questão delicada. Se mais não fosse, porque o princípio da concorrência não é de sentido único, apontando, a um tempo, para a maior concorrência possível e, a outro tempo, para uma concorrência efectiva e sã. Ali, o princípio pode ser um obstáculo à instituição de barreiras de acesso, aqui, pode ser o seu fundamento.

E note-se que o problema das restrições à participação em procedimentos de contratação pública não é juridicamente delicado apenas quando estejam em causa empresas privadas (de privados, entenda-se), mas também entidades públicas (em formato público ou em formato de direito privado, designadamente, societário), cuja participação, como concorrentes ou candidatas, em

procedimentos desses pode suscitar, e suscita, problemas complexos (indício disso mesmo é o Considerando 4 da Directiva 2004/18/CE).

Além de outros, um dos motivos principais da discussão centra-se na existência de relações e participações societárias entre as empresas, que podem ir desde a hipótese da “simples participação” (igual ou superior a 10%) até à da “relação de grupo” (“grupo constituído por domínio total”, “contrato de grupo paritário” e “contrato de subordinação”), passando pelas “relações de participação recíproca” e pelas “relações de domínio” (ver, a este respeito, os artigos 481^o e seguintes do Código das Sociedades Comerciais), questionando-se se, em tais casos, que são muito diversos, deve admitir-se ou proibir-se a participação separada de “sociedades coligadas” no mesmo procedimento adjudicatório.

A questão, em abstracto, coloca, pelo menos, quatro problemas: i) o primeiro é o de saber se as causas de exclusão

enunciadas nas directivas comunitárias em matéria de contratação pública, mais concretamente, no artigo 45º da Directiva 2004/18 (a questão é ligeiramente diferente no âmbito da Directiva 2004/17/CE, como pode ver-se pelo seu artigo 54º), são *taxativas*, é dizer, se são apenas as hipóteses aí previstas que podem fundar uma decisão de exclusão, não se admitindo que os ordenamentos nacionais estabeleçam outras causas de exclusão atinentes à situação pessoal do concorrente ou candidato. Se forem *taxativas*, então, não se prevendo nelas esta específica causa de exclusão, não se admitiria a proibição, pelos sistemas jurídicos internos, da participação simultânea das empresas coligadas no mesmo procedimento adjudicatório; ii) o segundo relaciona-se com a natureza *vinculativa* ou *imperativa* das causas de exclusão previstas nas directivas comunitárias, ou seja, se elas têm de ser inscritas em norma nacional (ou se, não sendo, valem à sua revelia, na medida em que disponham de efeito directo) ou se, pelo contrário, está na disponibilidade dos Estados-Membros incluí-las nos respectivos sistemas jurídicos internos; iii) o terceiro problema, que só aparece em caso de resposta negativa à primeira questão, é o de saber de que *espécie podem ser as outras causas de exclusão*, designadamente, se podem abranger a hipótese da participação separada de empresas entre as quais exista uma relação de grupo no

mesmo procedimento adjudicatório, e quais os princípios a que elas estão especialmente sujeitas; iv) o quarto problema (de que, porém, não se cuidará aqui) consiste em saber *de que depende a vigência ou operatividade dessas causas de exclusão*, ou seja, se tais causas de exclusão têm de estar previstas em lei interna, se podem apenas constar do programa do procedimento, ou se, pelo contrário, pode a entidade adjudicante ou o júri fundar a sua decisão directamente nos princípios comunitários da contratação pública.

2. Estas questões (com excepção da última) irão ser em breve tratadas pelo Tribunal de Justiça no processo *Assitur*, sendo propósito único deste pequeno texto dar uma imagem das tendências que se desenham no plano comunitário, aproveitando, aqui e ali, para fazer uma referência às soluções consagradas no Código dos Contratos Públicos (CCP). É verdade, convém dizê-lo já, que ao referido caso *Assitur* não se aplica a Directiva 2004/18, mas a anterior Directiva 92/50/CEE (sobre processos de adjudicação de contratos de serviços), não tendo porém as questões controvertidas, em nossa opinião, tratamento sensivelmente diferente num e noutro desses diplomas, pelo que a decisão que vier do Tribunal de Justiça contribuirá certamente para a formação do *acquis* comunitário aplicável aos actuais procedimentos de contratação pública.

O caso *Assitur* descreve-se em breves palavras. Em 2003, a Camera di Comercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milan abriu um concurso público para a adjudicação, com base no critério do preço mais baixo, de um contrato para a prestação de serviços postais, a que se apresentaram três empresas: a SDA Spa, a Poste Italiane Spa e Assitur Srl. Tendo-se verificado que a totalidade das acções da SDA era detida pela *Attività Mobiliari SpA*, a qual, por sua vez, era inteiramente participada pela *Poste Italiane*, a *Assitur* requereu, nos termos das normas do concurso que proibiam que empresas em relações de grupo participassem (separadamente) como concorrentes, a exclusão da SDA e da *Poste Italiane*, com fundamento nas referidas ligações societárias. O requerimento acabou, no entanto, por ser indeferido e o contrato foi adjudicado à SDA, perguntando agora os tribunais italianos ao Tribunal de Justiça, em sede de reenvio prejudicial, se o artigo 29º da antiga Directiva 92/50/CE (sobre processos de adjudicação de contratos de serviços) — que corresponde ao artigo 45º/2 da Directiva 2004/18/CE — enuncia de forma taxativa as causas de exclusão da participação nos concursos, se há nessa matéria um “*numerus clausus*”, e, consequentemente, se o direito comunitário obsta a que haja legislação interna que proíba a participação simultânea num procedimento adjudicatório de empresas

que se encontrem, entre si, em relação de domínio (tal como definido no artigo 2359º do Código Civil italiano).

3. O Advogado Geral no processo *Assitur* (Ján Mazák), nas suas conclusões, já descreveu em termos essenciais o problema.

Assim, relativamente à questão da taxatividade ou não das causas de exclusão, o Tribunal de Justiça, no acórdão *La Cascina* (de 9.2.2006, processo C-226/04 e C-228/04), já havia considerado, é verdade, que o artigo 29º da Directiva 92/50 obstava a que os Estados-Membros previssem causas de exclusão diferentes das nele previstas (ver nº 22 do acórdão), mas, como bem observou o Advogado Geral, deve entender-se — até porque era isso que estava em causa nesse processo (ver nº 21) — que tal limitação só valeria para as causas impeditivas que se reportam à *honestidade profissional*, à *solvabilidade* ou à *fiabilidade* dos concorrentes e candidatos. Nesta matéria, portanto, mas só nela, haveria uma regra de taxatividade ou exaustividade comunitária, não podendo os sistemas jurídicos internos estabelecer, com base nessas razões, outras causas de exclusão.

É essa, aliás, a jurisprudência que parece também retirar-se do recente acórdão *Michaniki* (de 16.12.2008, processo C-213/07), a propósito do artigo 24º da antiga Directiva 93/37/CEE (sobre processos de adjudicação de empreitadas de

obras públicas) — em que estava em causa a conformidade jurídico-comunitária de uma norma constitucional do Estado grego que instituía uma incompatibilidade geral entre o sector das obras públicas e o sector dos meios de comunicação social e da qual resultava uma proibição de participação no procedimento de empreitadas a empresas empreiteiras com relações societárias com o sector dos meios de comunicação social —, no qual o Tribunal de Justiça decidiu que a referida norma do artigo 24º da directiva deve ser interpretada no sentido “de que enumera de forma exhaustiva as causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional susceptíveis de justificar a exclusão” de um concorrente ou candidato, só essas, portanto, não outras com diferente fundamento.

4. Note-se — e entramos aqui na segunda questão — que os Estados-Membros não estão obrigados a transpor para a respectiva ordem jurídica as causas de exclusão enunciadas no artigo 45º da Directiva 2004/18, com excepção das previstas no nº 1 desse preceito, que essas têm natureza vinculativa ou imperativa. O nosso legislador entendeu fazê-lo, no artigo 55º do CCP, mas podia ter optado por solução diferente, como pode também uma lei avulsa vir a dispor em sentido diverso, admitindo (ou não proibindo) a participação de empresas

em algumas das situações enunciadas no nº 2 do artigo 45º da Directiva 2004/18.

Como se disse no acórdão *La Cascina*, mesmo se a propósito do artigo 29º da Directiva 92/50, “não [se] prevê na matéria uma aplicação uniforme das causas de exclusão nele indicadas a nível comunitário, na medida em que os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar de nenhum modo essas causas de exclusão, optando pela participação mais ampla possível nos processos de adjudicação de contratos públicos, ou de as integrar na regulamentação nacional com um grau de rigor que poderá variar consoante os casos, em função de considerações de ordem jurídica, económica ou social que prevaleçam a nível nacional. Neste contexto, os Estados-Membros têm o poder de moderar ou de tornar mais flexíveis os critérios estabelecidos no artigo 29º da directiva”.

Acontece é que, repete-se, em matéria de honestidade profissional, solvabilidade e fiabilidade dos concorrentes e candidatos, os sistemas jurídicos internos não podem criar outras causas de exclusão, diferentes das enunciadas nas directivas.

5. Mas se é assim — e desta forma chegamos ao terceiro problema —, isso significa que podem existir outras causas de exclusão estabelecidas pelos sistemas jurídicos internos. Ponto é que tenham um fundamento ou natureza diferente,

ou seja, não digam respeito à honestidade profissional, à solvabilidade e à fiabilidade das empresas.

A que podem então ir votadas essas outras causas de exclusão? O acórdão *Michaniki*, depois de considerar que as directivas não impedem que um Estado-Membro “preveja outras medidas de exclusão” dos concorrentes ou candidatos, já adiantou alguma coisa sobre o assunto, afirmando que isso será legítimo quando tenham em vista “garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência, desde que essas medidas não vão além do que for necessário para alcançar esse objectivo”.

E é isso que vem também sustentar o Advogado Geral no processo *Assitur*, afirmando, nas suas conclusões, que a enumeração taxativa das causas de exclusão relativas à honestidade profissional, à solvabilidade e à fiabilidade “não afasta a possibilidade de os Estados-Membros manterem ou aprovarem outras normas destinadas a garantir (...) o respeito do princípio da igualdade de tratamento e do concomitante princípio da transparência. Esses princípios, que correspondem à própria essência das directivas relativas aos processos de adjudicação de contratos públicos, devem ser respeitados pelas entidades adjudicantes em todos os processos para a adjudicação de contratos deste tipo e significam, em especial, que os concor-

rentes devem estar numa posição de igualdade tanto no momento em que preparam as suas propostas como no momento em que estas são avaliadas pela entidade adjudicante. Um Estado-Membro pode, pois, prever medidas de exclusão com o fim de garantir o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento de todos os concorrentes e da transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, para além das (...) causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional”, taxativamente enumeradas nas directivas comunitárias. E como “são os Estados-Membros que estão na melhor posição para identificar, à luz de considerações de ordem histórica, económica ou social, que lhes são próprias, situações susceptíveis de conduzir a violações dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, (...) há que reconhecer-lhes uma certa margem de apreciação para efeitos da adopção de medidas destinadas a garantir o respeito desses princípios. No entanto, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, que é um princípio geral do direito comunitário, essas medidas não devem ir além do que é necessário para alcançar esse objectivo”.

Diga-se, aliás, que isto mesmo já se havia admitido noutros casos, designadamente, quando uma empresa tenha prestado

assessoria ou apoio técnico à entidade adjudicante na preparação e elaboração das peças do procedimento. Não se trata aí de uma causa de exclusão prevista nas directivas comunitárias, mas o Tribunal de Justiça aceitou que essa hipótese possa constituir, em certos termos, motivo para o afastamento da empresa concorrente (ver, por exemplo, acórdão Fabricom, de 3.3.2005) — mesmo que, note-se, não tenha sido prevista nas peças do procedimento —, solução que o nosso legislador veio consagrar na alínea j) do artigo 55º do CCP, em termos porém cuja plena compatibilidade com o direito comunitário nos suscita dúvidas.

6. Relativamente à hipótese da participação simultânea num procedimento adjudicatório de empresas que se encontrem, entre si, em relação de domínio, sobre que trata o processo Assitur, o que estará em causa, segundo o Advogado Geral, é o facto de “o jogo da livre concorrência e a rivalidade ficarem irremediavelmente prejudicados com a admissão de propostas que, apesar de provirem formalmente de duas ou mais sociedades legalmente distintas, possam ser imputadas a um único centro de interesses”. Ou seja, as “sociedades dominadas não são consideradas terceiros relativamente às sociedades dominantes e, portanto, não têm legitimidade para apresentar outra proposta no mesmo concurso”. Ora, diz, essa eventual causa de

exclusão “não se reporta à honestidade profissional, à solvabilidade ou à fiabilidade dos candidatos”, “não versa sobre o comportamento dos candidatos, antes procura prevenir situações em que a própria relação entre determinadas sociedades que participam num concurso tende a falsear esse processo”, tendo por isso em vista “garantir a igualdade de tratamento de todos os concorrentes e a transparência dos processos de adjudicação dos contratos públicos”, sustentando por isso que “o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que, em princípio, não obsta à adopção de medidas nacionais desse tipo”.

Refira-se que, ao contrário, por exemplo, do Código dos Contratos Públicos italiano — aprovado pelo Decreto legislativo nº 163/06, de 12 de Abril de 2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), em cujo artigo 34º, último parágrafo, se prevê que “não podem participar no mesmo concurso concorrentes que se encontrem entre si numa das situações de domínio previstas no artigo 2359º do Código Civil”, dispondo-se ainda que devem ser excluídos do concurso os concorrentes relativamente aos quais verificarem, “com base em elementos inequívocos, que as respectivas propostas são imputáveis a um único centro de decisão” —, o CCP não previu expressamente esta hipótese, embora não tenha deixa-

do de dispor, no respectivo artigo 54º/2, que “os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento, (...) nem integrar outro agrupamento candidato ou outro agrupamento concorrente”.

Note-se porém que a circunstância de, segundo o Advogado Geral, o direito comunitário não impedir, em princípio, a adopção de medidas tendentes à proibição da participação simultânea num mesmo procedimento adjudicatório de empresas que se encontrem em relação de domínio ou grupo não significa a sua aceitação sem mais, pois a medida instituída há-de ser compatível com o *princípio da proporcionalidade*.

Ora, no caso Assitur, a norma de direito italiano em apreço determina a exclusão automática das sociedades, baseando-se na “presunção *juris et de jure* da cognoscibilidade da proposta da sociedade dominada por parte da sociedade dominante”, insusceptível portanto de ser “refutada com a prova de que a sociedade dominada formulou a sua proposta com total autonomia”, facto que leva o Advogado Geral a considerar a norma como “desproporcionada, uma vez que não permite que os concorrentes possam provar que as suas propostas foram, de facto, elaboradas de tal modo que, na verdade, não constituem um obstáculo à igualdade de tratamento dos concorren-

tes e à transparência dos processos de adjudicação dos contratos públicos”.

7. É esta portanto a proposta que o Advogado Geral sujeita à apreciação do Tribunal de Justiça: por um lado, as directivas comunitárias sobre contratação pública devem ser interpretadas no “sentido de que enumeram, de forma exhaustiva, as causas de exclusão baseadas em considerações objectivas sobre a qualidade profissional susceptíveis de justificar a exclusão de um [concorrente] da participação num processo de adjudicação de um contrato público”, mas não obstam a que um Estado-Membro “preveja outras medidas de exclusão com o fim de garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência, desde que essas medidas não vão além do que é necessário para alcançar esse objectivo”; e, por outro lado, que o “direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, que, embora prosseguindo os objectivos legítimos de igualdade de tratamento dos concorrentes e de transparência nos processos de adjudicação de contratos públicos, implica a exclusão automática do concurso no tocante a concorrentes entre os quais exista uma relação de domínio, como definida pela regulamentação nacional, sem que lhes seja dada a oportunidade de provarem que, nas circunstâncias do caso concreto, essa relação não levou à violação dos princípios

da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência”.

A questão, como se vê, é muito delicada e o caso particular não deixa sequer antever toda a complexidade do problema, que, de resto, se mantém mesmo que o Tribunal de Justiça venha a considerar contrária ao direito comunitário uma norma que proíba a participação simultânea de sociedades com relação de domínio ou de grupo. Basta imaginar, por exemplo, a qualificação, em concurso limitado com sistema de selecção (do artigo 181º do CCP), de duas sociedades entre as quais exista uma relação de domínio ou de grupo ou a selecção de duas sociedades dessas para a fase de negociações (em separado) de um procedimento adjudicatório, que se nos afiguram casos de desvirtuamento das

regras da concorrência. Para não dizer também que, ao contrário do que sucede noutros casos (vg, no regime do preço anormalmente baixo ou no caso do acórdão Fabricom), a admissibilidade da prova em contrário, proposta pelo Advogado Geral, em hipóteses como a do processo Assitur pode não resolver muito, pois, dependendo da leitura que se faça, ou se tratará de uma “prova diabólica” ou será tendencialmente uma prova bastante simples, insusceptível de ser refutada pela entidade adjudicante.

Como quer que seja, o propósito deste pequeno texto, que era dar uma imagem das tendências que se desenham no plano comunitário, esgota-se aqui. A palavra pertence agora ao Tribunal de Justiça. □

D O U T R I N A

Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da Directiva 2007/66/CE

Adolfo Mesquita Nunes

*Advogado***1. Enquadramento**

A aproximação da data limite de transposição da Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007¹, oferece um excelente pretexto para actualizar reflexões acerca da urgência no contencioso pré-contratual, uma vez esta Directiva diz precisamente respeito à melhoria da eficácia dos recursos em matéria de adjudicação de contratos públicos

Reagindo às pressões rítmicas impostas pela aceleração dos procedimentos de contratação pública prevista nas Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho², a Direc-

tiva 2007/66/CE introduziu no ordenamento comunitário um conjunto de mecanismos de desaceleração procedimental e de reforma contenciosa que importa destacar.

Esperar-se-ia de uma Directiva que se propôs garantir a aplicação efectiva das disposições das Directivas Procedimentais, impondo aos Estados-Membros a obrigação de estabelecer processos de recurso rápidos e eficazes em caso de violação das referidas Directivas, que a mesma trabalhasse com a realidade procedimental que nelas foi consagrada e se dedicasse a desenvolver um conjunto de mecanismos contenciosos adequados a

¹ Directiva que altera as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho, em conjunto aqui referidas como “Directivas relativas aos meios contenciosos”.

² Relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento

e dos contratos públicos de serviços e procedimentos de adjudicação de contratos nos sectores excluídos da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, respectivamente. Aqui referidas, em conjunto, como “Directivas Procedimentais”.

fazer vingar as opções das Directivas Procedimentais.

Não foi isso, no entanto, que sucedeu com a Directiva 2007/66/CE e, em consequência, com a actual redacção das Directivas relativas aos meios contenciosos. Na verdade, como qualquer rápida leitura do documento permite apreender, a Directiva estabelece um conjunto de mecanismos de desaceleração procedimental que poderiam, e em rigor deveriam, estar previstos nas Directivas Procedimentais. Pode mesmo dizer-se que custa entender que, no curto espaço de três anos, o ordenamento comunitário tenha visto nascer, neste âmbito, Directivas com sentidos rítmicos conflitantes.

De um lado, as Directivas Procedimentais apostadas na criação de procedimentos de sentido aberto, capazes de conformar técnicas de negociação e aceleração e direccionados no sentido da eficácia, da velocidade e do ganho de tempo. Do outro lado, as Directivas relativas aos meios contenciosos apostadas, pela mão da Directiva 2007/66/CE, em criar não só mecanismos de urgência contenciosa como igualmente mecanismos de desaceleração procedimental tendentes à atempada reacção contenciosa às ilegalidades ocorridas nos procedimentos de contratação pública.

E se o resultado nacional das Directivas Procedimentais está à vista de todos no Código dos Contratos Públicos que as

transpôs (“CCP”)³, tendo já sido objecto de análises várias, a verdade é que a Directiva 2007/66/CE tem sido objecto de menor atenção.

Assim, atendendo a que data limite de transposição dessa Directiva é de 20 de Dezembro de 2009 e tendo em conta que essa transposição implicará necessariamente a introdução de alterações no CCP e no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”), impõe-se uma breve análise crítica sobre as principais implicações desta Directiva no ordenamento jurídico nacional. É o que procurarei fazer neste artigo, começando por contextualizar os principais problemas a que a Directiva visou dar resposta.

2. Os riscos da velocidade procedimental no âmbito da contratação pública

A velocidade dos procedimentos de contratação pública não configuraria qualquer problema para os particulares que neles participam se as especificidades desses procedimentos não ditassem uma drástica redução das possibilidades de tutela dos particulares a partir de um determinado momento.

De facto, a velocidade procedimental, enquanto resposta aos novos desafios que os tempos modernos colocam em termos de rapidez, não pode senão beneficiar os particulares que participam

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

nos procedimentos de contratação pública.

No entanto, no âmbito pré-contratual, existe um momento a partir do qual é possível que a reacção contenciosa a qualquer acto procedimental possa perder grande parte da sua utilidade.

Esse momento é, não só mas também no nosso ordenamento, o da celebração e início de execução do contrato, por circunstâncias várias que escapam à economia deste artigo e que se relacionam com a especial dificuldade de obter a execução das sentenças que ditam a invalidade consequente dos contratos⁴.

⁴ Em todo o caso, direi que a barreira que a celebração do contrato encerra no nosso ordenamento se deve, essencialmente, a circunstâncias alheias ao quadro temporal ou formal da instância, antes encontra fundamento no regime substantivo de invalidade consequente dos contratos na sequência da ilegalidade dos seus actos de formação e ainda na forma como a celebração do contrato é encarada em sede de execução de sentenças e de decretamento de providências cautelares. Perante um regime substantivo, que adiante descreverei, em que a invalidade consequente do contrato não é processualmente automática e em que existe um momento que medeia a anulação do acto e as possíveis consequências no contrato, as dificuldades que se levantam aos particulares no âmbito do contencioso pré-contratual dizem respeito à forma como podem alcançar a execução de uma sentença de invalidade do contrato, não tendo conseguido evitar a sua celebração. Assim, são três os principais factores que, no actual quadro substantivo e processual, podem colocar em causa a tutela dos autores processuais: i) ponderação do juiz acerca da invalidade consequente do contrato, ii) mecanismos colocados à disposição das entidades adjudicantes para a manutenção da coisa contratada bem como a impossibilidade ou especiais dificuldades em anular ou declarar nulo o contrato e, finalmente, iii) a ponderação do juiz

Não pode dizer-se que a tutela do particular se torna impossível a partir desse momento, mas a verdade é que os obstáculos que podem surgir com a celebração do contrato são em número considerável e levantam constrangimentos relevantes.

Precisamente por isso é que, por verdadeira dedicação à urgência da sua actividade ou por clara vontade de escapar às malhas contenciosas, as entidades adjudicantes sempre tenderam para celebrar os contratos de forma tão rápida quanto possível (*“corridas à assinatura do contrato”*)⁵.

E não se pense que a situação de facto consumado provocada pela celebração do contrato é de difícil ocorrência. No âmbito dos trabalhos de consulta operados pela Comissão para a elaboração da Directiva 2007/66/CE, concluiu-se que 50% a 57% dos consultados já haviam sido privados de tutela jurisdicional em virtude da celebração do contrato⁶.

cautelar do interesse público na manutenção do contrato entretanto celebrado.

⁵ É esta a expressão utilizada na proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho apresentada pela Comissão, que altera as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia dos processos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos e que redundou na Directiva 2007/66/CE.

⁶ A esta situação deve somar-se o facto de as pretensões indemnizatórias, enquanto compensação da não execução da anulação do contrato, acabarem por não fornecer uma tutela adequada. Em primeiro lugar porque, no caso dos concorrentes ao procedimento, o seu objectivo são as vantagens económicas da execução do contra-

O TJCE inclusivamente já se pronunciou sobre esta matéria, no Acórdão *Alcatel Austria e o.*⁷ e no Acórdão *Comissão/Áustria*⁸, considerando que a concomitância da decisão de adjudicação e da celebração do contrato priva os interessados de qualquer possibilidade de recurso para obter a anulação de uma decisão ilegal de adjudicação ou para prevenir a celebração do contrato, assim se frustrando as disposições do artigo 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Directiva 89/665/CEE. Já para não falar, também, da adjudicação ilegal de contratos por ajuste directo, excessivamente frequente e que o TJCE qualifica como a mais importante violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos⁹.

Perante este cenário é fácil perceber que as tendências aceleratórias dos procedimentos de contratação pública antecipam, em termos cronológicos, o momento de celebração do contrato e que, em consequência, antecipam o momento a partir do qual a reacção contenciosa contra às ilegalidades cometidas no procedimento perde parte da sua força¹⁰.

to. Em segundo lugar porque, mesmo que assim não fosse, é seguramente difícil fazer a prova da extensão e profundidade das lesões. Tanto assim é que, actualmente, não pode dizer-se que a tutela indemnizatória constitua um factor de dissuasão das ilegalidades praticadas pela Administração.

⁷ Cfr. Acórdão C-81/98, Colect., p. I-7671.

⁸ Cfr. Acórdão C-212/02, Colect., p. I-0000.

⁹ Acórdão do TJCE, de 11 de Janeiro de 2005, *Stadt Halle*, Processo C-26/03, Col. 2005, p. I-1.

¹⁰ Em Portugal o CCP encarregou-se naturalmente de corporizar estas modernas tendências de

Estamos por isso num verdadeiro *jogo do apanha*, em que as entidades adjudicantes vão correndo à frente, desenvolvendo todos os esforços no sentido de contornar as tentativas contenciosas para apanhar o ritmo dos procedimentos, sendo certo que a reacção jurisdicional está sempre atrasada relativamente àquela uma vez que opera tendencialmente num cenário de facto consumado, em que o acto ilegal já produz os seus efeitos de forma unilateral e sem qualquer mediação jurisdicional.

aceleração procedimental, sendo possível destacar alguns aspectos exemplificativos. Em primeiro lugar, as regras relativas à escolha do procedimento e que procuram, como a nova centralidade do ajuste directo o demonstra, prosseguir o objectivo preambularmente expresso de “*pôr fim à actual banalização dos procedimentos de tramitação mais pesada e complexa (designadamente o concurso público e o concurso limitado)*”. Em segundo lugar, as regras relativas à tramitação dos procedimentos, tendentes à supressão ou mitigação de fases e formalidades supérfluas (eliminação do acto público, supressão da avaliação da capacidade financeira e técnica dos concorrentes no concurso público ou transferência da fase de habilitação para depois da adjudicação). E por fim as regras de desmaterialização procedimental que favorecem, nos termos do preâmbulo, o “*encurtamento dos prazos procedimentais, tanto reais quanto legais*”, através da utilização de novas tecnologias, reflectidas na utilização de plataformas electrónicas (as propostas passam a ser entregues por via electrónica e grande parte das notificações e intervenções procedimentais passam a ter lugar nessas plataformas e em tempo mais imediato) e na utilização de sistemas de aquisição dinâmicos.

3. A urgência no contencioso pré-contratual como resposta insuficiente à velocidade procedimental: o processo urgente de contencioso pré-contratual

O reforço da tendência aceleradora dos procedimentos de contratação pública provou a insuficiência das orientações do legislador comunitário nas versões originais das Directivas relativas aos meios contenciosos.

Essas Directivas previam, na sua versão original, mecanismos processuais destinados a evitar a celebração do contrato, nelas se evidenciando a preocupação de fornecer ao autor processual todos os meios contenciosos necessários à defesa dos seus direitos e interesses antes da celebração do contrato. As Directivas apostaram, por isso, na consagração de uma musculada tutela cautelar que pudesse favorecer a emissão de uma decisão judicial antes da celebração do contrato, devidamente acompanhada pela exigência de formas processuais céleres e eficazes¹¹.

¹¹ Assim se justifica a redacção do artigo 2.º n.º 1 da Directiva Recursos, e toda a atenção que aí é dedicada à tutela cautelar, devendo os Estados-membros velar “por que as medidas tomadas para os efeitos dos recurso prevejam os poderes que permitam (...) tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados outros danos aos interesses em causa, incluindo medidas destinadas a suspender ou a fazer suspender o processo de adjudicação do contrato de direito público em causa ou a execução de qualquer decisão tomada pelas entidades adjudicantes”. O artigo 2.º, n.º 1 da Directiva 92/13/CEE

Precisamente, e em transposição dessas Directivas, o legislador português consagrou uma forma processual autónoma e urgente para o contencioso pré-contratual, prevista no artigo 100.º e seguintes do CPTA. Por outro lado, estabeleceu comandos próprios aplicáveis à sua instrumental tutela cautelar, no seu artigo 132.º.

No entanto, tal como tive oportunidade de defender noutra ocasião¹², esta forma processual provou ser insuficiente para oferecer a tutela que lhe competia, o que aliás reforça, como adiante descreverei, a necessidade de, a pretexto da transposição da Directiva 2007/66/CE, nela se operarem diversas reformas.

Sumariamente, penso que pode dizer-se que o processo previsto no artigo 100.º e seguintes do CPTA se trata de um processo excessivamente lento, pese a suposta urgência que o enforma; circunstância que se revela em diversos aspectos:

estatuí que os Estados-membros devem “(...) tomar, no mais curto prazo e mediante processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados novos prejuízos aos interessados, incluindo medidas destinadas a suspender ou a mandar suspender o procedimento de celebração do contrato em causa ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante”.

¹² Dissertação de Mestrado, ainda em revisão para publicação, mas já disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, intitulada “A Urgência no Contencioso Pré-Contratual”.

- i) a tramitação do processo urgente de contencioso pré-contratual é decalçada da tramitação da acção administrativa especial, essencialmente mais acelerada mas com poucas variações formais, o que não favorece a celeridade¹³;
- ii) o processo convoca uma cognição verticalmente plena porquanto não está prevista qualquer restrição dos meios de prova, deixando o processo nas mãos das pressões dilatórias das partes¹⁴;
- iii) a propositura do processo urgente principal não tem qualquer efeito suspensivo sobre o procedimento¹⁵;
- iv) em matéria cautelar, a redacção do artigo 132.º do CPTA, por contraponto com a redacção do artigo 130.º, tem favorecido a opinião

¹³ O processo apresenta uma única tramitação aplicável a todos os litígios que recaem no seu âmbito. Teria sido admissível, atenta a heterogeneidade associada à matéria da contratação pública, a definição de tramitações diferenciadas, através de critérios vários como fossem o do valor da causa ou o do prazo de execução do contrato. A tramitação única ignora as enormes dificuldades de tratamento homogéneo da matéria sujeita ao contencioso pré-contratual.

¹⁴ Teria sido admissível compor de forma diferenciada a gestão dos meios de prova de acordo com tramitações diferenciadas. Mas, mesmo que assim não fosse, admitia-se, por exemplo, a consagração de um modelo de restrição dos meios à prova documental, cabendo ao juiz a decisão de, se assim o entendesse, abrir um período de instrução.

¹⁵ Teria sido admissível ponderar tal suspensão automática excepcional, ao menos em caso de impugnação de actos que assumem um efeito dificilmente reversível no procedimento, como é seguramente o caso da adjudicação.

jurisprudencial de que não se aplicam às providências cautelares instrumentais do processo urgente os mecanismos de tutela pré-cautelar: suspensão automática do procedimento por proposição de requerimento de providência cautelar (artigo 128.º) e decretamento provisório da providência cautelar (artigo 131.º)¹⁶;

- v) o autor processual não tem qualquer vantagem imediata no processo urgente se não recorrer aos mecanismos cautelares, sendo que nestes

¹⁶ Veja-se, a este respeito, o Ac. do STA de 20.03.07, proc. n.º 01191/06:

“I – Nos termos do artigo 132.º, 3 do CPTA são aplicáveis às providências cautelares relativas a procedimentos de formação de contratos “as regras do capítulo anterior, com ressalva do disposto nos números seguintes”. Comparando este artigo com o artigo 130.º, 4 que manda aplicar não só o disposto no capítulo I, mas ainda “... nos dois artigos precedentes”, concluímos que o legislador quis distinguir o âmbito das referidas remissões.

II – Atendendo por outro lado, à génese do artigo 132.º do CPTA (cuja fonte próxima radica no artigo 5º do Dec. Lei 134/98, de 15 de Maio), bem como ao regime da Directiva Comunitária n.º 89/665/CEE, do Conselho de 21 de Dezembro que aquele diploma transpõe para o direito interno, que no seu artigo 2º, n.º 3 estabelecia que “os processos de recurso, por si só, não devem ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos sobre os processos de adjudicação de contratos a que se referem”, deve o referido artigo 132.º, 3 do CPTA ser interpretado, de acordo com o seu sentido literal, ou seja, excluindo a aplicação do disposto nos artigos 128º (proibição de executar o acto administrativo) e 131º (decretamento provisório da providência) às providências relativas a procedimentos de formação de contratos”.

se vê privado dos mecanismos de tutela pré-cautelar e

- vi) o esquema de urgência montado pelo legislador assenta no claro pressuposto de que vai existir uma decisão cautelar, sendo que a experiência demonstra, na esmagadora maioria dos casos, que a decisão cautelar não é emitida antes da celebração do contrato.

Em suma, uma análise menos superficial sobre o quadro formal da instância do processo urgente permite entender que este não consegue, na esmagadora maioria dos casos e por si só, assegurar uma tutela eficaz do autor processual, uma vez que não chega a tempo de evitar ou atrasar a celebração do contrato.

Simultaneamente, uma análise rápida aos instrumentos cautelares associados a este processo urgente permite verificar que o legislador não cuidou de, com clareza, estender ao processo urgente de contencioso pré-contratual a musculada tutela pré-cautelar que criou nos artigos 128.º e 131.º.

As incapacidades do processo urgente de contencioso pré-contratual aconselham, por isso, à sua rápida reforma no sentido de o aproximar dos objectivos de tutela que presidiram a sua consagração.

Mas ainda que essa reforma se faça, uma coisa é certa: o tempo processual não pode ser mais rápido do que a própria sombra. É exactamente por isso que o contencioso pré-contratual, em quase

todas as formulações que se conhecem por essa Europa - e por mais sofisticadas que sejam -, está condenado a partir quase sempre com atraso relativamente a algumas violações por parte das entidades adjudicantes.

São aliás vários os mecanismos que têm sido tentados, alguns deles obrigando a repensar os próprios limites e funções da tutela cautelar. Veja-se, por exemplo, que neste *jogo do apanha* são já admitidos mecanismos destinados a fornecer uma tutela prévia à própria tutela cautelar, como que para assegurar que a decisão cautelar tenha efeito útil, tal como em Portugal sucede com o artigo 131.º do CPTA (e já veremos em que termos). Note-se até onde o contencioso já vai. Este já dispõe de mecanismos para assegurar a utilidade da decisão cautelar que vai assegurar a utilidade da decisão principal.

E se assim é, como agora tentarei evidenciar com a análise da Directiva 2007/66/CE, a reforma do processo urgente poderá não bastar para assegurar a tutela dos particulares no contexto da contratação pública.

4. Da necessidade de recorrer a mecanismos de desaceleração procedimental: a Directiva 2007/66/CE

De facto, o atraso da reacção contenciosa no âmbito dos procedimentos de contratação pública, apesar das várias reformas contenciosas em vários orde-

namentos dos Estados-Membros, obrigou o legislador comunitário a repensar os mecanismos da urgência no âmbito da contratação pública e a procurar garantir a tutela do interesse subjectivo directamente nos próprios procedimentos concursais.

É nesse prisma que deve ser lida a Directiva 2007/66/CE que reviu as Directivas relativas aos meios contenciosos.

Na verdade, a Directiva propõe um conjunto de mecanismos que se inscrevem já na esfera procedimental e não, como seria de esperar de uma revisão das Directivas dos meios contenciosos, no âmbito processual, dando assim conta do conflito de tensões rítmicas no seio da contratação pública.

Vejamos quais são esses mecanismos.

Em primeiro lugar, e para evitar que as entidades adjudicantes consigam, através da celebração do contrato, tornar irreversíveis as consequências da decisão de adjudicação impugnada, manda a Directiva que as entidades adjudicantes que concluem um processo formal de adjudicação suspendam, em princípio, a celebração do contrato por um prazo mínimo de 10 dias úteis (prazo de “*stand still*”) a contar da data de notificação da decisão de adjudicação, devidamente fundamentada, aos operadores económicos que tenham participado no processo de adjudicação (novos artigos 2.º-

A, n.º 2 das Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE)¹⁷.

Digo em princípio porque a Directiva prevê, na nova redacção do artigo 2.º-B das Directivas revistas, que os Estados-Membros possam dispensar o prazo de “*stand still*” nos seguintes casos:

- i) se não for exigida a publicação prévia do anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia;
- ii) se o único proponente interessado for o adjudicatário do contrato e não houver outros candidatos interessados;
- iii) em caso de um contrato baseado num acordo-quadro (aplicável apenas aos sectores clássicos) e no caso de um contrato específico baseado num sistema de aquisição dinâmico.

Ainda assim, se estas excepções se verificarem, manda o mesmo artigo das Directivas que os Estados-Membros assegurem que o contrato não produzirá efeitos nos seguintes casos:

- i) violação de algumas disposições relativas ao procedimento de contratação em caso de celebração de contrato ao abrigo de um acordo-

¹⁷ O prazo mínimo de 10 dias é aplicável em caso de utilização de telecópia ou de meios electrónicos. Em caso de utilização de outros meios de comunicação, o prazo é de, alternativamente, 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação tiver sido comunicada aos proponentes e candidatos interessados ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de recepção da decisão de adjudicação do contrato.

quadro que não defina todos os termos da contratação (segundo travessão do segundo parágrafo do n.º 4 do artigo 32.º);

- ii) se existir violação de algumas disposições que regulam a contratação por sistemas de aquisição dinâmicos (n.ºs 5 e 6 do artigo 33.º da Directiva 2004/18/CE e dos n.ºs 5 e 6 do artigo 15.º da Directiva 2004/17/CE) e
- iii) se o valor estimado do contrato for igual ou superior aos limiares estabelecidos nas Directivas Procedimentais.

Em segundo lugar, a Directiva estabelece, nos novos artigos 2.º n.º 3 das Directivas revistas, que caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso, não podendo essa suspensão cessar antes do termo do referido prazo de “*stand still*”.

Assim, os Estados-Membros devem prever que, em caso de interposição de um recurso contra o acto de adjudicação, este deve beneficiar de um efeito suspensivo automático sobre o procedimento.

Esse efeito suspensivo pode ser temporário (não podendo nunca terminar antes de expirado o prazo de “*stand still*”), devendo em qualquer caso durar o tempo suficiente para que a instância de recurso possa tomar uma decisão que assegure a tutela do particular, quer essa decisão se exerça em sede cautelar quer se exerça em sede principal.

Em terceiro lugar, no caso de os Estados-Membros exigirem que o interessado solicite previamente à entidade adjudicante a alteração da sua decisão, devem tais Estados assegurar-se, nos termos do novo artigo 1.º, n.º 5 das Directivas revistas, que a apresentação de tal pedido implica a suspensão imediata da possibilidade de celebrar o contrato. Essa suspensão não poderá cessar antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos, a contar do dia seguinte à data em que a entidade adjudicante tiver enviado uma resposta¹⁸.

Nestes dois últimos casos (suspensão do procedimento por recurso contra o acto de adjudicação ou por interposição de reclamação graciosa necessária), a Directiva é clara em determinar a consagração de um efeito suspensivo automático,

¹⁸ Também aqui o prazo mínimo de 10 dias é aplicável em caso de utilização de telecópia ou de meios electrónicos. Em caso de utilização de outros meios de comunicação, o prazo é de, alternativamente, 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a entidade adjudicante tiver enviado uma resposta ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de recepção da resposta.

excepcionando estes casos da tradicional regra nos ordenamentos europeus – com excepção do alemão – de que o recurso não deve ter necessariamente efeitos suspensivos automáticos relativamente aos processos de adjudicação de contratos a que se refere¹⁹.

A importância destes três mecanismos desaceleratórios é de tal ordem que, a fim de evitar violações graves das exigências em matéria de prazo suspensivo e de suspensão automática, a Directiva estabelece que deverão ser aplicadas sanções efectivas.

Por conseguinte, os contratos celebrados em violação dos prazos suspensivos ou de suspensão automática deverão ser juridicionalmente considerados desprovidos de efeitos se conjugados com violações às Directivas Procedimentais, na medida em que tais violações tenham afectado as hipóteses do proponente que interpôs recurso de obter o contrato (artigo 2.º-D, n.º 1, alínea b) das Directivas revistas).

Só assim não será, permite o artigo 2.º-E das Directivas revistas, se os Estados-Membros autorizarem a instância de recurso independente a decidir, depois de avaliados todos os aspectos relevantes, se o contrato deve ser considerado desprovido de efeitos ou se devem ser impostas sanções alternativas.

Estas sanções alternativas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas e devem consistir na aplicação de sanções pecuniárias à entidade adjudicante ou na redução da duração do contrato, não podendo em qualquer caso passar pela concessão de indemnizações, conforme manda o mesmo artigo.

Note-se pois que, na tentativa de consagrar e reforçar a desaceleração procedimental, a Directiva vai ao ponto de explorar um terreno que há bem pouco tempo julgaríamos interdito: a privação de efeitos de contratos celebrados com violações graves de Directivas, legitimando e abrindo caminho para atenuar os efeitos da celebração do contrato nos direitos dos particulares.

Esta privação de efeitos do contrato está aliás prevista em duas outras circunstâncias, também alinhadas no n.º 1 do novo artigo 2.º - D das Directivas revistas.

Assim, o contrato será juridicionalmente privado de efeitos se a entidade adjudicante tiver adjudicado um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia sem que tal seja permitido nos termos das Directivas Procedimentais.

Só assim não terá de ser, nos termos do novo n.º 4 do artigo 2.º-D das Directivas revistas, se:

- i) a entidade adjudicante considerar que a adjudicação de um contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da

¹⁹ Regra aliás exposta nos novos artigos 2.º, n.º 4 e 2.º n.º 3-A das Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE respectivamente.

União Europeia é permitida nos termos das Directivas Procedimentais;

- ii) a entidade adjudicante tiver publicado no Jornal Oficial da União Europeia um anúncio voluntário de transparência *ex ante* manifestando a sua intenção de celebrar o contrato²⁰ e
- iii) o contrato não tiver sido celebrado antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data da publicação do anúncio.

O contrato será ainda jurisdicionalmente privado de efeitos se, tendo os Estados-Membros invocado a excepção à aplicação do prazo suspensivo “*stand still*” para os contratos baseados num acordo-quadro e num sistema de aquisição dinâmico:

- i) existir violação das disposições que prevêm o procedimento de contratação a seguir em caso de celebração de contrato ao abrigo de um acordo-quadro que não defina todos os termos da contratação e das disposições que regulam a contratação

²⁰ Este anúncio deve conter as seguintes informações: a) O nome e contactos da entidade adjudicante; b) Uma descrição do objecto do contrato; c) Uma justificação da decisão da entidade adjudicante de adjudicar o contrato sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia; d) O nome e contactos do operador económico a favor de quem foi tomada a decisão de adjudicação do contrato; e e) Se adequado, qualquer outra informação considerada útil pela entidade adjudicante.

por sistemas de aquisição dinâmicos e

- ii) se o valor estimado do contrato for igual ou superior aos limiares estabelecidos nas Directivas Procedimentais.
- iii) Mais uma vez, só assim não terá de ser, nos termos do novo n.º 5 do artigo 2.º-D das Directivas revistas, se:
- iv) a entidade adjudicante considerar que a adjudicação do contrato foi feita nos termos das Directivas Procedimentais,
- v) a entidade adjudicante tiver enviado a decisão de adjudicação do contrato, acompanhada da exposição sintética dos motivos, aos proponentes interessados e ainda se
- vi) o contrato não tiver sido celebrado antes do termo de um prazo mínimo de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação do contrato foi enviada aos proponentes interessados²¹.

A Directiva não refere quais devem ser as consequências dessa privação de efeitos,

²¹ Este prazo de 10 é apenas aplicável em caso de utilização de telecópia ou de meios electrónicos. Em caso de utilização de outros meios de comunicação, o prazo mínimo é, alternativamente, de 15 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data em que a decisão de adjudicação foi enviada aos proponentes interessados ou de 10 dias consecutivos a contar do dia seguinte à data de recepção da decisão de adjudicação do contrato

deixando aos ordenamentos nacionais a necessária liberdade para o efeito.

Assim, são admissíveis várias soluções legislativas a este respeito, nomeadamente a anulação retroactiva de todas as obrigações contratuais executadas e por executar ou, ao invés, a anulação apenas das obrigações que ainda devam ser cumpridas. Importa registar, no entanto, que se o Estado-Membro optar por prever apenas a anulação das obrigações por executar, devem ainda aplicar-se cumulativamente sanções acessórias.

Evidentemente que esta privação de efeitos proposta pela Directiva está temperada com mecanismos destinados a assegurar a proporcionalidade da medida, razão pela qual a Directiva autoriza, ainda no mesmo artigo 2.º-D das Directivas revistas, os Estados-Membros a permitir que a instância responsável pela decisão do recurso não ponha em causa o contrato ou lhe reconheça determinados efeitos, ou todos eles, caso as circunstâncias excepcionais do caso em apreço exijam o respeito de certas razões imperiosas de interesse geral.

Mas não se pense que a Directiva convive facilmente com toda e qualquer invocação do interesse geral na manutenção do contrato. Antes pelo contrário, a Directiva é clara ao referir, no n.º 3 do artigo 2.º-D das Directivas revistas, que o interesse económico na manutenção dos efeitos do contrato só pode ser considerado razão imperiosa se, em circunstân-

cias excepcionais, a privação de efeitos acarretar consequências desproporcionadas.

Mais do que isso, a Directiva avança no sentido de que não deve constituir razão imperiosa de interesse geral o interesse económico directamente relacionado com o contrato em causa, aqui se incluindo os custos resultantes de atraso na execução do contrato, os custos resultantes da abertura de um novo procedimento de adjudicação, os custos resultantes da mudança do operador económico que executa o contrato e os custos das obrigações legais resultantes da privação de efeitos.

Do que antecede resulta que não só a Directiva que veio rever as disposições relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos públicos se decidiu a criar exigentes mecanismos suspensivos dos procedimentos de contratação, como igualmente veio quebrar um tabu há muito criado - que o contrato público é um castelo muito dificilmente transponível - reconhecendo que a privação de efeitos constitui o meio mais eficaz de restabelecer a concorrência e de criar novas oportunidades para os operadores económicos que tenham sido ilegalmente privados da oportunidade de concorrer ou de ganhar o procedimento.

5. Impacto contencioso da tendência desaceleratória dos procedimentos de contratação pública – a transposição da Directiva 2007/66/CE

As orientações da Directiva 2007/66/CE têm evidente impacto na procedimentalização da actividade contratual das entidades adjudicantes e na urgência do contencioso pré-contratual, de tal forma que se não vê como transpô-la sem, precisamente, proceder a uma alteração do CCP e do processo urgente de contencioso pré-contratual.

Vejamos de que forma esse impacto se faz sentir na nossa ordem jurídica e, em consequência, quais as preocupações a ter na sua transposição.

Começemos pelos mecanismos suspensivos criados pela Directiva e que agora recordo:

- i) prazo suspensivo destinado a impedir a celebração do contrato nos primeiros 10 dias (no mínimo) após a notificação da adjudicação a todos os interessados, e não apenas ao adjudicatário;
- ii) prazo (suspensão automática) destinado a impedir a celebração do contrato no prazo no mínimo igual ao referido na alínea anterior após a proposição de uma pretensão contenciosa contra uma decisão de adjudicação e
- iii) prazo (suspensão automática) destinado a impedir a celebração do contrato nos primeiros 10 dias (no

mínimo) após a resposta a uma reclamação graciosa necessária.

O prazo referido em (i) está actualmente consagrado no artigo 104.º, n.º 1, alínea a) do CCP, o qual estipula que a outorga do contrato deve ter lugar no prazo de 30 dias contados da data da aceitação da minuta ou da decisão sobre a reclamação, mas nunca antes de decorridos 10 dias contados da data da notificação da decisão de adjudicação.

Trata-se, portanto, de um mecanismo já transposto para a nossa ordem jurídica pelo CCP, embora de forma não assumida atenta a contemporaneidade dos documentos normativos em causa.

Acontece, porém, que esta previsão legal não alcança, sequer de perto, os intuitos que presidiram à sua consagração comunitária.

Na verdade, este prazo suspensivo foi comunitariamente pensado para proporcionar aos particulares o tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação e avaliarem da oportunidade de interpor recurso.

Ora, na nossa ordem jurídica, esse prazo de 10 dias, que corresponde ao prazo mínimo previsto na Directiva, é manifestamente exíguo para que os particulares dele possam retirar qualquer feito útil.

Recorde-se que aos autores processuais no âmbito do contencioso pré-contratual urgente está actualmente vedado, por Jurisprudência firmada do STA, o recurso

à tutela pré-cautelar dos artigos 128.º e 131.º²².

Assim, de que serve este prazo de 10 dias se, ao dar entrada com uma petição inicial ou um requerimento inicial, o autor não tiver um qualquer efeito prático, tendo que esperar, no mínimo, algumas semanas até obter uma decisão cautelar ou alguns meses até obter uma decisão principal?

Em que se traduz, do ponto de vista do autor processual ou até do procedimento, este prazo de “*stand still*” se, no decurso do mesmo, é certo e seguro que nada vai acontecer que possa impedir o contrato de ser celebrado?

Portanto, das duas uma: ou este prazo tem de ser alargado, de forma a substituir, na esfera procedimental, a falta que, no plano contencioso, fazem os mecanismos de urgência e de tutela pré-cautelar, ou têm de alterar-se os termos do processo urgente de forma a dotar o particular de um mecanismo que lhe permita, num prazo de 10 dias, ter uma qualquer resposta jurisdicional que tute-

le a sua pretensão e confira efeito útil à suspensão.

Ainda assim, importa notar, os mecanismos da tutela pré-cautelar, mesmo que aplicados ao processo urgente de contencioso pré-contratual, têm limitações no espectro da sua tutela que devem merecer alguma reflexão por parte do legislador.

Por um lado, quanto à suspensão automática do acto suspendendo prevista no artigo 128.º do CPTA, o mecanismo da resolução fundamentada tem vindo a ultrapassar, em muito, o âmbito e o fito com que foi criada, assumindo-se como resposta certa e sabida a qualquer requerimento inicial notificado às entidades adjudicantes.

Por outro lado, quanto ao decretamento provisório da providência cautelar previsto no artigo 131.º do CPTA, está o mesmo excessivamente dependente do juízo de especial urgência feito pelo tribunal, o que equivale a dizer que ele opera enquanto mecanismo ultra-extrordinário.

Sou assim da opinião que o prazo de “*stand still*” de 10 dias previsto no CCP não está apto, no actual quadro contencioso e procedimental, a dar como transposto o prazo de “*stand still*” previsto no novo artigo 2.º-A das Directivas relativas aos meios contenciosos, havendo para isso que dotá-lo do efeito útil previsto na Directiva 2007/66/CE.

²² Por outro lado, não é seguro que o prazo de 10 dias seja suficiente para alcançar um qualquer sentido de oportunidade da impugnação por parte do autor processual. Não podemos esquecer-nos que esse prazo se aplica por igual a procedimentos de formação de contratos muitos diversos. Desde contratos de fornecimento de material de escritório a contratos de concessão de uma auto-estrada, passando por contratos de construção de grandes infra-estruturas de transportes ou pequenas obras de conservação de caminhos regionais.

Aliás, parte desse efeito útil pode ser-lhe fornecido pelo prazo referido em (ii), e que consiste na inscrição de um efeito suspensivo automático sobre o acto de adjudicação pela proposição de uma pretensão processual contra o acto de adjudicação.

No nosso ordenamento a regra é a da não suspensão de eficácia do acto impugnado, com excepção do efeito suspensivo do acto suspendendo, prevista no artigo 128.º do CPTA.

Em grande parte, essa regra de não suspensão automática deve-se ao facto de o carácter suspensivo dos processos não ter, mesmo após a vaga de reformas contenciosas europeias, grandes adeptos por entre a maioria dos ordenamentos continentais.

Mas se já nada impedia que esse efeito suspensivo (eventualmente temporário) pudesse ser consagrado excepcionalmente²³, nem que reservado aos actos finais ou mais determinantes do procedimento, como manifestamente é o caso do acto de adjudicação, a verdade é que, neste momento, a Directiva 2007/66/CE impõe, para a sua transposição, a introdução de um mecanismo de suspensão automática sobre o acto de adjudicação.

²³ É o que aliás acontece, por exemplo, no âmbito do artigo 50.º CPTA, onde a impugnação de um acto administrativo suspende a sua eficácia quando esteja apenas em causa o pagamento de uma quantia certa, sem natureza sancionatória, e tenha sido prestada garantia por qualquer das formas previstas na lei tributária.

Esse efeito suspensivo não carece de ser definitivo, isto é, não tem de durar até à data da decisão judicial que ponha termo à causa ou decida do decretamento de uma providência cautelar, uma vez que a Directiva, numa redacção não propriamente feliz, admite que o mesmo pode ser temporário, sendo certo que não pode nunca terminar antes de decorrido o prazo de “*stand still*”²⁴.

No entanto, parece-me que essa possibilidade de prazo suspensivo temporário, admitida pela Directiva, presume que o decurso desse prazo de “*stand still*” está fixado de forma a conferir um qualquer efeito útil ao particular. Ou seja, a Directiva admite que o efeito suspensivo possa ser temporário mas apenas no caso de, no decurso do prazo de “*stand still*”, existir algum momento de apreciação jurisdicional que tutele o autor processual.

Qualquer outra interpretação que pretenda reduzir o efeito suspensivo obriga-

²⁴ De facto, o artigo 2.º, n.º 3 das Directivas revistas começa por dizer que caso seja interposto recurso de uma decisão de adjudicação de um contrato para um órgão que decida em primeira instância, independente da entidade adjudicante, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade adjudicante não pode celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso, o que indicia a necessidade de esta suspensão se manter por um prazo suficientemente longo para permitir a apreciação jurisdicional. Mas, de seguida, o artigo refere que a suspensão não pode cessar antes do termo do prazo suspensivo de “*stand still*”, prazo que, como se sabe, pode ser de apenas 10 dias.

tório previsto na Directiva ao decurso de um exíguo prazo de “*stand still*” não poderá conduzir a uma correcta transposição da Directiva porquanto não terá sequer como objectivo evitar a celebração do contrato.

De facto, a pergunta volta a impor-se: de que servirá ter o procedimento de formação do contrato suspenso por 10 ou 15 dias se, no decurso desse prazo, o tribunal não estiver autorizado a interferir no procedimento evitando a celebração do contrato?

Repare-se que a norma a transpor, o novo artigo 2.º, n.º 3 das Directivas revistas, insiste em associar este prazo à necessidade de assegurar que a entidade adjudicante não possa celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso.

Assim, das duas uma: ou o efeito suspensivo é suficientemente longo para cobrir o tempo normal de emissão de sentenças cautelares ou principais (podendo, no limite, não ser temporário e durar até que efectivamente essa decisão seja emitida) ou, então, terá de prever-se um qualquer momento de apreciação de mérito prévio à sentença (cautelar ou principal) e que especificamente se debruce sobre o efeito suspensivo imposto pela Directiva.

No primeiro caso terá de alterar-se o âmbito do artigo 128.º do CPTA, aplican-

do-o ao contencioso pré-contratual e eliminando a possibilidade de as entidades adjudicantes emitirem uma resolução fundamentada, já que a suspensão pretendida pela Directiva não está, nem pode estar, na disposição das entidades adjudicantes.

No segundo caso terá de proceder-se à criação de um novo mecanismo processual, uma vez que não me parece que uma eventual aplicação ao processo urgente de contencioso pré-contratual do mecanismo previsto no artigo 131.º do CPTA, tal qual está definido, possa contribuir para a transposição desse artigo.

Em primeiro lugar porque a Directiva é clara ao referir que entidade adjudicante não pode celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão, quer sobre o pedido de medidas provisórias, quer sobre o pedido de recurso, assim indiciando que a decisão que deve pôr termo à suspensão não pode ser fruto de uma cognição sumaríssima e ultra urgente, antes deve ser fruto de uma cognição sumária (cautelar) ou plena (principal).

Em segundo lugar porque a apreciação feita pelo juiz do decretamento provisório, no exíguo prazo de 48 horas, está reservada para casos flagrantes ou de “*especial urgência*”, os quais não esgotam o universo de pretensões sujeitas ao contencioso pré-cautelar às quais a Directiva quis oferecer protecção.

Parece-me, assim, que a transposição deste efeito suspensivo (se temporário) terá de fazer-se através da criação de um mecanismo que consagre uma apreciação jurisdicional pré-cautelar de toda e qualquer pretensão contra o acto de adjudicação; apreciação essa na qual o juiz terá de determinar ao certo se aquele efeito suspensivo deve ou não manter-se até à decisão cautelar ou principal, assim se assegurando, como manda a Directiva, que a entidade adjudicante não pode celebrar o contrato antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão.

Note-se que aquilo que o juiz terá aqui de fazer não é justificar porque é que o contrato deve ver suspensa a sua celebração, mas sim o oposto.

O juiz terá de partir da clara indicação da Directiva de que a celebração daquele contrato deve mesmo ser suspensa, só o podendo não ser quando, da apreciação sumária, resulte clara a improcedência da pretensão levada a juízo. Na dúvida, o juiz deve manter o efeito suspensivo porque, se o não fizer, estará a frustrar a tutela conferida pela Directiva e que aponta para a manutenção desse efeito suspensivo até à emissão de uma decisão de mérito cautelar ou principal.

Este mecanismo pode ser inserido quer no âmbito cautelar quer no âmbito principal, embora faça mais sentido que seja inserido no primeiro, e proporcionará uma decisão interlocutória inovadora. De

facto, o juízo a fazer pelo tribunal não será quanto ao decretamento de uma providência nem sequer quanto a um decretamento provisório da mesma. Será um juízo, isso sim, sobre a eventual necessidade, sempre extraordinária, de levantamento do efeito suspensivo automático imposto pela Directiva e que, salvo ponderosos motivos, deve manter-se até que o juiz cautelar (ou principal) emita uma sentença de mérito.

Finalmente importa fazer referência ao último dos mecanismos suspensivos previstos na Directiva, o prazo referido em (iii), destinado a impedir a celebração do contrato nos primeiros 10 dias (no mínimo) após a resposta a uma reclamação graciosa necessária.

Esse mecanismo não tem aplicação no nosso ordenamento, uma vez que o CCP estipula, no seu artigo 268.º, que as impugnações administrativas são facultativas.

No entanto, sempre terá de dizer-se que o CCP poderia ter ido mais longe do que aquilo que foi, uma vez que poderia, e a meu ver deveria, ter previsto no artigo 272.º que a celebração do contrato não poderia ter lugar enquanto as impugnações administrativas relativas à decisão de adjudicação não tivessem sido decididas ou não tivesse decorrido o prazo para a respectiva decisão.

De facto, tal qual está redigido este artigo, as impugnações graciosas relativas à decisão de adjudicação não obstam ao

prosseguimento do processo, o que não acontece com as impugnações administrativas relativas a actos procedimentais anteriores, numa distinção que se não percebe atenta a radical importância que a suspensão do acto de adjudicação reveste para os particulares.

Passando agora para as orientações da Directiva 2007/66/CE quanto aos efeitos da impugnação de actos procedimentais nos contratos celebrados no seu seguimento, importa começar por definir o actual regime vertido no CCP, de forma a apurar as implicações daquela Directiva no nosso ordenamento.

Nos actuais termos do artigo 283.º do CCP, o contrato público é contaminado automaticamente pelo vício que enferma o acto em que assentou a sua celebração, tenha esse vício já sido declarado judicialmente ou não (é esse o sentido da expressão “*ou possa ainda sê-lo*” do n.º 1 do artigo 283.º e da expressão “*se forem anuláveis*” do seu n.º 2) e desde que o acto se não tenha consolidado na ordem jurídica, se tenha convalidado ou tenha sido renovado sem reincidência nas mesmas causas de invalidade (conforme resulta do n.º 3 do mesmo artigo). Nessa contaminação, o contrato e o acto formam, para efeitos de anulação, um corpo único, ainda que essa contaminação automática do vício apenas se opere no plano substantivo e não no plano processual.

Assim, e atendendo a que o processo urgente de contencioso pré-contratual não exclui, no seu seio, a cumulação de pedidos, inicial e sucessiva, nos termos geralmente admitidos para as restantes formas processuais, é possível ao autor processual que impugna um acto de formação do contrato alargar o objecto do processo e alterar o quadro material da instância à apreciação da invalidade do contrato.

Uma vez colocada a questão da validade do contrato, cabe ao juiz retirar as consequências previstas no CCP, não lhe cabendo qualquer iniciativa de sanar a invalidade. No entanto, não existindo propriamente uma tipificação legal, o juiz terá de analisar, caso a caso, de que forma as invalidades dos actos se fizeram reflectir no contrato.

Aliás, nos termos do n.º 4 do artigo 283.º, o efeito anulatório previsto no n.º 2 pode ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do acto procedimental em causa, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa fé ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjectiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial.

Ora, a Directiva 2007/66/CE veio trazer novos dados a esta apreciação porquan-

to veio impor situações cuja verificação importa necessariamente, mediante intervenção jurisdicional, a privação de efeitos do contrato. Ou seja, veio estabelecer uma contaminação substantiva – mas também processual – de alguns vícios procedimentais no contrato público celebrado, de tal sorte que o tribunal deve, independentemente do pedido ou da cumulação de pedidos, determinar a privação de efeitos do contrato.

Assim, recorro, com especial interesse para o choque de tensões rítmicas no seio da contratação pública, que o CCP terá de alterar a sua redacção no sentido de estabelecer que os contratos celebrados em violação dos prazos suspensivos ou de suspensão automática deverão ser substantiva e processualmente contaminados com os vícios decorrentes dessa violação, se conjugados com violações às Directivas Procedimentais, na medida em que tais violações afectem as hipóteses do autor processual de obter o contrato.

Isto sem prejuízo de poder ainda estabelecer-se uma redacção que autorize a decisão judicial ou arbitral a decidir, depois de avaliados todos os aspectos relevantes, se o contrato deve ser considerado desprovido de efeitos ou se devem ser impostas sanções alternativas.

Igualmente, o CCP terá de prever que o contrato será jurisdicionalmente privado de efeitos se a entidade adjudicante o

tiver adjudicado sem publicação prévia de um anúncio de concurso no Jornal Oficial da União Europeia sem que tal fosse permitido nos termos das Directivas Procedimentais, embora com as excepções referidas no novo n.º 4 do artigo 2.º-D das Directivas revistas.

A Directiva não refere, como já tive oportunidade de referir quais devem ser as consequências dessa privação de efeitos, deixando aos ordenamentos nacionais a necessária liberdade para o efeito, sendo certo que o CCP deverá ser consequente com o espírito da Directiva, que não se comove com o interesse económico directamente relacionado com o contrato.

Por isso mesmo, aliás, a apreciação jurisdicional do que devam ser causas legítimas de inexecução de sentenças para os termos e efeitos do artigo 163.º do CPTA deve ter em conta os limites impostos pela Directiva à aplicação da privação de efeitos do contrato, havendo que rejeitar como fundamento o interesse económico directamente relacionado com o contrato em causa, aqui se incluindo os custos resultantes de atraso na execução do contrato, os custos resultantes da abertura de um novo procedimento de adjudicação, os custos resultantes da mudança do operador económico que executa o contrato e os custos das obrigações legais resultantes da privação de efeitos.

6. Conclusão

A entrada em vigor do CCP e a aprovação da Directiva 2007/66/CE oferecem um excelente pretexto para actualizar reflexões acerca da urgência no contencioso pré-contratual e das tendências rítmicas que enformam a contratação pública.

De facto, o CCP reflecte, do ponto de vista nacional, as preocupações comunitárias, expressas nas Directivas por este transpostas, de simplificação, flexibilização e aceleração dos procedimentos de formação dos contratos públicos, convocando uma especial velocidade na reacção contenciosa às ilegalidades cometidas ao longo daqueles procedimentos; e a Directiva 2007/66/CE, contemporânea do CCP, introduz no ordenamento comunitário um conjunto de orientações que não se quedam pela reforma dos modelos contenciosos pré-contratuais, imiscuindo-se também nos próprios impulsos rítmicos dos procedimentos de contratação pública, pugnando pela sua desaceleração.

Estas duas realidades testemunham uma espécie de confronto de tendências rítmicas no seio da contratação pública que se tornará mais evidente no momento em que nosso legislador tiver que transpor a Directiva 2007/66/VE.

Este confronto de tendências rítmicas não pode deixar de preocupar todos aqueles que procuram encarar os procedimentos de contratação pública e o próprio contencioso pré-contratual como

uma realidade pluridimensional destinada a acautelar os diversos interesses que no seu seio se movem.

Essa preocupação não advém apenas da relação de oposição dessas duas tendências, que quase nos leva a falar de dois legisladores distintos (o procedimental e o contencioso) mas também, e sobretudo, porque parece cada vez mais evidente que a tendência aceleradora atribuída aos procedimentos de contratação pública uma pujança tecnológica de tal forma forte que impede que a reacção jurisdiccional consiga, por mais esforços que faça, acompanhar tal ritmo no sentido da protecção dos particulares que participam em tais procedimentos.

E se é certo que os mecanismos previstos na Directiva parecem eficazes no sentido da protecção do interesse subjectivo dos autores processuais, não é menos verdade que a sua transposição, de ímpeto desaceleratório, pode impedir as entidades adjudicantes de actuarem com eficácia no mundo da economia globalizada.

Temo que este conflito de velocidades seja insanável no contexto do Estado Social, uma vez que este modelo de Estado continuará a exigir conformações legais que permitam uma actuação célere rumo à satisfação das necessidades que estão confiadas às entidades adjudicantes, ao passo que os sistemas contenciosos tenderão a insistir na moderação do ritmo acelerado dos procedimentos.

□

Notas sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal (um comentário ao artigo 121º do CPTA)

Dora Lucas Neto

Juíza de Direito do TAC de Lisboa

INTRODUÇÃO

O artigo 121º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (doravante CPTA²⁵) veio consagrar, de forma inovatória na nossa ordem jurídica, o instituto da antecipação do juízo sobre a causa principal na pendência de um processo cautelar. A convolação da tutela cautelar em tutela final urgente é condicionada pelo preenchimento de dois requisitos de natureza substantiva e de um requisito de natureza processual, de verificação cumulativa:

- a) a manifesta urgência na resolução definitiva do caso, atendendo à (i) natureza das questões colocadas e à (ii) gravidade dos interesses envolvidos;
- b) a situação em presença não se compatibiliza com a adopção de uma simples providência cautelar; e

- c) terem sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito.

Esta norma constitui, porventura, o exemplo mais paradigmático de toda a revolução operada pela reforma do contencioso administrativo, no que concerne às circunstâncias de tempo e urgência, sua influência e determinismo na actuação e poderes do juiz, que se manifesta em algumas técnicas processuais de gestão do «*tempo curto – uma situação de urgência, ou aquela que urge tratamento especialmente célere e prioritário*» e que visam acelerar a realização do direito, «*designadamente, pela admissibilidade de providências cautelares de natureza antecipatória, que o fazem apenas provisoriamente (artigo 112º, CPTA), ou por via da antecipação, no âmbito do processo cautelar, do juízo sobre a causa principal (artigo 121º, n.º1 CPTA)*». Lato sen-

²⁵ Sempre que se faça referência a normas legais, sem a menção do diploma a que dizem respeito, deve considerar-se que tais artigos pertencem ao CPTA.

su, ambas as soluções concretizam a técnica da antecipação»²⁶.

Com a entrada em vigor do CPTA, passou a ser possível ao juiz cautelar, em cumprimento do princípio da tutela judicial efectiva²⁷, antecipar os efeitos de uma sentença de mérito, através do decretamento de uma providência cautelar de natureza antecipatória. Pese embora algumas dessas situações poderem ser provisoriamente reguladas, a verdade é que «*o desejável aponta [ria] para uma decisão de fundo, uma vez que a decisão cautelar favorável dá origem a vantagens significativas de direito e proveitos de facto, cuja reversibilidade, na hipótese de o processo principal vir a ter insucesso, será de difícil aceitação para o requerente, entretanto favorecido (...)»* sendo disso exemplo «*as que sejam relativas à situação civil ou profissional de uma pessoa (...) em que, o juiz sabe, muitas vezes, que esvaziará o objecto da acção principal, isto é, que decide tudo o que há para decidir»*.²⁸

Com efeito, o que está aqui em causa é um mecanismo que se destina a fazer face a situações dilemáticas em que esteja em perigo a realização do princípio da tutela jurisdicional efectiva, porquanto, muito embora se verifique urgência na

resolução definitiva do caso, a tutela cautelar não é apta a oferecer uma resposta satisfatória; assim como a concretizar o princípio da economia processual, na medida em que a simplicidade da questão a decidir pode aconselhar e facilitar a decisão de antecipação da decisão da questão de fundo.

Ainda neste âmbito caracterizador do artigo 121º do CPTA, importa sublinhar que «*o novo juiz de urgência desenhado no CPTA é um juiz poderoso»²⁹*, na medida em que, tal como no âmbito da acção administrativa especial pode condenar a administração à prática de acto legalmente devido, também pode fazê-lo interinamente, desde que, nos termos do artigo 120º/1, al.c), do CPTA, assegure que existe um grau forte de probabilidade de êxito do requerente na causa principal, ou, por maioria de razão, seja evidente a procedência da pretensão deduzida ou a deduzir no processo principal, nos termos da alínea a) do mesmo artigo 120º.

E é aqui que se tocam os limites da tutela cautelar antecipatória com a possibilidade de antecipação da decisão da causa principal, prevista no citado artigo 121º³⁰, na medida em que, a tutela

²⁹ Expressão utilizada por ISABEL FONSECA, *op. cit.*, pg.98

³⁰ No sentido de que a aplicação desta disposição [artigo 121º CPTA] será, seguramente, objecto de muitas cautelas, à parte a ligação, entre o critério da evidência subjacente às decisões a que faz referência o artigo 120º/1, al. a) e a via aberta pelo artigo 121º/1, cfr. CARLA AMADO GOMES,

²⁶ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *“Dos Novos Processos Urgentes No Contencioso Administrativo (Função e Estrutura)”*, Lisboa, Lex, 2004, pg.43.

²⁷ Artigo 268º/4 da Constituição da República Portuguesa

²⁸ ISABEL FONSECA, *op.cit.*, pgs. 83 e 84.

jurisdicional cautelar, *maxime* a antecipatória, vem satisfazer a exigência de que a duração do processo não se converta num dano para a parte que tem provavelmente razão³¹. Neste pressuposto, as providências cautelares estão funcionalmente dirigidas a neutralizar tais prejuízos, derivados da morosidade inerente à tramitação processual que, podendo ser «*conatural ao escopo de uma justiça cauta e ponderada*» corre “o risco de ser platónica por chegar a desatempo³²».

DA DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DO JUÍZO SOBRE A CAUSA PRINCIPAL. ARTIGO 121º DO CPTA

Cumprido, nesta sede, analisar cada um dos requisitos necessários à decisão de antecipação da causa principal *supra* enunciados, começando, pelo requisito processual previsto no artigo 121º e, seguidamente, pelos requisitos substanciais.

I) Da necessidade de terem sido trazidos ao processo cautelar todos os elementos necessários para a decisão da causa principal

Antes de mais, importa sublinhar que, em nosso entender, não constitui um pressuposto implícito do instituto da antecipação do juízo sobre a causa principal a pendência de um processo principal. Bastará, pelos menos em determinados casos marcados pela simplicidade, que no processo cautelar, intentado como preliminar à acção principal, tenham sido trazidos ao processo todos os elementos necessários para a decisão da causa principal.

Por outro lado, ainda que esteja pendente a acção principal, a antecipação do juízo sobre a causa principal implicará, naturalmente, como consequência necessária e lógica a inutilidade superveniente dessa acção, prejudicando as posteriores fases processuais próprias da acção principal, designadamente, determinando o não oferecimento de alegações.

O escopo e a natureza da decisão de antecipação tal implicam necessariamente, na medida em que a aplicação do artigo 121º do CPTA pressupõe que foram trazidos ao processo todos os elementos necessários para o efeito. Significa isto que este instituto, verificados que estejam todos os requisitos legalmente previstos, se traduz numa convalidação do processo cautelar num

“O regresso de Ulisses: um olhar sobre a reforma da justiça cautelar administrativa”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 39, pgs. 3 e ss.

³¹ CHIOVENDA, a expressão consta da “Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921” in *Giur.Civ. e Comm.*, 1921, pg. 362 *apud* Chinchilla Marin, *La Tutela Cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.

³² MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Ed., 1993, pg.10.

processo principal urgente³³ cujas fases se resumem à audição das partes e à emissão de um juízo sobre a causa principal. Deste modo, não há lugar à continuação da tramitação da acção principal nem se passa a tramitar o processo cautelar, a partir da decisão de antecipação, como se de um processo principal se tratasse.

Obviamente que esta antecipação do juízo da causa principal não pode significar uma diminuição inadmissível das garantias de defesa, pelo que, caberá justificar, também a esse nível, a decisão em causa, designadamente quanto à essencialidade dos factos assentes, assim como a inexistência de matéria de facto controvertida relevante no processo cautelar e a desnecessidade de realização de quaisquer outras diligências de prova.

Por outro lado, se a decisão a proferir recair, particularmente, sobre matéria de direito, fica facilitada a conclusão, necessariamente casuística, de que resultam já do processo cautelar todos os elementos necessários para que se antecipe a decisão da causa principal, impondo-se esta por razões de celeridade e de eficácia processual, verificados que estejam os restantes requisitos constantes do artigo 121º.

II) Da manifesta urgência na resolução definitiva do caso atendendo à «*natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos*»

Trata-se de um requisito substantivo, a ser aferido caso a caso, desde logo, para delimitação da aplicação excludente do artigo 109º do CPTA.

Porém, prefiguram-se, a nosso ver, pelo menos duas circunstâncias que permitem, tendencialmente, uma objectivação deste requisito:

- i) quando a situação da vida trazida aos autos se articula com actos inseridos num procedimento concursal; e
- ii) quando esteja em causa a situação profissional ou pessoal das partes.

Exemplo emblemático é o de um requerimento cautelar de admissão provisória num concurso, ou numa escola ou faculdade ou de autorização provisória de exercício de uma dada actividade profissional.

Vejamos.

Quando a situação da vida trazida aos autos se articula com actos inseridos num procedimento concursal, este primeiro requisito substantivo de aplicação do artigo 121º, será objectivado, por identidade de razão, nos termos do artigo 132º/7 do CPTA, ao abrigo do qual «*quando, logo no processo cautelar, o juiz considere demonstrada a ilegalidade de especificações contidas nos documen-*

³³ Neste sentido *vide* recentíssimo Ac. TCA Sul, de 26.03.2009, P. 02088/06, in www.dgsi.pt

tos do concurso que era invocada como fundamento do processo principal, pode determinar a sua correcção, decidindo, desse modo, o fundo da causa».

Na verdade, considerando que se tratam de concursos públicos, cuja matéria de facto subjacente aos autos se desenrola num espaço de tempo curto, face à duração provável da acção principal, será do interesse de todas as partes que a situação esteja definida antes de o procedimento em causa terminar.

Assim, se por um lado o requerente da tutela cautelar tem um interesse óbvio em ver estabilizada a sua situação, não menos óbvio é o interesse e a urgência do requerido (e contra-interessados) na resolução definitiva do litígio. Com efeito, quanto mais perto do fim seguir o concurso, sustentado por uma decisão provisória, mais longe e maiores serão as expectativas que se criarão na esfera jurídica de todos, independentemente da posição que detenham na relação jurídica em causa, e maior será o risco de os indemnizar ou de se consolidarem situações incompatíveis face ao disposto no artigo 173º/3 e 4 do CPTA. Acresce que *«(...)o interesse público fica claramente beneficiado se as ilegalidades ocorridas durante o procedimento forem corrigidas atempadamente. A disciplina dos procedimentos pré-contratuais garante não apenas o respeito do princípio da não discriminação, da igualdade, da livre concorrência, da publicidade e da*

*transparência, como o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da legalidade. O respeito pela legalidade pré-contratual assegura que a administração beneficia das vantagens da concorrência e celebra o contrato com aquele que apresenta as condições mais vantajosas para o interesse público.»*³⁴

Não existe, deste modo, qualquer conflito entre o interesse do requerente em continuar a participar num procedimento e o interesse do requerido ou dos contra-interessados em assegurar a continuidade do procedimento concursal, antes constituem interesses que convergem na bondade de uma decisão.

Face ao exposto, nos procedimentos concursais que culminam com a prática de um acto administrativo e nos procedimentos conducentes à celebração de um contrato, concorrem idênticas razões de urgência, pelo que, naqueles, atendendo à similitude da *«natureza das questões»*, verificar-se-á, tendencialmente, uma *«manifesta urgência na resolução definitiva do caso»* tal como se exige no artigo 121º e que está subjacente à previsão da norma constante do n.º7 do artigo 132º.

Assim como, estando em causa a situação profissional ou pessoal das partes e na linha interpretativa que se pretende evidenciar com estas notas, a *«manifesta*

³⁴ ANA GOUVEIA MARTINS, *A tutela cautelar no contencioso administrativo*, Coimbra Ed., 2005, pg.284. Cfr. também pg. 539.

urgência na resolução definitiva do caso», aferir-se-á, também, sob a tónica da «gravidade dos interesses envolvidos», em paralelo com a circunstância de a situação em causa não se compadecer com a adopção de uma simples providência cautelar.

Convém frisar, a este propósito e conforme *supra* exposto, que o campo privilegiado da decisão de antecipação da causa principal é o das providências cautelares de natureza antecipatória, por ser nestas que a decisão cautelar surge, em si, dilemática, ao permitir, quer uma antecipação cautelar da decisão do processo principal, quer a antecipação da decisão de fundo, nos termos do artigo 121º.

III) *Last, but not least*, a situação em causa não se compadeça com a adopção de uma providência cautelar

A expressão legal «*compadecer*» é uma expressão invulgar em termos de hermenêutica jurídica e, por isso, se presta a alguma exegese no sentido de definir o seu alcance.

Julga-se que a expressão «*não se compadecer com decretamento de uma simples providência cautelar*» constante do artigo 121º, que aqui analisamos, significa apenas, salvo melhor opinião, a insuficiência da tutela cautelar e não a sua impossibilidade³⁵.

³⁵ Neste sentido, cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *op.cit.*, pg. 355

Como já se avançou *supra*, no âmbito da tutela cautelar o maior risco é o de se ultrapassarem os limites da provisoriedade e instrumentalidade que lhe são inerentes e, assim, ser decretada uma providência que pouco irá deixar para a decisão do processo principal ou que causará prejuízos irreversíveis ou definitivos a qualquer uma das partes³⁶.

As decisões cautelares que decidam sobre a situação pessoal ou profissional dos requerentes e, necessariamente, dos requeridos e eventuais contra-interessados, tendo presente a desejável estabilização das situações da vida em litígio, são casos privilegiados de aplicação deste segmento da norma, em que antecipar a decisão da causa principal será a actuação que melhor tutela todos os interesses em presença, na esteira do imperativo constitucional de realizar uma tutela judicial efectiva.

Nestes casos, verificados que estejam os restantes requisitos, é possível *de iure condito* e, diríamos mesmo, preferível, decidir a questão de fundo, em vez de determinar admissões, nomeações, autorizações e licenças provisórias.

Na verdade, tratando-se, estruturalmente, de situações criadas ao abrigo de uma decisão jurisdicional provisória, que se perpetuam no tempo até ao trânsito em julgado da decisão do processo princi-

³⁶ A propósito, FERNANDA MAÇÃS, *O Debate Universitário*, Coimbra Ed., 2003, pg. 362

pal³⁷, corre-se o risco de, com a sua execução, se criarem efeitos de direito ou de facto indesejáveis, injustos, face a qualquer desfecho, de procedência ou de improcedência, que venha a ter a decisão de mérito³⁸.

A ideia de que a tutela cautelar é insuficiente, ideia que aqui se defende enquanto critério interpretativo da expressão legal *não se compadecer com a adopção de uma simples providência cautelar*, reside, essencialmente, no facto de existirem situações em que, não estando em perigo o exercício em tempo útil de um direito, liberdade ou garantia, o que permitiria o recurso à intimação urgente prevista no artigo 109º do CPTA, existe uma similar necessidade urgente de uma decisão de fundo e não de uma simples decisão provisória.

E é exactamente esta necessidade urgente de uma decisão de fundo que torna a tutela cautelar insuficiente, quer a decisão a proferir neste processo se preveja como de procedência ou improcedência, isto porque o juízo acerca da necessidade de se antecipar a decisão da causa

principal é prévio e é feito à margem do conhecimento da questão cautelar de fundo.

Ou seja, o juiz, oficiosamente ou a requerimento das partes, reconhece a necessidade de antecipar a decisão da causa principal antes de conhecer da questão de fundo da providência ou, sequer, de pôr a hipótese de ser decretada outra mais adequada, na medida em que o elemento determinante é a necessidade de uma decisão de mérito.

Entendemos, deste modo, que é possível, perante a impossibilidade de decretação de uma providência, - designadamente, por implicar a produção de prejuízos definitivos e irreversíveis, quer para o requerente, quer para o requerido e, como tal, insusceptíveis de tutela cautelar - lançar mão da antecipação da causa principal.

Assim como se considera que o regime previsto no artigo 121º deve ser aplicado nas situações em que a tutela cautelar, ainda que possível, não seja a tutela adequada, pois é a sua insuficiência o critério que determina o seu *não compadecimento* com a decisão em causa.

Por maioria de razão, as situações em que estejam em causa a aplicação do artigo 120º/1, al. a) do CPTA, e em que a tutela cautelar se revela insuficiente, por se considerar que a situação em apreço exige uma pronúncia de mérito urgente, são também elas um terreno privilegiado de antecipação da causa principal, pois

³⁷ Cfr. artigo 123º/1, als. a), c) e f), do CPTA

³⁸ Pensamos, por exemplo, na situação de admissão provisória de um aluno numa Faculdade, face ao decurso do tempo normal de decisão do processo principal não urgente; ou nas situações de admissões provisórias supranumerárias em que a admissão definitiva de um implicará a exclusão de outro; ou ainda nas situações em que face a uma ilegalidade no critério de ordem e seriação das candidaturas, uma decisão final de mérito favorável ao requerente, poderá ter como consequência necessária a reordenação de todos os lugares postos a concurso.

nestes casos de evidente procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, por inerência a este juízo de evidência, constarão já do processo todos os elementos necessários para o efeito.³⁹

EM JEITO DE CONCLUSÃO

Com as presentes notas não se quis defender, como se espera ter sido notório, uma aplicação desregrada, irreflectida, precipitada do mecanismo de convalidação processual previsto no artigo 121º do CPTA.

O que se pretendeu foi, tão só, recolocar esta questão sob a tónica da necessidade da tutela cautelar, assim como da sua adequação e equilíbrio, enquanto parâmetros em que se *joga a efectividade do sistema de protecção cautelar*⁴⁰ plasmado no CPTA.

É através de um reconhecimento dos limites intrínsecos da tutela cautelar que se abre a possibilidade de antecipação da decisão sobre a causa principal.

Esta decisão é uma verdadeira saída de emergência, a que se pode e deve recorrer não apenas em situações raríssimas, mas sempre que o juiz reconheça ser esse o caminho para uma maior e melhor tutela jurisdicional efectiva na jurisdição administrativa, nos termos que se considera serem já hoje permitidos pelo artigo 121º do CPTA. □

³⁹ Vide Ac. STA de 03.06.2007, P. 01143/06 in www.dgsi.pt, onde se poderia ter alicerçado uma via de aplicação do artigo 121º, perante a evidência da pretensão formulada (ou a formular) no processo principal e face à urgência na resolução definitiva do caso atendendo à «*natureza das questões e à gravidade dos interesses envolvidos*». Não foi esse o caminho escolhido no aresto em causa, pese embora se tenha ido buscar fundamento para o não decretamento da providência requerida, face a uma ponderação de todos os prejuízos envolvidos desfavorável ao requerente, ao artigo 45º do CPTA.

⁴⁰ Expressão usada por CARLA AMADO GOMES, *op.cit.*

A Indemnização pelo sacrifício

Fernando Alves Correia

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I – Caracterização geral

O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, e alterado pontualmente pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho, disciplina *quatro tipos* de responsabilidade do Estado em sentido amplo, os quais têm origem em factos distintos, assentam em diferentes pressupostos e obedecem a regimes jurídicos diversos. O fundamento jurídico-constitucional também não é o mesmo para todos eles.

De qualquer modo, poderemos falar de um “superconceito” de responsabilidade do Estado em sentido amplo, englobador *daqueles tipos* de responsabilidade, ou, dizendo as coisas de outro modo, de um *instituto unitário* de responsabilidade do Estado, não obstante as importantes peculiaridades de cada um dos tipos que

a integram⁴¹, e cujo escopo comum é *a transferência do dano do sujeito lesado para o autor do facto danoso*⁴².

Os *quatro tipos* enunciados são: a *responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa*, que ocupa o Capítulo II, a qual se desdobra em *responsabilidade por facto ilícito* (abarcadora dos casos de *responsabilidade exclusiva* do Estado e demais pessoas colectivas de direito público, de *responsabilidade solidária* destas entidades públicas com os titulares de órgãos, funcionários e agentes e de *responsabilidade exclusiva* dos titulares de órgãos, funcionários e agentes) e *responsabilidade pelo risco*; a *responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*, que se estende pelo Capítulo III; a *responsabilidade civil por*

⁴¹ Cfr. J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.432.

⁴² Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974, p. 99.

danos decorrentes do exercício da função legislativa, que integra o Capítulo IV; e a *indenização pelo sacrifício*, que corresponde ao Capítulo V.

É sobre esta última que vamos tecer algumas breves e ligeiras considerações.

Começamos por sublinhar a localização *sistemática* da *indenização pelo sacrifício* – uma localização ao lado e separada da responsabilidade decorrente da função administrativa, da função jurisdicional e da função legislativa –, porque, segundo cremos, desse facto derivam importantes *consequências* quanto ao perímetro de aplicação da *indenização pelo sacrifício*. Voltaremos daqui a pouco a este problema.

II – Fundamento e sentido

O artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas define os *pressupostos* da *indenização pelo sacrifício*, nos seguintes termos:

“O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais ou anormais, devendo, para o cálculo da indenização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”.

Por sua vez, o artigo 2.º, enquadrado no Capítulo I, com a epígrafe *disposições*

gerais, apresenta-nos o seguinte conceito de *danos ou encargos especiais e anormais*:

“Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito”.

Procedendo a um rápido cotejo com o que, sobre esta matéria, estabelecia o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967 – que continha o Regime da Responsabilidade da Administração Pública por Actos de Gestão Pública, o qual foi revogado e substituído pelo Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas –, verificamos que as diferenças são significativas.

Primo, a expressão *indenização pelo sacrifício* não era utilizada no Decreto-Lei n.º 48051. *Secundo*, a indenização dos encargos ou danos especiais e anormais era reportada pelo Decreto-Lei n.º 48051 exclusivamente aos *actos administrativos legais ou actos materiais lícitos*, praticados, no interesse geral, pelo Estado e demais pessoas colectivas públicas (artigo 9.º, n.º 1) e ao sacrifício especial, no todo ou em parte, de coisa ou direito de terceiro, operado pelo Estado e demais pessoas colectivas públicas, em caso de

necessidade e por motivo de imperioso interesse público (artigo 9.º, n.º 2). *Tercio*, os casos apontados de responsabilidade civil derivavam sempre de *actos administrativos* ou de *actos materiais* imputados à Administração Pública. *Quarto*, o Decreto-Lei n.º 48051 não definia o conceito de *danos ou encargos especiais e anormais*, tendo tal tarefa sido desempenhada – e bem – pela doutrina e pela jurisprudência.

No quadro do Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais entidades públicas, a *indemnização pelo sacrifício* é um *instituto congregador* de todos os casos de indemnização de danos ou encargos especiais e anormais, resultantes de actos de poder público lícitos, praticados por razões de interesse público. Ela abrange, inquestionavelmente, os casos de responsabilidade civil extracontratual da Administração pública por *actos lícitos* (actos administrativos legais ou actos materiais lícitos), previstos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48051, bem como os casos impositivos de sacrifícios especiais de coisas ou direitos de terceiro, decorrentes de uma actuação da Administração, em estado de necessidade e por motivo imperioso de interesse público, condensados no artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 48051.

Dúvidas inexistem, assim, quanto ao cabimento, no âmbito da aplicação da norma do artigo 16.º do Novo Regime de

Responsabilidade, dos chamados casos de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por actos jurídicos (actos administrativos e regulamentos) e actos materiais lícitos.

Estamos perante actos jurídicos ou materiais praticados por órgãos da Administração Pública, por motivos de interesse público, no respeito das leis e dos princípios jurídicos fundamentais regentes da actividade administrativa, mas que, por produzirem *encargos ou danos especiais (singulares) e anormais (graves)*, devem ser acompanhados de indemnização. A exigência da indemnização encontra o seu fundamento não no artigo 22.º da Constituição, mas antes no *princípio do Estado de direito democrático*, condensado nos artigos 2.º e 9.º, alínea b), da Constituição (a indemnização dos *danos especiais e anormais* resultantes de actos jurídicos e materiais lícitos, praticados pela Administração por razões de interesse público, é uma imposição daquele princípio) e do *princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos*, que é uma expressão do *princípio da igualdade*, plasmado no artigo 13.º, n.º1, da Lei Fundamental (a pessoa ou pessoas que suportam, por razões de interesse público, os referidos danos contribuiriam em maior medida do que os restantes cidadãos para o interesse público, no caso de não ressarcimento daqueles danos, pelo que haveria uma violação do “princípio da igualdade

dos cidadãos perante os encargos públicos” se os danos por eles suportados não fossem indemnizados)⁴³.

Dado que estamos perante uma actividade administrativa *lícita* – licitude que advém não só do seu desenvolvimento de acordo com a lei e o direito, mas, ainda, do facto de a ressarcibilidade dos danos estar prevista na lei –, compreende-se que não sejam indemnizáveis todos e quaisquer danos ou encargos, mas apenas os dotados de *especialidade* e *gravidade*, sob pena de insolúveis problemas financeiros paralisadores da actividade do Estado e das demais entidades públicas. Fala-se, a este propósito, de “elementos-travão” de uma total socialização dos prejuízos⁴⁴.

O artigo 16.º do Novo Regime da Responsabilidade só considera como merecedores de indemnização “os encargos ou danos especiais e anormais”, tal como o fazia o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48051. *Especiais* são “os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas”. *Anormais* são aqueles que, “ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito”. Esta definição de “encargos ou danos

especiais e anormais”, de natureza *patrimonial* ou *pessoal* (v.g., vida, saúde e liberdade), constante do artigo 2.º do Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, inspirou-se claramente na doutrina portuguesa mais representativa e parece-nos correcta. A influência da doutrina e jurisprudência alemãs é manifesta, dado que a apontada noção de “encargos ou danos especiais e anormais” constitui uma síntese das *duas grandes teorias* jurisprudenciais e doutrinárias respeitantes à demarcação entre a expropriação e a vinculação social da propriedade do solo [a teoria do *sacrifício especial* (*Sonderopfertheorie*) e a *teoria da gravidade* (*Schweretheorie*)], congregando elementos *formais* e *materiais* na definição daquele conceito⁴⁵.

A caracterização da *especialidade* e da *anormalidade* de um encargo ou dano, para efeitos da sua indemnização, deve ser feita tendo em conta as circunstâncias do caso. Mas, por vezes, o legislador procede, ele mesmo, a essa caracterização e impõe, em certas situações, a atribuição de uma indemnização. É o que sucede com a obrigação de indemnização dos danos resultantes da alteração por iniciativa da câmara municipal das condições da licença ou comunicação prévia de uma operação de loteamento,

⁴³ Cfr. J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., , p. 431 e 432.

⁴⁴ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, cit., p. 271.

⁴⁵ Cfr. a nossa obra *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 494-505.

desde que tal alteração se mostre necessária à execução de um superveniente plano municipal ou especial de ordenamento do território.

De facto, o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado, por último, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro) determina, no artigo 48.º, n.º 1, que “as condições da licença ou comunicação prévia de uma operação de loteamento podem ser alteradas por iniciativa da câmara municipal desde que tal alteração se mostre necessária à execução de plano municipal de ordenamento do território, plano especial de ordenamento do território, área de desenvolvimento urbano prioritário, área de construção prioritária ou área crítica de recuperação e reconversão urbanística”. Mas logo adianta, no n.º 4 do mesmo artigo, que “a pessoa colectiva que aprovar os instrumentos referidos no n.º 1 que determinem directa ou indirectamente os danos causados ao titular do alvará e demais interessados em virtude do exercício da faculdade prevista no n.º 1 é responsável pelos mesmos nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, em matéria de responsabilidade por actos lícitos” (agora, “indenização pelo sacrifício”).

III – Âmbito de aplicação

Como tivemos ensejo de referir acima, a localização *sistemática* da *indenização pelo sacrifício* no Capítulo V do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, separado da responsabilidade associada às funções administrativa, jurisdicional e legislativa, bem com a não imputação da *indenização pelo sacrifício* a nenhuma específica função estadual legitimarão a conclusão de que aquela não abrange apenas os danos especiais e anormais decorrentes do exercício da função administrativa, designadamente os derivados de actos administrativos lícitos e de acções praticadas em estado de necessidade administrativa, a que se referiam os n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48051.

A *indenização pelo sacrifício* abarcará também a indenização de danos especiais e anormais provocados por *actos legislativos* não enquadrados na norma do artigo 15.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas⁴⁶. Refira-se

⁴⁶ Embora a norma do artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas pareça comportar, devido aos termos amplos nela utilizados, a indenização dos danos *especiais e anormais* decorrentes de *actos políticos* (por exemplo, a proibição de acostagem em portos nacionais de navios, nos casos em que não ocorra uma violação das normas respeitantes a transportes marítimos, o encerramento de uma embaixada ou de um consulado no estrangeiro ou o não reconhecimento de uma situação de calamidade pública),

que é esta a posição sufragada pela generalidade dos autores que participaram nos debates científicos sobre a Proposta de Lei n.º 95/VIII, apresentada pelo XIV Governo Constitucional à Assembleia da República, que esteve na génese do actual Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas⁴⁷, bem como por aqueles que já se debruçaram sobre este novo diploma legal⁴⁸.

De acordo com este entendimento, no âmbito da *indenização pelo sacrifício* caberá a indenização dos danos espe-

cremos que a responsabilidade extracontratual do Estado por danos oriundos do exercício da *função política* está claramente excluída do perímetro de aplicação daquele Novo Regime, como resulta do seu artigo 1.º, n.º 1, que circunscreve o âmbito de aplicação do mesmo aos “danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa”. Só pode, por isso, dever-se a um manifesto lapso do legislador a utilização, nas epígrafes do Capítulo V e do artigo 15.º, da expressão “ *função político-legislativa*”, porquanto aí é disciplinada tão-só a responsabilidade civil do Estado e das regiões autónomas por danos resultantes da função legislativa.

⁴⁷ Cfr., a título exemplificativo, Carlos Fernandes Cadilhe, *Regime Geral da Responsabilidade Civil da Administração Pública*, in “Cadernos de Justiça Administrativa”, n.º 40 (2003), p. 18-31; Margarida Cortez, *Contributo para uma Reforma da Lei de Responsabilidade Civil da Administração*, in “Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado, Trabalhos Preparatórios da Reforma”, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 257-264; e João Raposo, *Novas Fronteiras da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração*, in “Cadernos de Justiça Administrativa”, n.º 58 (2006), p. 67-73.

⁴⁸ Cfr., por exemplo, L. Cabral de Moncada, *Responsabilidade Extra-Contratual do Estado, A Lei N.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, Lisboa, Abreu & Marques, Vinhas, 2008, p. 89-100.

ciais e anormais decorrentes de actos legislativos conformes à Constituição, ao direito internacional, ao direito comunitário ou acto legislativo reforçado (como sucederá com uma lei que proíbe certas importações, donde resulta a ruptura de contratos já celebrados entre empresas nacionais e estrangeiras).

Não contestamos a bondade desta interpretação. Achamos, porém, muito estranho que, tendo o legislador definido com especial rigor os pressupostos da responsabilidade civil por danos decorrentes da função legislativa, no artigo 15.º do Regime da Responsabilidade Civil – entre os quais se conta a *anormalidade* dos danos causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos legislativos ou omissões legislativas e a *violação* pelos mesmos da Constituição, do direito internacional, do direito comunitário ou de acto legislativo de valor reforçado –, tenha vindo, no artigo 16.º, a abrir a porta à ressarcibilidade dos danos especiais e anormais decorrentes de todo e qualquer acto legislativo, mesmo que totalmente regular, a título de *indenização pelo sacrifício*.

E consideramos profundamente criticável que, no âmbito da responsabilidade por actos da função legislativa, se tenha transitado de uma ausência quase total de fundamentos de propositura da consequente acção de responsabilidade civil contra o Estado para uma desmesurada

extensão das hipóteses de responsabilidade. E interrogámo-nos, como o fez o Presidente da República na fundamentação do *veto político* à promulgação do Decreto n.º 150/X da Assembleia da República, que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, se não estaremos perante a assunção pelo Estado de “uma função «previdencialista», dos danos e riscos sociais através de uma expansão excessiva dos pressupostos de responsabilidade das entidades públicas, com especial relevo no domínio do exercício da função legislativa”, aspecto este que não deixará de “contribuir, em prejuízo manifesto do interesse nacional, para uma relação pouco solidária entre o poder político e a sociedade civil”.

IV – Extensão ou conteúdo da indemnização

O artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades públicas determina, *in fine*, que, para o cálculo da *indemnização pelo sacrifício*, deve “atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”.

Temos aqui um *critério* ou um *guia* para o intérprete e, em último caso, para o juiz para a determinação do *quantum indemnizatur* e não uma cláusula limitativa da indemnização, legitimadora de

uma indemnização que não abarque a *totalidade* ou a *integralidade* dos danos especiais e anormais suportados pelo lesado.

Uma interpretação da norma do artigo 16.º que possibilitasse o cálculo de uma indemnização que não abrangesse a totalidade dos danos infligidos ao lesado violaria um princípio fundamental informador desta matéria: o *princípio da igualdade perante os encargos públicos*.

Entendemos, por isso, que também na *indemnização pelo sacrifício*, compreendida como modalidade de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas, se aplicam os critérios estabelecidos no artigo 3.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Assim, deve operar-se na avaliação concreta do dano com a *teoria da diferença*: confronta-se a situação em que o lesado se encontra (situação real) com a situação em que se encontraria se a lesão não se tivesse verificado (situação hipotética), correspondendo a indemnização à diferença entre as duas situações. Significa isto que estão aqui abrangidos quer o *dano emergente* (*damnum emergens*), quer o *lucro cessante* (*lucrum cessans*), isto é, tanto a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado, como os benefícios que ele deixou de obter em consequência da lesão, ou seja, o acréscimo patrimonial frustrado. Isto

resulta claramente do n.º 1 do artigo 3.º daquele Regime⁴⁹.

Por outro lado, o n.º 3 manda computar na indemnização os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, consoante se tenham verificado ou não no momento que se considera, designadamente à data da fixação da indemnização. É claro que a indemnização dos danos futuros só é possível se eles forem *previsíveis*.

Conclui-se do que vem se ser referido que não são admissíveis, no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, indemnizações não correspondentes à reparação integral dos danos causados. A única excepção é a que consta do artigo 15.º, n.º 6, daquele Regime, respeitante à indemnização de *danos anormais* decorrentes do exercício da função legislativa, quando os lesados forem em número muito elevado. Num caso destes, por razões de interesse público de excepcional relevo, justifica-se a limitação do âmbito da obrigação de indemnização, em termos de esta poder ser fixada equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados.

V – A indemnização pelo sacrifício e a expropriação de sacrifício

Um último ponto que queremos abordar, ainda que em termos necessariamente breves, é o relativo à complexa questão da distinção entre a *indemnização pelo sacrifício*, enquanto modalidade de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas de direito público, e a *expropriação de sacrifício*.

Como é sabido, é possível distinguir dois sentidos de expropriação: a expropriação em “*sentido clássico*” (“*expropriação clássica*”) e a *expropriação de sacrifício*. A primeira pode ser definida como um acto de privação ou de subtracção de um direito de conteúdo patrimonial e na sua transferência para um sujeito diferente, para a realização de um fim público. Estamos perante um conceito elaborado pela doutrina e jurisprudência germânicas – mas, hoje, perfeitamente aceite pela doutrina e jurisprudência nacionais –, para expressar fenómenos expropriativos nos quais se verifica simultaneamente um momento *privativo* e um momento *apropriativo* do direito de propriedade. Característica essencial do conceito clássico de expropriação é a mudança de titular do direito.

A segunda caracteriza-se por uma *destruição* ou uma *afecção essencial* de uma posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição, à qual

⁴⁹ Cfr., por todos, Mário Júlio Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p590-605.

falta, porém, o *momento translativo* do direito, bem como a relação tripolar: expropriante – expropriado – beneficiário da expropriação. Estamos perante actos do poder público cujo escopo não é o da aquisição de um bem para a realização de um interesse público, mas que produzem modificações *especiais* e *graves* na *utilitas* do direito de propriedade e que devem ser qualificados como “expropriativos” e, conseqüentemente, ser acompanhados da obrigação de indemnização. A caracterização de tais actos como “expropriativos” tem como base a evolução expansiva que, nas últimas décadas, sofreu o conceito de expropriação e a conseqüente superação da noção de expropriação como transferência coactiva de um bem. Os contributos mais significativos para esta evolução vieram da doutrina e jurisprudência alemãs, embora o conceito alargado de expropriação não seja desconhecido de outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, o italiano, onde, desde há alguns anos, a jurisprudência e a doutrina elaboraram a noção de expropriação “substancial” ou “larvada”, aplicada aos actos da administração que aniquilam o conteúdo mínimo, essencial ou intangível do direito de propriedade.

Semelhantemente, a jurisprudência constitucional francesa tem feito equivarer à “privação do direito de propriedade” os actos que tocam no coração do direito de propriedade privada, as “limi-

tações” que têm um carácter de gravidade tal que o dano causado ao direito de propriedade desnatura o sentido e o significado deste.

Também a ideia de *expropriação de sacrifício* tem estado presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional português (v.g., Acórdãos n.ºs 341/86, 131/88, 52/90, 184/92 e 262/93). E, por último, no Direito Internacional Público, é, de igual modo, utilizado um conceito amplo de expropriação, incluindo-se nesta “os actos que consistem em medidas de diversa natureza, adoptadas pelos Estados, de fonte legislativa, regulamentar ou administrativa, que afectem (diminuem ou esvaziem) as faculdades de usar, de fruir e de dispor do bem, sem, todavia retirarem formalmente ao particular o direito de propriedade”. O grande objectivo da doutrina e da jurisprudência internacionais, ao elaborarem um tal conceito amplo de expropriação, é o de determinar quais os actos que dão ao particular direito de indemnização e qual o critério a que este deve obedecer⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. as nossas obras *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*, Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 132º, n.ºs 3904, 3905 e 3906, 3907 e 3908 e 3909, e Ano 133º n.ºs 3910, 3911 e 3912 e 3913 e 3914, Coimbra, 2000, p. 12-20, e *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 77-86.

Embora haja quem defenda um *retorno* (na nossa opinião, será um *retrocesso*) a um conceito *formal* de expropriação e advogue a superação dos conceitos de *expropriação em sentido clássico* e *expropriação de sacrifício*, através da introdução do conceito de “determinação do conteúdo do direito de propriedade envolvendo um dever de compensação”⁵¹ – com a consequente devolução para o artigo 16.º do Diploma que estamos aqui a analisar da indemnização dos danos resultantes de actos do poder público que afectem substancialmente, no todo ou em parte, as “faculdades” de um direito privado de valor patrimonial –, entendemos que o conceito de *expropriação de sacrifício* é um importante *conceito operativo*, indispensável para fundamentar e explicar algumas soluções adoptadas pelo nosso legislador.

É o que sucede, em primeiro lugar, com as *servidões administrativas*, resultantes ou não de expropriações, que dão lugar a indemnização. Segundo o artigo 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações (CE) – e deixando, agora, de lado as questões que este preceito suscita –, dão origem a indemnização as *servidões administrativas* que inviabilizem a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente; inviabilizem qualquer utilização do bem, nos casos em que este

não esteja a ser utilizado; ou anulem completamente o seu valor económico. E o n.º 3 do artigo do mesmo Código prescreve que a determinação da indemnização é feita nos termos do CE, com as necessárias adaptações. Quer dizer: o legislador não só considerou como devendo ser acompanhadas de indemnização as servidões administrativas que constituem verdadeiras *expropriações de sacrifício* (embora o tenha feito de modo incompleto), como ainda determinou que o *critério* de cálculo do montante da indemnização deve ser o estabelecido no CE⁵².

O mesmo se passa com o que vimos designando, há alguns anos, *expropriações do plano*, a que se referem o artigo 18.º da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (LBOTU), aprovada pela Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, alterada pela Lei n.º 54/2007, de 31 de Agosto, e o artigo 143.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJGT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, e, por último, pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, 20 de Fevereiro. Trata-se de certas disposições dos planos directa e imediatamente vinculativos dos particulares que produzem danos *especiais (singulares)* e *graves*

⁵¹ Cfr. M. Nogueira de Brito, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 993-1032.

⁵² Cfr. a nossa obra *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 332-337.

(*anormais*) no direito de propriedade do solo e que, por isso, devem ser consideradas como tendo um carácter expropriativo, as quais, no caso de os danos delas resultantes não poderem ser compensados através dos “mecanismos de perequação”, devem ser acompanhadas de indemnização. Neste sentido, o artigo 18.º, n.º2, da LPBOTU estabelece que, sempre que aqueles planos determinem “restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação” e, bem assim, “restrições significativas a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados”, existe o dever de indemnizar, desde que a compensação daquelas restrições não possa ter lugar através dos “mecanismos de perequação” dos benefícios e encargos dos mesmos resultantes. E o artigo 143.º, n.ºs 2 e 3, do RJIGT – sem curar, agora, dos problemas de constitucionalidade que estas normas suscitam – prescrevem, respectivamente, que “são indemnizáveis as restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportem uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação” e que “as restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes da revisão dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares apenas conferem direito a indemnização quando a revisão ocorra dentro do

período de cinco anos após a sua entrada em vigor, determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido”⁵³.

Em todos estes casos de “expropriações do plano” – que são verdadeiras “expropriações de sacrifício” –, o valor da indemnização corresponde à diferença entre o valor do solo antes e depois das restrições provocadas pelos instrumentos de gestão territorial, sendo calculado nos termos do CE. É o que resulta do n.º 4 do artigo 143.º do RJIGT.

A distinção entre a *indemnização pelo sacrifício*, como modalidade de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas, e a *expropriação de sacrifício* revela-se importante por diversas razões. Em primeiro lugar, o *fundamento* da indemnização. Na *indemnização pelo sacrifício*, o fundamento encontra-se nos *princípios do Estado de Direito* e da *igualdade perante os encargos públicos*. Na *expropriação de sacrifício*, o fundamento vai buscar-se não só a estes dois princípios constitucionais, mas também ao princípio da “justa indemnização por expropriação”, condensado no artigo 62.º, n.º 2, da Lei Fundamental. Em segundo lugar, a *natureza* da indemnização. Na *indemnização pelo sacrifício*, a indemnização é uma *consequência* do acto impositivo de encargos ou causador de danos

⁵³ Cfr. a nossa obra *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 764-791.

especiais e anormais, enquanto na *expropriação de sacrifício* a indemnização é um *pressuposto de validade* do acto expropriativo, como resulta claramente do artigo 62.º, n.º 2, da Constituição.

Em terceiro lugar, o *critério da indemnização*. Na *indemnização pelo sacrifício* a indemnização é calculada com base nos critérios definidos nos artigos 16.º e 3.º do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Na *expropriação de sacrifício*, a indemnização é apurada com base no critério definido no CE, devendo corresponder ao *valor de mercado* (*Verkehrswert*) do bem expropriado, entendido não em sentido estrito ou rigoroso, mas em *sentido normativo* (*valor de mercado normativamente entendido*)⁵⁴.

Quanto à *competência* para conhecer dos litígios respeitantes à *indemnização pelo sacrifício* e à *expropriação de sacrifício*, a questão não se apresenta tão clara como a que resulta das notas anteriores. Com efeito, se dúvidas inexistem quanto à competência dos tribunais administrativos para julgar os litígios relativos à *indemnização pelo sacrifício*, desde logo em consequência do disposto no artigo 4.º, n.º 1, alíneas g), h) e i), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais,

bem como do estabelecido no artigo 37.º, n.º 1, alínea g), do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, que determina que seguem a forma de acção administrativa comum os processos que tenham por objecto litígios relativos à “condenação ao pagamento de indemnizações decorrentes da imposição de sacrifícios por razões de interesse público”, o mesmo não sucede com a definição da competência para o conhecimento dos litígios relacionados com a *expropriação de sacrifício*.

Na verdade, poderá entender-se que, sendo as *expropriações de sacrifício* uma modalidade de “expropriações”, estão as mesmas sujeitas ao *regime global* definido no Código das Expropriações (que configura um *regime especial* salvaguardado pelo artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007), nele incluindo as normas que cometem à competência dos tribunais judiciais a discussão litigiosa sobre o valor da indemnização (artigos 38.º e seguintes do CE) – normas essas que não enfermam de qualquer vício de inconstitucionalidade, em face do artigo 212.º, n.º 3, da Constituição, não obstante a natureza administrativa da relação jurídica expropriativa, como decidiu o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 746/96⁵⁵. Assim sucede com a indemnização dos danos decorrentes da consti-

⁵⁴ Cfr. a nossa obra *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*, cit., p.32-54.

⁵⁵ Cfr., sobre esta problemática, a nossa obra *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*, cit., p. 73-75.

tuição, por meio de um acto de declaração de utilidade pública, de *servidões administrativas*, que, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do CE, devam ser acompanhadas de indemnização⁵⁶ – as quais são, como referimos, autênticas *expropriações de sacrifício*.

Diferente é, no entanto, o cenário apresentado pelas *expropriações do plano*, as quais constituem, como dissemos, um exemplo impressionante das *expropriações de sacrifício*. A propósito delas, o artigo 143.º, n.º 4, do RJGT estatui que “o valor da indemnização corresponde à diferença entre o valor do solo antes e depois da restrições provocadas pelos instrumentos de gestão territorial, sendo calculado nos termos do Código das Expropriações”. Poderia interpretar-se esta norma como contendo uma *remissão em bloco* do regime das *expropriações do plano* para o regime do CE, abrangendo não apenas as normas quanto ao cálculo do valor da indemnização, mas também as respeitantes à competência dos tribunais judiciais para conhecerem dos litígios quanto ao montante da indemnização e às respectivas normas processuais. Uma tal interpretação parece, no entanto, não ser compatível com a letra da lei, dado que, como ressalta dos próprios termos usados pelo legislador, aquela

norma opera uma remissão para o CE, para *efeitos exclusivos* do critério do cálculo da indemnização.

Assim, são os tribunais administrativos os competentes para conhecer das acções de condenação ao pagamento da indemnização por *expropriações do plano*. Tem sido esta, aliás, a solução que vem sendo adoptada pela doutrina⁵⁷ e pela jurisprudência⁵⁸.

Aqui chegados, pergunta-se se há algum *critério* que tenha sido adoptado pelo

⁵⁷ Cfr. M. Esteves de Oliveira/R. Esteves de Oliveira, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos, Anotados*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2004, Anotação XV ao Artigo 37.º, p. 272.

⁵⁸ Cfr., a título de exemplo, o Acórdão do Pleno da 1.ª Secção do STA, de 11 de Maio de 2005, Proc. N.º 616/2004, o qual decidiu, *inter alia*, que são competentes os tribunais administrativos de círculo para conhecer de uma acção de condenação ao pagamento de indemnização decorrente de sacrifícios resultantes da aprovação do Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) de Sintra/Sado pelo Conselho de Ministros, devido ao facto de o mesmo ter proibido a construção em determinado local do Portinho da Arrábida.

Veja-se, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 2 de Março de 2004, Proc. N.º 4142/03, que se debruçou sobre a indemnização correspondente à expropriação de um lote, objecto de licenciamento para a construção de 3 pisos, antes da declaração de utilidade pública, mas que, por efeito da entrada em vigor de um novo plano municipal de ordenamento do território, ocorrida num momento posterior ao licenciamento, mas anterior àquele acto declarativo de utilidade pública, teve a sua edificabilidade reduzida para 2 pisos. Aquele tribunal decidiu esta questão, dizendo que “o tribunal comum é incompetente em razão da matéria para aquilatar da observância do «princípio da igualdade» e bem assim para apurar o montante da indemnização pela violação do «princípio da confiança», nos termos do artigo 4.º, alínea g), do ETAF”.

⁵⁶ Sobre a problemática geral da indemnização das servidões administrativas e para uma crítica às normas do artigo 8.º, n.º 2, alíneas a), b) e c), do CE, cfr. a nossa obra *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p.332-343.

legislador para, nuns casos, considerar que os actos impositivos de encargos ou causadores de danos especiais e anormais devem ser indemnizados de acordo com o regime da *indemnização pelo sacrifício* e, noutros casos, segundo os ditames da *expropriação de sacrifício*. Não é esta uma questão fácil. Mas cremos que, pelo menos tendencialmente,

o legislador optou pela indemnização de acordo com os cânones da *expropriação de sacrifício* naquelas situações em que o acto do poder público revelar uma *intencionalidade ablativa* de um direito de conteúdo patrimonial ou de alguma ou algumas “faculdades” ou “irradiações” desse direito, como sucedeu nos exemplos acima apontados. □

Publicidade e segredo no Conselho de Estado

J. C. Vieira de Andrade

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra***I. Introdução: publicidade e segredo no ordenamento constitucional português****1. O princípio da publicidade no Estado de direito democrático**

Num Estado de direito democrático, tal como se foi forjando ao longo dos tempos na nossa civilização jurídica de matriz europeia, a publicidade do funcionamento dos órgãos de poder político acaba por constituir, no contexto de uma sociedade de informação, aquilo que se pode designar como um “princípio-regra”.

Todas as instâncias políticas são hoje constitucionalmente compreendidas como instituições “amigas” da democracia comunicativa e da publicidade crítica, no pressuposto de que não existe auto-determinação democrática sem auto-determinação informativa – por outras palavras, de que não existe auto-governo

sem acesso do público à informação sobre o governo¹.

O princípio em análise corresponde à dimensão objectiva de um conjunto de direitos cívicos e políticos fundamentais, em que se destacam os direitos de participação política e os direitos dos cidadãos à informação junto dos poderes públicos, intimamente associados com a garantia dos direitos de informação dos jornalistas, no quadro institucional de uma “comunicação social” livre e pluralista.

Este entendimento da publicidade-regra, não só das decisões, mas do próprio funcionamento dos órgãos de poder público, que decorre inequivocamente da nossa Constituição material², constitui o ponto de partida para a solução dos problemas e implica que todas as excepções ou compressões do princípio devam ser

¹ O poder político não pode ser compreendido como um domínio impenetrável, misterioso, oculto, sagrado.

² Embora curiosamente não apareça formulado expressamente num texto constitucional tão vasto como o nosso.

materialmente fundamentadas, proceduralmente controladas e limitadas por uma ideia de proporcionalidade.

2. Publicidade e exercício dos poderes do Estado

No entanto, o princípio da publicidade não pode ser entendido como um princípio absoluto³.

Por um lado, o princípio não tem aplicação uniforme a todos os órgãos do Estado e a todas as actividades públicas, podendo e devendo variar a forma e o grau de publicidade consoante as funções e os procedimentos em causa e os bens jurídicos envolvidos.

Por outro lado, o princípio tem de ser harmonizado com outros princípios e valores, que podem justificar a sua restrição ou compressão para salvaguarda de segredos privados ou comunitários.

2.1. Assim, por exemplo, a Constituição revela uma preocupação especial em garantir os direitos à informação dos cidadãos perante a *Administração Pública*, por ser esta a função de autoridade que mais frequentemente e mais imediatamente afecta a vida diária dos cidadãos e por ser aquela que gera ou detém a grande massa das informações relevantes para a sociedade⁴.

A este propósito, a Constituição não se limita hoje a consagrar um direito à informação procedimental, isto é, a que os “administrados” sejam informados relativamente aos procedimentos que lhes digam directamente respeito, confere ainda a qualquer cidadão o direito de acesso geral aos registos e arquivos administrativos – estabelecendo aquilo que se convencionou designar por *princípio da administração aberta*⁵.

Como é sabido, à afirmação desta ideia foram sucessivamente mobilizadas várias resistências. Primeiramente, os monarcas absolutos invocavam o direito divino e a sua condição de proprietários alodiais para afastarem qualquer dever de informação e de prestação de contas. Do mesmo modo, invocou-se frequentemente a ideia de *razão de Estado* para subtrair as informações a qualquer noção, mesmo que rudimentar, de *razão pública*, de opinião pública ou de publicidade crítica. Mais tarde, desenvolveram-se argumentos baseados nos conceitos de segredo de Estado, segurança nacional e segurança interna, frequentemente utilizados, sem qualquer fundamentação ulterior, para justificar, de forma autoritária, a não consagração do princípio da publicidade. Nalguns casos argumentava-se inclusivamente com o objectivo, de pendor democrático-representativo, de

³ Em nosso entender, não há, aliás, princípios ou valores constitucionais absolutos senão o da dignidade individual da pessoa humana.

⁴ Porventura ainda por uma desconfiança tradicional perante um poder que nem tem legiti-

dade democrática directa (como o Parlamento) nem constitui uma magistratura imparcial.

⁵ O n.º 2 do actual artigo 267.º da CRP foi introduzido pela revisão constitucional de 1989.

salvaguardar a responsabilidade do Governo, em primeira linha, perante o Parlamento.

Actualmente, à luz do entendimento dominante, a Administração pública tem hoje de ser isso mesmo: *pública*, no sentido de ser do público, pelo público e para o público, ao contrário do que sucedia quando a mesma era entendida como majestática, oficial e potestativa. Daí que a informação detida pela Administração seja, em princípio, pertença de todos os cidadãos, ao serviço de quem foi gerada, pelo que a sua retenção deve ser colocada sob *reserva de fundamentação*. Este princípio encontra consagração legal, designadamente, na Lei de Acesso aos Documentos Administrativos⁶ e no Estatuto do Jornalista⁷.

Contudo, a Constituição, ao aumentar a transparência e ao alargar o universo informativo, não podia deixar de prever igualmente a possibilidade de restrições

ao direito à informação administrativa, justamente nos casos em que esta possa efectivamente pôr em causa outros valores constitucionalmente reconhecidos, como a segurança interna e externa, a investigação criminal e a intimidade das pessoas.

É assim que se dá fundamento a toda uma série de leis – a segurança interna e externa é protegida pelos regimes do segredo de Estado e dos sistemas de informação⁸; a vida íntima das pessoas é protegida pela lei geral⁹, restringindo o acesso a documentos nominativos, e ainda por leis especiais, que regulam o acesso aos documentos notariais e registrais, aos documentos de identificação civil e criminal, aos documentos referentes a dados pessoais com tratamento automatizado e aos documentos depositados em arquivos históricos – que visam preservar esses e outros valores análogos¹⁰.

Note-se que as fontes de informação pertinentes não são, neste domínio, apenas os documentos administrativos, independentemente do seu suporte físi-

⁶ Lei n.º 65/93, de 26-8, alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, e pela Lei n.º 94/99 de 16 de Julho.

⁷ Artigo 8.º/3/4 da Lei n.º 1/99 de 13 de Janeiro, onde se dispõe que “[a] recusa do acesso às fontes de informação por parte de algum dos órgãos ou entidades referidos no n.º 1 deve ser fundamentada nos termos do artigo 125.º do Código do Procedimento Administrativo e contra ela podem ser utilizados os meios administrativos ou contenciosos que no caso couberem. As reclamações apresentadas por jornalistas à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos contra decisões administrativas que recusem acesso a documentos públicos ao abrigo da Lei n.º 65/93, de 26-8 [alterada pela Lei n.º 8/95, de 29-3 e pela Lei n.º 94/99 de 16-7], gozam de regime de urgência”.

⁸ E também pela confidencialidade geral de informações policiais e militares e de documentos diplomáticos.

⁹ Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, e pela Lei n.º 94/99 de 16 de Julho; naturalmente também pela lei penal que define os crimes de violação de segredo.

¹⁰ Note-se que a lei permite hoje também a recusa de informação que ponha em causa segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas, defendendo assim posições económicas concorrenciais, bem como a propriedade industrial e os direitos de autor.

co ou técnico, incluindo as actas, mas por vezes também as próprias reuniões, devendo sublinhar-se a tentativa de afirmação, no direito administrativo contemporâneo, de um princípio de reunião aberta (*open meeting*) para alguns órgãos colegiais, designadamente nas administrações autónomas. A regra seria, na medida do possível, a publicidade de *cada momento de cada reunião*, devendo todas elas ser anunciadas com antecedência. A ausência de publicidade deveria ter fundamento e ser previamente anunciada, embora, mesmo nessa hipótese, devesse ser facultado aos jornalistas um extracto dos trabalhos, o qual, naturalmente, só poderia e deveria omitir os materiais sujeitos a sigilo.

Em contrapartida, a doutrina também sublinha, no entanto, a necessidade de algumas restrições ao princípio da publicidade para garantia do bom funcionamento dos serviços ou dos órgãos e, nomeadamente, quando se trata da preparação de políticas públicas politicamente controversas ou em que o compromisso é indispensável, em que se pretende que haja uma discussão aberta e desinibida, sem as constringências decorrentes da exposição à publicidade, embora ainda aqui devam ser tornados públicos os assuntos em discussão e as decisões que sobre eles sejam tomadas.

Nessa mesma linha, a Lei do Acesso aos Documentos Administrativos¹¹ estabelece que não se consideram documentos administrativos, para este efeito, as notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante, bem com os documentos “cuja elaboração não releve da actividade administrativa”, designadamente referentes à reunião do Conselho de Ministros e de Secretários de Estado, bem como à sua preparação.

Estas limitações mostram que nem na própria Administração todas as reuniões ou todos os procedimentos podem ser inteiramente públicos, havendo que salvaguardar aquilo que se pode designar como o “cérebro institucional” dos órgãos executivos, onde devem poder ser livremente coligidos, seleccionados, apreciados, analisados e debatidos os materiais relevantes a partir dos quais, a vários níveis, serão esboçados, elaborados e concretizados actos políticos, linhas de orientação político-administrativa e iniciativas legislativas ou regulamentares.

2.2. O princípio da publicidade também aparece estabelecido na Constituição quanto às actividades da função política *lato sensu*¹², mas de forma menos estru-

¹¹ Artigo 4.º da Lei n.º 65/93, acima referida, na versão actual.

¹² O princípio da publicidade também vale em termos específicos e próprios quanto ao funcionamento do poder judicial, incluindo a investiga-

turada sob o ponto de vista jurídico, apenas a propósito da publicidade das *reuniões* das assembleias que funcionem como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local.

De facto, o princípio do arquivo aberto e os direitos à informação previstos na Constituição valem somente perante os órgãos da Administração e relativamente a documentos, registos e arquivos administrativos, não abrangendo os órgãos que desempenham actividades não administrativas, nomeadamente, os que praticam actos da função política, nem os respectivos documentos, registos e arquivos¹³.

ção judiciária. Isso, manifesta-se no entendimento cada vez restritivo que tem vindo a ser dado ao segredo de justiça, a despeito da sua recente consagração expressa no texto constitucional, bem como no princípio geral da publicidade das audiências de julgamento, embora também aqui com algumas restrições expressamente previstas, respeitantes, designadamente, à possibilidade de exclusão ou restrição da publicidade, por despacho judicial, nomeadamente com base na protecção da dignidade das pessoas e da moral pública (o que quer que isso signifique) e da intimidade das vítimas de crimes sexuais menores de 16 anos. Poder-se-ia pensar ainda em situações respeitantes à protecção de segredos comerciais ou do segredo de Estado. Deve ter-se em atenção que mesmo nos casos expressamente previstos na lei, o princípio da proporcionalidade obriga a que só sejam vedadas ao público as sessões de julgamento em que a publicidade possa pôr efectivamente em causa os referidos bens. O princípio da publicidade pretende assegurar que a justiça seja efectivamente levada a cabo em nome do povo, permitindo o controlo público da actividade daqueles que investigam e punem as violações da legalidade democrática.

¹³ Assim acontece também na generalidade dos países, designadamente em França e nos países nórdicos.

Devem salientar-se de forma especial as referências constitucionais ao princípio da publicidade da instituição parlamentar, no tocante às sessões plenárias¹⁴, às audições e às comissões parlamentares, embora relativamente a estas se preveja a possibilidade de deliberarem no sentido do carácter fechado do seu funcionamento, quando as matérias em causa o justifiquem¹⁵ – as deliberações de confidencialidade devem ser, no entanto, devidamente fundamentadas, enunciando os vários tipos de segredo que possam estar na base das mesmas.

Também aqui haverá diferenças de regime em função do tipo, da composição e das funções dos diversos órgãos, tal como se verificam as restrições e compressões necessárias para salvar o segredo exigido por outros valores constitucionalmente protegidos.

A transparência, tal como é entendida no quadro de uma sociedade observada pelos meios de comunicação social, é especialmente exigível para os órgãos electivos de soberania, que constituem os órgãos de representação política, designadamente no âmbito dos procedimentos de tomada de decisão.

¹⁴ A Assembleia da República e os deputados estão sujeitos a um acompanhamento intenso pela comunicação social, mas compreende-se que mesmo essa acessibilidade sofra os limites necessários ao bom funcionamento da instituição.

¹⁵ Artigo 116.º/1 da CRP e artigos 113.º, 119.º, 120.º e 121.º do Regimento da Assembleia da República.

Mas as exigências serão diferentes conforme se trate de um órgão colegial, como a Assembleia da República ou o Conselho de Ministros, ou de um órgão singular, como o Presidente da República, tal como variam consoante se trate do exercício de funções decisórias ou consultivas.

Por outro lado, também aqui se têm de salvaguardar os valores de segredo, designadamente os impostos pela segurança interna e externa – na realidade, será, em regra, a este nível político, como já vimos a propósito das reuniões dos Conselhos de Ministros, que estarão directamente em causa valores comunitários fundamentais.

É, por exemplo, a esse nível que normalmente se desenvolve a actividade do Presidente da República, seja na garantia da existência e da unidade do Estado, seja na consecução de equilíbrios que permitam o funcionamento regular do sistema político, designadamente no âmbito das matérias estratégicas que envolvem a chefia do Estado como as de defesa e segurança ou de diplomacia e relações internacionais – estando em jogo a unidade e a independência do Estado percebe-se que possa haver segredos públicos (apesar do aparente paradoxo) e o bom senso aconselha neste domínio sensível, uma cultura democrática de confidencialidade¹⁶.

2.3. Verifica-se, pois, a afirmação geral de um princípio-regra de publicidade, com intensidades diversas – como se diz hoje, de geometria variável – e sujeito a restrições e compressões na medida do necessário e adequado à protecção de valores de segredo constitucionalmente protegidos.

Deve notar-se que, no confronto entre a publicidade e o segredo, são os valores e os direitos da publicidade que assumem o papel de direito ou valor “agressivo”, ao passo que os segredos representam bens jurídicos susceptíveis de serem afectados – são o direito à informação e a liberdade de expressão ou de divulgação que podem pôr em causa a intimidade das pessoas ou a segurança do Estado.

Por isso, em termos metodológicos, o conflito entre estes valores e direitos fundamentais há-de resolver-se através da afirmação constitucional do valor-regra da publicidade e da previsão da sua restrição ou compressão, na medida em que seja adequado, necessário e proporcional para assegurar os valores que justificam o segredo – quer essa limitação se faça por via legislativa, em termos gerais e abstractos, quer se realize nos casos concretos, pelos diversos aplicadores do direito, em última instância, pelos tribunais.

¹⁶ Que não pode ser confundida nem deve confundir-se com o culto do segredo autoritário.

3. O princípio da publicidade e o segredo de Estado

Especialmente relevante para efeitos do presente parecer é a incidência que o princípio da publicidade tem no domínio da configuração do bem da segurança nacional e do segredo de Estado.

Em primeiro lugar, deve sublinhar-se que a publicidade e o segredo de Estado têm em comum o estarem ao serviço da garantia do Estado de direito democrático e dos direitos fundamentais dos cidadãos. Ou seja, não deve partir-se da existência de uma qualquer antinomia fundamental entre essas duas grandezas.

Em segundo lugar, deve afirmar-se que o segredo de Estado constitui uma excepção ao princípio da publicidade, devendo, por isso mesmo, apresentar-se, como acima se referiu, qualitativamente limitado, materialmente fundamentado, procedimentalmente controlável e objecto de uma interpretação estrita¹⁷.

No que diz respeito às matérias susceptíveis de serem qualificadas como segredo de Estado, as mesmas abrangem, tal como resulta da concretização legislativa, as relações internacionais, a operacionalidade e a segurança das forças armadas e dos serviços de segurança, a prevenção de crimes contra a segurança

do Estado e a preparação da defesa militar do Estado¹⁸.

Sublinhe-se, a este propósito, que a doutrina e a jurisprudência constitucionais afirmam a necessidade de uma restrição qualitativa neste domínio, sublinhando a condição legal de que só devem ser qualificadas como segredo de Estado as informações cuja revelação possa provocar danos directos, imediatos, graves e irreparáveis ao Estado e à comunidade política globalmente considerados. Isto, um pouco à semelhança do critério do perigo claro e iminente (*clear and present danger*) do direito norte-americano, com o qual se pretende evitar a alegação de danos em termos meramente conjecturais.

Igualmente importante é sublinhar que o carácter limitado e excepcional do segredo de Estado anda também associado à necessidade de limitar as autoridades com competência para proceder à qualificação do segredo de Estado, bem como à limitação temporal da sua duração, a qual entre nós é de quatro anos¹⁹.

Como princípio fundamental neste domínio encontra-se a necessidade de

¹⁸ Lei n.º 6/94 de 7 de Abril, artigo 2.º, n.º 3.

¹⁹ No artigo 6.º da Lei n.º 6/94, de 7 de Abril, estabelece-se que o acto de classificação específica, tendo em consideração a natureza e as circunstâncias motivadoras do segredo, a duração deste ou o prazo em que o acto deve ser revisto, não podendo o prazo para a duração da classificação ou para a sua revisão ser superior a quatro anos. Prescreve-se, igualmente, que a classificação caduca com o decurso do prazo.

¹⁷ No mesmo sentido aponta o artigo 1.º da Lei n.º 6/94, de 7 de Abril, sobre o Segredo de Estado.

impedir a utilização abusiva do conceito de segredo de Estado com o fim de ocultar os aspectos inconstitucionais, ilegais ou danosos para o interesse público da actuação dos titulares dos cargos públicos em geral e dos titulares dos cargos políticos em especial. Do mesmo modo, sublinha-se que o segredo de Estado não pode ser instrumentalizado para ocultar informações susceptíveis de serem consideradas embaraçosas pelos poderes públicos.

Neste domínio, é comum alertar-se para a existência de uma tendência generalizada no sentido da *sobre-qualificação* de documentos como secretos, muito secretos, ou confidenciais, tendência essa que deve ser combatida através dos meios de comunicação social e dos tribunais. Estes últimos deveriam ser chamados a decidir sobre a bondade ou não de uma restrição ao direito à informação fundamentada no segredo de Estado, designadamente nos casos em que a comunicação social divulga matérias classificadas como tais ou em que funcionários públicos são objecto de sanções disciplinares por terem divulgado informações comprovadamente sobre-classificadas.

Na mesma linha, a doutrina chama a atenção para o facto de que a adopção de um princípio de absoluto secretismo nas matérias mais sensíveis acabaria inescapavelmente por conduzir a procedimentos de decisão irracionais e irresponsáveis. Daí que nem o segredo de

Estado possa ficar completamente à margem das ponderações de interesses que os indivíduos, a comunicação social e, em última instância, os tribunais, entendam levar a cabo sempre que considerem ter sido abusivamente utilizado o instituto em análise.

II. A publicidade e o funcionamento do Conselho de Estado

As considerações que temos vindo a desenvolver permitem o enquadramento, do ponto de vista teórico e principal, dos problemas da publicidade relativa ao funcionamento (reuniões e actas, pareceres e documentos) do Conselho de Estado, que vamos agora enfrentar.

1. Os dados normativos relativos à publicidade no funcionamento do Conselho

Como se viu, apesar de o princípio da publicidade conformar objectivamente toda a organização institucional do Estado, ele adquire um alcance e um sentido variáveis em função do órgão em presença e dos bens constitucionais que possam estar em causa aquando da sua actuação.

Importa, assim, analisar os dados normativos referentes ao funcionamento do órgão “Conselho de Estado”, a começar pelos dados que decorrem da decisão constituinte que o criou.

1.1. A Constituição, depois de qualificar o Conselho de Estado como órgão político de consulta do Presidente da República, estabelece expressamente, em matéria de organização e funcionamento, que *as suas reuniões não são públicas*²⁰, remetendo, quanto ao mais²¹, para a autonomia regimental.

Fica, assim, claro que a Constituição pretendeu estabelecer, ela própria, uma *excepção* ao princípio da publicidade, já que se trata de uma norma que não tem paralelo na organização constitucional do poder político e cujo sentido é inequívoco, embora o seu alcance possa ser graduado.

Na realidade, a determinação de que as reuniões do Conselho não são públicas não há-de querer dizer apenas que não são abertas ao público, antes deve ser entendida como a afirmação de um valor organizacional, de uma esfera de reserva ou segredo deste órgão, que se estende ao conteúdo das reuniões.

É assim que, desenvolvendo este aspecto da não publicidade, o Regimento do Conselho de Estado, a par da obrigação de elaboração das *actas* das reuniões, veio estabelecer um *dever de sigilo* para os membros do Conselho de Estado, que não podem proceder, nem conjunta, nem isoladamente, à divulgação do

objecto e do conteúdo das reuniões, nem sequer das deliberações e dos pareceres, mesmo quando devam ser tornados públicos, neste último caso, antes da sua publicação²².

O Regimento do Conselho de Estado admite, porém, a possibilidade de acordo entre o Presidente e o órgão no sentido da publicação, depois das reuniões, de uma nota informativa, na qual se indique, de forma sucinta, a totalidade ou parte do objecto da reunião e dos seus resultados.

1.2. A Constituição impõe, no entanto, um *momento de publicidade* relativo à actividade do Conselho de Estado – referimo-nos à obrigação de publicar os pareceres obrigatórios, isto é, os respeitantes à dissolução da Assembleia da República e dos órgãos de governo próprios das regiões autónomas, à demissão do Governo, quando tal seja necessário para garantir o regular funcionamento das instituições, à nomeação e exoneração dos Ministros da República, à declaração de guerra e a feitura da paz, bem como no caso dos actos do Presidente da República interino para cuja prática se exija a prévia audição do Conselho de Estado.

Se a não publicidade das *reuniões* do Conselho de Estado é a regra neste domínio, a mesma não se aplica no que

²⁰ Cfr. os artigos 141.º ss. e o artigo 144.º da CRP.

²¹ Com excepção do estatuto dos próprios membros do Conselho, que constitui matéria de reserva de competência exclusiva da Assembleia da República (Lei n.º 31/84, de 6 de Setembro).

²² Cfr. o artigo 15.º do Regimento do Conselho de Estado, *Diário da República*, I Série, 261, de 10-11-84.

respeita aos seus *pareceres*, especialmente quando estejam em causa decisões presidenciais em momentos de crise da vida das instituições democráticas²³.

Pelo contrário, a publicidade dos pareceres do Conselho de Estado visa justamente asseverar, nesses casos, a transparência das decisões do Presidente ou do seu substituto interino.

O Regimento reproduz esta imposição constitucional, acrescentando que os demais pareceres só serão publicados se o Presidente da República assim o determinar²⁴.

1.3. Como bem se compreende, o *dever de sigilo* dos membros do Conselho de Estado constitui um dever geral de reserva, autónomo e distinto do dever de respeito pelo segredo de Estado, embora possa, nalgumas situações, ser consumido por este.

É o que sucede, desde logo, nos casos em que sejam fornecidos aos conselheiros documentos previamente classificados como segredo de Estado pelas autoridades competentes, relativamente aos quais se aplica o regime jurídico correspondente, incluindo o prazo de duração de segredo e as sanções, designadamen-

te penais, para a respectiva violação, que, na hipótese serão especialmente graves pelo estatuto da função do agente, sendo punida a negligência e agravada a moldura penal²⁵.

Além disso, o Presidente da República pode entender que a divulgação, total ou parcial, de um determinado documento, de uma determinada informação ou de uma acta do Conselho pode pôr em causa o segredo de Estado, caso em que deverá utilizar a competência para classificação de documentos como segredo de Estado que a lei lhe reconhece, desde que se verifiquem os respectivos requisitos substanciais e procedimentais²⁶.

Na maior parte dos casos, porém, as actas das reuniões do Conselho não conterão informações ou documentos susceptíveis de pôr em risco ou de causar dano à independência nacional, à unidade ou integridade do Estado ou à segurança interna e externa – ora, como se viu, estes requisitos têm de verificar-se e devem ser objecto de interpretação estrita, para evitar as práticas de sobrequalificação, isto é, a restrição excessiva e injustificada da publicidade.

2. A avaliação do regime de sigilo do funcionamento do Conselho de Estado no contexto constitucional

Descrito o regime do sigilo relativo ao funcionamento do Conselho de Estado,

²³ Com excepção da nomeação e exoneração dos Ministros da República, os pareceres obrigatórios referem-se a situações de crise, se incluirmos aí as decorrentes da situação de interinidade.

²⁴ Artigo 17.º/3 do Regimento do Conselho de Estado.

²⁵ Cfr. o artigo 316.º do Código Penal..

²⁶ Artigos 1.º/1/3, 3.º e 5.º da Lei n.º 6/94.

tal como resulta do Regimento, importa agora precisar o seu alcance e simultaneamente avaliar em que medida ele corresponde a uma solução equilibrada no contexto de um sistema de princípios constitucionais em que a publicidade do funcionamento dos órgãos de poder político é entendida como um princípio-regra.

2.1. Deve lembrar-se que o carácter secreto ou confidencial do funcionamento do Conselho de Estado decorre de uma *disposição constitucional expressa* no quadro da organização do poder político. A compreensão do sentido e do alcance desta derrogação do princípio da publicidade obriga, pois, a que se considere o lugar que o órgão em análise ocupa no quadro político-institucional.

Ora, este órgão tem de ser entendido como uma instituição nova, cujo sentido se há-de compreender inteiramente no sistema de organização do poder político próprio da Constituição portuguesa de 1976, depois de instituída a democracia plena com a revisão de 1982.

Desde logo, não se pode pretender uma compreensão adequada do Conselho de Estado português através do estudo comparativo de órgãos a que textos constitucionais estrangeiros dão a mesma designação²⁷.

²⁷ No contexto francês, por exemplo, o Conselho de Estado assume uma configuração e uma competência que pouco têm que ver com o seu con-gêneres português, facto que fica a dever-se, além

Acresce que o Conselho de Estado actual também se diferencia dos órgãos que, na tradição constitucional portuguesa, de alguma forma constituem os seus antecessores, seja pela sua composição, seja pelo seu relacionamento com o Chefe do Estado – designadamente, não tem como ponto de referência o arquétipo de um *conselho privado* de procedência monárquica²⁸.

No actual sistema constitucional, o Conselho de Estado é um órgão político de consulta do Presidente da República, mas em que só uma minoria dos membros é designada por este, resultando a maioria de inerências institucionais e de escolhas parlamentares – parece assim que o órgão, para além do *aconselhamento* do Presidente, mostra uma espe-

do mais, à diferente posição ocupada pelo Presidente da República relativamente a outros órgãos de soberania e à assunção de competências em matéria de justiça administrativa por parte do referido órgão. Em lado algum existe, na constituição francesa, uma afirmação expressa do carácter não público das reuniões do Conselho de Estado, sem prejuízo da solução que o legislador tenha estabelecido. O mesmo sucede no contexto italiano, em que a figura do Conselho de Estado surge ligada ao exercício de competências consultivas em assuntos de legalidade administrativa e de garantia da justiça no funcionamento da administração pública. A existirem, as restrições à publicidade terão fundamento legal. Por seu lado, a Constituição belga prevê a existência de um Conselho de Estado também com funções consultivas e de natureza jurídico-administrativa, remetendo a sua composição, responsabilidades e funcionamento para a lei.

²⁸ Também não faz sentido compará-lo, em especial para o efeito em vista, com o Conselho de Estado da II República, num regime de cariz autoritário e antidemocrático.

cífica adequação funcional aos objectivos de *condicionamento* do poder presidencial e, em função das inerências, até de *concertação* institucional ao mais alto nível²⁹.

É relativamente ao conjunto de todos estes aspectos que deve ser equacionado o carácter não público das reuniões do Conselho de Estado. Na verdade, deve sublinhar-se que as razões da confidencialidade pretendida pelo legislador constituinte se prendem, de forma instrumental, com a garantia de uma ampla liberdade expressão e opinião e da existência de uma relação fiduciária entre os vários membros do órgão, em ordem a assegurar o seu funcionamento como um *locus* de diálogo aberto, franco e desinibido, no pressuposto de que isso é fundamental para o exercício dos poderes presidenciais – sobretudo quando se trate de o aconselhar, mas igualmente quando se pretende condicionar a sua actuação ou promover uma actuação concertada dos órgãos políticos de soberania.

2.2. O alcance do preceito constitucional que consagra a não publicidade das reuniões do Conselho de Estado tem, pois, de ser entendido em função deste seu perfil próprio como órgão constitucional.

²⁹ Note-se que mesmo os membros designados pelo Presidente da República não são, em rigor, membros da sua confiança, dado que, uma vez empossados, não podem ser demitidos e o seu mandato só termina com o termo do mandato presidencial.

Percebe-se, desde logo, por se tratar de um órgão político de consulta, que o princípio fundamental da publicidade e dos correspectivos direitos à informação não impliquem um direito de acesso às actas, por parte dos cidadãos em geral ou dos jornalistas em especial, nos mesmos termos do direito constitucionalmente previsto no artigo 268.º da Constituição em matéria de registos e arquivos administrativos³⁰. O direito ao acesso aos documentos administrativos tem o seu fundamento, como vimos, em considerações de controlo público democrático da Administração, fundados na natureza heterónoma e interventora da actividade que a mesma desenvolve.

Mais, também aqui não vale uma das razões fundamentais para a exigência da publicidade no âmbito administrativo, que corresponde à necessidade de garantir o direito de defesa dos particulares contra decisões de autoridade que os lesem, especialmente através do recurso aos tribunais – não apenas para protecção de interesses individuais, mas ainda na defesa de interesses das comunidades locais e, hoje, de interesses

³⁰ Note-se que a liberdade de acesso as fontes de informação concretizada no Estatuto do Jornalista não lhe confere, quanto às entidades públicas ou de mão pública, qualquer direito especial relativamente aos direitos à informação da generalidade dos cidadãos, privilegiando-o apenas no acesso à informação procedimental – o que constitui um contra-senso (cf. artigo 8.º, n.º 2 da Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro).

gerais que são considerados como interesses de cada um dos cidadãos.

Ora, o Conselho de Estado, para além de desempenhar uma função política, tem apenas poderes consultivos e não toma decisões que possam afectar a esfera jurídicas dos cidadãos e perante as quais devesse garantir-se uma tutela efectiva.

2.3. Por outro lado, também não valem para o Conselho de Estado as razões que justificam as exigências de publicidade dos órgãos políticos de soberania.

O Conselho de Estado não é semelhante a uma instituição parlamentar em que se devam confrontar publicamente as diversas correntes de opinião representativas da sociedade, a propósito da governação do país e da elaboração das suas leis mais importantes. Tal como não se assemelha a um órgão governamental que dirige a Administração pública e conduz diuturnamente a política geral do país.

O Conselho de Estado assiste o Presidente da República no exercício das suas funções em momentos sensíveis para a vida colectiva e a propósito de grandes problemas nacionais, sem tomar decisões, limitando-se a discutir e a dar parecer, isto é, a constituir um *forum* de reflexão de personalidades com larga experiência política, certamente pluralista, mas fora do contexto da luta partidária.

Compreende-se, por isso, o regime constitucional, que aponta para um equilíbrio adequado entre o segredo e a publicidade – de entre os órgãos constitucionais, é precisamente este o órgão ao qual se deve garantir um funcionamento discreto e confidencial, ao mesmo tempo que se impõe a publicidade dos seus pareceres obrigatórios, quando sejam tomadas as decisões presidenciais respectivas.

De facto, o princípio da publicidade democrática não é absoluto e não pretende aniquilar todos os espaços reservados de discussão política, particularmente quando esteja em causa a preparação de tomadas de posição ou da prática de actos políticos, cujas consequências se pretendam amplamente ponderadas, a partir de diferentes pontos de vista ou da análise hipotética de diferentes cenários³¹.

Daí que se deva ter na devida conta a natureza *qualitativamente* distinta dos bens em presença e das razões atendíveis, quando se compara o acesso à informação administrativa e até política em geral com o acesso às actas do Conselho de Estado.

2.4. Assim, parece justificar-se a concretização regimental da excepção expres-

³¹ Note-se que a própria Lei de Acesso aos Documentos Administrativos não considera documentos administrativos, para efeitos de informação, “os documentos referentes à reunião do Conselho de Ministros e de secretários de Estado, bem como à sua preparação” (artigo 4.º, n.º 2, alínea b) da Lei n.º 65/93).

samente consagrada na Constituição ao princípio da publicidade e aos direitos de informação dos cidadãos e dos jornalistas.

Por um lado, os membros do Conselho de Estado estão individualmente obrigados por um “dever de sigilo” total (também será um direito quanto à não divulgação das opiniões próprias expressas nas reuniões), que abrange mesmo a proibição de divulgação dos próprios pareceres obrigatórios antes da publicação.

Por outro lado, o Presidente da República, enquanto destinatário directo das consultas e presidente do órgão, parece ter uma espécie de “direito ao sigilo quanto às fontes de opinião”, na medida em que o segredo visa assegurar uma discussão aberta e desinibida dos assuntos dentro do Conselho, sem as restrições decorrentes da exposição, imediata ou em diferido, da publicidade. Poderá, no entanto, divulgar, de acordo com o Conselho, notas informativas sobre o objecto e o conteúdo das reuniões e, por sua iniciativa, dar publicidade a eventuais pareceres não obrigatórios que tenha solicitado.

Por sua vez, resultam limitados os direitos à informação dos cidadãos em geral e dos jornalistas em particular, que, perante o sigilo, não têm direito de acesso às reuniões nem ao seu conteúdo e, designadamente, não têm direito de acesso às actas do Conselho, tendo apenas o direi-

to de conhecer os pareceres obrigatórios, quando sejam praticados os actos correspondentes pelo Presidente da República, e a expectativa legítima da divulgação de notas informativas sobre o conteúdo das reuniões.

2.5. O princípio da publicidade implica, no entanto, enquanto princípio-regra, uma interpretação e aplicação proporcional das normas de sigilo, de modo a excluir a publicidade apenas na medida adequada à protecção dos valores que fundamentam tal exclusão – ou seja, o bom funcionamento do órgão Conselho de Estado no contexto do regular funcionamento das instituições democráticas.

O ambiente de confidencialidade funcional determinado pela Constituição não tem, pois, de ser interpretado como uma proibição absoluta de acesso e de divulgação de informações, apenas exclui o direito de acesso dos cidadãos e jornalistas e exime o Presidente da República e o Conselho de Estado da obrigatoriedade de fundamentação da recusa (salvo, naturalmente, quanto a documentos que sejam, por outras razões, secretos, como, por exemplo, os que tenham sido ou devam ser classificados como segredo de Estado).

Percebe-se, assim, que tenha sido entretanto reconhecida ao Presidente da República, pelo Regimento do Conselho

de Estado³², a possibilidade de facultar o acesso às actas das reuniões não públicas, em casos excepcionais, quando e nos termos em que entenda conveniente³³, à semelhança do que acontecia com as notas para a imprensa³⁴ e, embora com regime diverso, com os pareceres facultativos.

Do ponto de vista do princípio geral da publicidade, pode mesmo questionar-se sobre se não devem entender-se como obrigatórios os *breves extractos informativos* que o regimento prevê.

2.6. A harmonização entre o princípio da publicidade e o sigilo do funcionamento do Conselho põe ainda a questão crucial de saber qual é o período de duração do sigilo das actas.

O sigilo que limita o direito de acesso às actas do Conselho de Estado e a liberdade de expressão dos membros não pode ser eterno, nem pode durar apenas o tempo das funções.

Por um lado, a garantia de um diálogo franco e aberto e de uma relação fiduciária dentro do Conselho de Estado apontam no sentido da necessidade de se consagrar a duração do referido dever de sigilo dos conselheiros (bem como da

restrição do acesso às actas) por um período de tempo que vá além do termo do mandato.

Com efeito, será praticamente tão inibitório da participação, nos termos expostos, nos debates do Conselho de Estado o saber-se que determinadas declarações proferidas numa sessão do órgão serão reveladas à imprensa imediatamente após a reunião, como o saber-se que elas chegarão ao conhecimento do público alguns meses ou mesmo alguns anos depois.

No entanto, o princípio da publicidade obriga a que o dever de sigilo e a restrição do acesso não se prolonguem indefinidamente, até porque uma das funções da existência de uma publicidade crítica democrática consiste precisamente em inibir os titulares dos cargos políticos de proferirem palavras, adoptarem atitudes ou praticarem actos. Ou seja, a existir um efeito inibitório, ele acabará por ser internalizado pelas exigências democráticas e de Estado de direito, nos termos das quais toda a actuação dos órgãos públicos deverá ser, em última análise, condicionada pela publicidade democrática.

Justifica-se, assim, o estabelecimento de um *prazo razoável de sigilo*, que consiga a concordância prática entre a necessária confidencialidade do funcionamento do Conselho de Estado e o princípio do controlo público da actividade política.

³² V. o artigo 13.º, n.º 5 do regimento, alterado pelo Regimento do Conselho de Estado n.º 1/2001, de 26 de Abril.

³³ E na medida em que isso não seja inconveniente para a garantia da razão de ser do sigilo.

³⁴ Este argumento analógico vale, pelo menos, enquanto se mantiver a maioria dos titulares do órgão.

Não havendo normas legais que se apliquem a este prazo, nem directamente³⁵, nem sequer por analogia (pois que o caso é único), é normal que a lacuna tenha sido preenchida pelo próprio Conselho de Estado, ao abrigo da competência regimental conferida pela Constituição relativamente à sua organização e funcionamento.

Na realidade, tendo em consideração que a excepção à regra da publicidade é estabelecida pela própria Constituição, uma norma regimental deste tipo não poderia ser vista como uma restrição a direitos fundamentais de informação, que seria da exclusiva competência legislativa da Assembleia da República, mas, pelo contrário, como uma norma de auto-organização³⁶, que visa concretizar o alcance da excepção constitucional em função da respectiva razão de ser – define a “cultura organizacional” do Conselho, pela via da harmonização de valores constitucionais.

Assim, percebe-se que, através de uma norma regimental tenha sido estabelecido o prazo de 30 anos, a contar do termo do mandato presidencial respectivo³⁷,

³⁵ Não pode aplicar-se aqui o Decreto-lei n.º 16/93, de 23 de Janeiro, que vale apenas para os documentos depositados em arquivos históricos, e cujo regime próprio ressalva apenas a comunicação de dados pessoais, em termos que, aliás, parecem restringir excessivamente o direito à informação.

³⁶ Embora com efeitos que se projectam nas relações externas do órgão.

³⁷ V. o artigo 13.º, n.º 4, do Regimento do Conselho de Estado n.º 1/2001, de 26 de Abril.

para o acesso às actas pelos jornalistas e cidadãos em geral, que valerá também, nos termos atrás referidos, como prazo um prazo de caducidade para esse dever de sigilo dos membros.

Este prazo não teria porventura de ser tão longo, tendo em consideração alguns pontos de referência no ordenamento jurídico – a lei de segredo de Estado estabelece, como vimos, um prazo de *quatro* anos para a duração da classificação (embora permita a revisão desta); os relatórios diplomáticos elaborados no âmbito das relações externas estarão sujeitos a um período de reserva de *vinte* anos; *vinte* anos foi igualmente o prazo especial fixado para a divulgação dos arquivos da PIDE/DGS e da Legião Portuguesa (a partir do 25 de Abril de 1974)³⁸, em derrogação dos prazos gerais de *setenta e cinco* ou de *cinquenta* anos após a morte dos titulares, fixados para os documentos com dados pessoais constantes dos arquivos históricos³⁹.

A decisão de fixação de um prazo razoável implica uma ponderação de valores constitucionais com um componente ineliminável de discricionariedade, aceitando-se o prazo determinado pelo Regimento, embora também pudesse optar-se, quanto a anos com maior equi-

³⁸ Lei n.º 4/91, de 17 de Janeiro.

³⁹ V. o artigo 17.º do Decreto-lei n.º 16/93, de 23 de Janeiro. Por sua vez, o Decreto-lei n.º 279/91, de 9 de Agosto, fixou o prazo de vinte e cinco anos após a morte dos titulares para a abertura dos arquivos de Oliveira Salazar e de Marcello Caetano.

líbrio, por um prazo mais curto, por exemplo, de vinte anos, contados a partir do termo do mandato presidencial – até porque a conformidade com a Constituição da fixação deste prazo por via regimental será tanto menos discutível quanto menos se possa duvidar da razoabilidade e da justificabilidade desse prazo no contexto da harmonização do princípio da publicidade com o imperativo da confidencialidade da consulta política presidencial.

Transcorrido o prazo estabelecido, os membros do Conselho de Estado deixam de estar sujeitos ao dever de sigilo e caduca este regime especial de segredo para as actas e os documentos do Conselho, que passam a estar sujeitas ao regime geral dos arquivos públicos – caem no domínio público, a menos que contenham informações classificadas como segredo de Estado ou que estejam sob a alçada de outro segredo, nos termos dos correspondentes regimes específicos.

3. As sanções para a violação do dever de sigilo

Merece a pena considerar, por fim, o problema da efectivação do *dever de sigilo* consagrado no Regimento do Conselho de Estado.

Verifica-se que nem o Regimento, nem o Estatuto dos Membros do Conselho de Estado⁴⁰, onde se tratam matérias concernentes, nomeadamente, à posse, iní-

⁴⁰ Lei n.º 31/84 de 6 de Setembro.

cio, suspensão e termo de funções, às imunidades e aos direitos e regalias, contemplam sanções para a eventual violação do dever de sigilo.

Conclui-se, pois, que este é um dever concebido como um dever de natureza político-regimental, cujo cumprimento é, acima de tudo, função das virtudes cívicas e políticas democráticas dos membros deste órgão constitucional. Parte-se do princípio de que se trata de personalidades da mais alta craveira (como as “gens distinguées” de Montesquieu) e que, por isso, possuirão sabedoria e isenção, um especial sentido de Estado e um código de conduta especialmente exigente, não utilizando as informações de que dispõem por força do cargo para fins pessoais, político-partidários ou quaisquer outros que possam lesar o bom funcionamento das instituições.

Acrescente-se, nesta mesma linha, que não está penalmente tipificada a violação deste dever de sigilo.

Com efeito, não vale aqui a lei penal geral, que pune a “violação de segredo” profissional (artigo 195.º do Código Penal), se for entendido que o bem jurídico protegido reveste exclusivamente uma natureza pessoal⁴¹.

⁴¹ A violação do dever de sigilo dos conselheiros também não constitui, em si, violação de segredo de Estado (ou dos segredos de justiça ou de segurança ou militar), sem prejuízo da ocorrência de situações em que a quebra do sigilo também envolva esta outra violação.

Também não é punida como violação de segredo por funcionário (artigo 383.º do Código Penal), na medida em que os membros do Conselho de Estado não são funcionários (nos termos do artigo 386.º), já que não exercem funções administrativas ou jurisdicionais e este crime é concebido como um “delito específico próprio”, que só pode ser cometido por certas pessoas. Os membros do Conselho de Estado também não desempenham, para esse efeito, uma “funções políticas equiparadas”, já que não são incluídos, nessa qualidade, entre os titulares de cargos políticos pela lei especial respectiva⁴².

Conclui-se, pois, que, em face da lei actual, deliberadamente ou por esquecimento, não existe um *tipo-de-ilícito-criminal* a que se possa reconduzir, de acordo com as exigências de tipicidade e segurança jurídica ínsitas no direito penal, a violação do dever de sigilo por parte dos membros do Conselho de Estado. Nessa eventualidade, não havendo igualmente sanções disciplinares, a única censura existente, no actual quadro legal, é uma censura cívica e política sobre o infractor⁴³.

⁴² Artigos 3.º e 27.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

⁴³ Sem prejuízo da possibilidade de exercício, por imperativos inerentes ao *due process of life*, do direito de resposta (em defesa da honra e do bom nome) e de rectificação (em nome da verdade pessoal). Isto, evidentemente, dentro dos limites estritos impostos pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo e da concordância prática entre bens constitucionalmente

É de salientar ainda que este dever de sigilo, ao contrário do que acontece com o dever de respeito pelo segredo de Estado (ou do segredo de justiça) não se estende a quem tenha conhecimento accidental da matéria sob sigilo – assim, por exemplo, não cometem qualquer infracção os jornalistas que, tendo tido acesso accidental às actas do Conselho de Estado ou a informações cobertas apenas pelo referido sigilo regimental, as revelem, designadamente se houver interesse público na divulgação.

III. Síntese conclusiva

Do exposto podemos retirar, em síntese, as seguintes conclusões:

1. A publicidade das decisões, bem como do próprio funcionamento dos órgãos públicos constitui, contra a *arcana praxis*, o princípio-regra de um Estado de direito democrático, fundado na participação informada, crítica e responsável dos cidadãos, hoje acentuada no contexto de uma sociedade comunicacional aberta.
2. A ordem constitucional portuguesa consagra inequivocamente o princípio, mas aceita ou implica a distinção entre diferentes graus e formas de publicidade, conforme o tipo de funções (administrativas, judiciais ou políticas) e, em especial no que respeita às funções políticas, con-

protegidos que se encontrem numa situação de conflito.

soante o perfil constitucional dos órgãos que as desempenham.

3. As exigências constitucionais de transparência são especialmente fortes quanto aos procedimentos, documentos, arquivos e registos da função administrativa, por se tratar de uma actividade subordinada que afecta directamente e maciçamente a vida dos cidadãos. Tal como a publicidade será naturalmente mais intensa e extensa no âmbito da actividade do Parlamento, enquanto representação popular (pluralista e pluripartidária), do que no desenvolvimento da actividade de direcção política do Governo, e mais nesta do que nos domínios sensíveis da esfera de actuação reservada ao Presidente da República enquanto Chefe de Estado.

4. Em qualquer caso, o princípio da publicidade democrática e os respectivos direitos à (e de) informação não são absolutos e, em termos e modos diversos, têm de harmonizar-se com o necessário respeito pelos segredos, públicos e privados, postulados pelos valores comunitários fundamentais (designadamente, pela independência nacional, pela unidade do Estado, pela segurança externa e interna), bem como pela dignidade humana (designadamente, pela intimidade pessoal e familiar).

5. Tendo em consideração que, neste conflito normativo, o direito “agressivo” é o direito ou a liberdade de informação, a harmonização opera metodicamente

através do modo da exclusão (constitucional), restrição (legal) ou compressão (prática) da publicidade, na medida do que seja adequado, necessário e proporcional à salvaguarda dos bens ou valores jurídicos que justificam os segredos.

6. O Conselho de Estado, no quadro constitucional da organização do Estado, desempenha as funções de órgão político de consulta do Presidente da República. Em matéria de publicidade, a Constituição estabelece que as suas reuniões não sejam públicas, ao mesmo tempo que determina a publicação dos pareceres obrigatórios, quando sejam praticados os correspondentes actos presidenciais.

7. O carácter secreto ou reservado das reuniões, e, por inerência, das respectivas actas, justifica-se pela salvaguarda de um espaço de expressão e de reflexão livres no âmbito da consulta política de personalidades ao nível supremo da chefia do Estado, que incide tipicamente sobre questões de superior interesse nacional, muitas vezes em situações de crise, seja quando propicie o aconselhamento do Presidente da República no exercício das suas funções, seja quando vise a composição ou a concertação política em matérias fundamentais para a comunidade.

8. Neste contexto, os membros do Conselho de Estado estão individualmente obrigados por um “dever de sigilo” regimental (que também é um direito quan-

to às opiniões próprias expressas) e o Presidente tem uma espécie de “direito ao sigilo quanto às fontes de opinião”, na medida em que importa assegurar uma discussão aberta e franca dos assuntos, sem as restrições decorrentes da exposição, imediata ou em tempo próximo, à publicidade.

9. Os cidadãos, em geral, e os jornalistas, em especial, no âmbito dos respectivos direitos à informação, não podem invocar o direito fundamental de acesso aos arquivos e registos administrativos ou o direito de acesso às fontes oficiais de informação para conhecimento das actas do Conselho de Estado precisamente porque este não é um órgão administrativo, mas um órgão político, acrescentando que é um órgão sem poderes decisórios. Tão pouco podem invocar a publicidade própria da actuação dos órgãos de representação e de decisão política, designadamente da actividade parlamentar.

10. Não deve considerar-se proibida a divulgação das actas ou de documentos ou informações não classificadas, quando e nos termos em que o Presidente e o Conselho, por acordo, a entenderem conveniente, mas não carece de fundamentação uma eventual recusa do requerimento de acesso por parte dos jornalistas ou de qualquer cidadão interessado.

11. O princípio da publicidade democrática impõe que este sigilo, além de não

ser eterno, não seja excessivamente longo, devendo perdurar por um período de tempo *razoável*, em função das suas finalidades justificativas.

12. Esse período está actualmente definido no Regimento do Conselho de Estado, o que é admissível, tendo em conta que não constitui uma restrição de direitos, liberdades e garantias, antes incorpora uma decisão incluída na autonomia organizacional e opera através de uma harmonização de valores constitucionalmente protegidos.

13. A fixação do prazo envolve um momento de discricionariedade, mas deverá ponderar a razão de ser do sigilo – não será, pois, desrazoável, embora pudesse ser mais curto, o prazo de trinta anos, contados a partir do termo do mandato presidencial respectivo, tal como foi regimentalmente fixado.

14. A mera violação do dever geral de sigilo dos membros do Conselho de Estado não está sujeita a sanções jurídicas, designadamente disciplinares ou penais. De facto, não constitui violação do segredo profissional (porque não se trata de proteger bens pessoais), não cabe no tipo legal de violação de segredo por funcionário (porque os titulares do órgão não exercem funções administrativas ou jurisdicionais), nem integra a infracção de violação de segredo por titular de funções políticas (porque não constam

do conjunto legalmente definido de “titulares de cargos políticos”).

15. Este sigilo organizacional não se confunde com outros segredos, públicos ou privados, que podem verificar-se relativamente a documentos ou informações de que os membros do Conselho de Estado tenham tido conhecimento ou que lhes tenham sido confiados no exercício das suas funções. A imunidade dos membros do Conselho de Estado diz respeito apenas aos votos e opiniões expressos no exercício das suas funções, pelo que são responsáveis civil e criminalmente pela violação de outros segredos, nos termos das leis respectivas.

16. Se houver informações ou documentos previamente classificados como segredo de Estado ou que o Presidente

da República entenda a qualquer momento como tal classificar (incluindo as actas das reuniões), aplica-se o regime constitucional e legal desse segredo, que implica a negação do acesso e a proibição de divulgação por parte de cidadãos e jornalistas (mesmo que deles tenham conhecimento accidental), bem como um dever de sigilo dos conselheiros, que podem, na hipótese de violação, vir a ser punidos mesmo em caso de mera negligência e sofrer uma pena agravada.

17. O mesmo acontecerá, *mutatis mutandis*, quanto a informações, documentos ou actas do Conselho que contêm dados sujeitos a regimes de segredo para protecção da intimidade da vida privada ou outro – aplicando-se, então, o regime específico respectivo. □

O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios

J. J. Gomes Canotilho

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

§ 1º | *A democracia na encruzilhada do “Estado adjectivado”*

O problema da democracia não pode desvincular-se da transformação do Estado. Basta fazer uma pequena lista das invenções adjectivantes do Estado para darmos conta da instabilidade deste referente da democracia. Alguns colocam a ênfase da “politicidade estatal” e, conseqüentemente, da legitimação decisório-democrática, no *Estado Supervisor* (de *Supervisionstaat* fala, precisamente, Helmut Willke), ou seja, o Estado capaz de definir, em termos estratégicos, as tarefas e responsabilidade da organização estatal. Outros erguem o *Estado garantidor*, (o chamado *Gewährleistungsstaat*) na terminologia alemã, ou seja, o Estado responsável pela socialidade e pelo bom êxito das formas privatizadoras e reguladoras dos serviços do interesse económico em geral ponto central das questões relacionadas com a legitimação democrática da estabilidade social. Estritamente conexionado com este “Estado garantidor”, aparece o

Estado regulador assente na institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e para dirimir os conflitos em domínios sectoriais políticos e economicamente sensíveis. Ainda como ponto de contacto com o “Estado garantidor” e “Estado regulador”, perfila-se o *Estado económico*, ou seja, um Estado substitutivo do “Estado financeiro” clássico, com a passagem do orçamento financeiro ao orçamento económico e do orçamento anual ao orçamento plurianual, e com a introdução de sistemas de controlo *a posteriori* assentes na avaliação da eficácia e da boa utilização dos recursos financeiros (“desempenho económico-financeiro”), segundo métodos de gestão privada.

Numa perspectiva diferente, mas, de qualquer forma relacionada com a reforma do Estado, alguma literatura jurídico-publicista avança com os conceitos de “*Estado coordenador e cooperativo*”, de *Estado centralizador_ e Estado*

simplificador. Estado coordenador no sentido de Estado criador de esquemas organizatórios e de métodos racionalizadores que, além de assegurarem cooperação entre várias administrações, abrem canais simplificadores de comunicação entre o Estado e Cidadãos. “Estado contratualizador” (e não “Estado estatutário”) que assegura relações contratuais com os seus titulares de órgãos, funcionários e agentes à semelhança do sector privado, com valorização do elemento humano, da formação e gestão activa do pessoal (“novo trabalho público”). Olhando para as articulações do *multi-level constitutionalism*, encontra-se o *Estado Europeísta*, orientado para iniciativas de colaboração com os restantes Estados Europeus, de forma a aprofundar o “espaço administrativo europeu” caracterizado por *standards* elevados e homogéneos tendentes à obtenção de elevadas performances e resultados por parte da “acção administrativa europeia”. A própria reinvenção do território está, de novo, em causa, com as pulsões regionais e descentralizadoras. Em nome de um verdadeiro *Estado descentralizador* aponta-se para a transferência, a favor de comunidades regionais e locais (algumas vezes “reinventadas” no sentido da criação de “novas regiões”), de tarefas de interesse público, com a conseqüente transferência de meios e de poderes.

Parece não ser difícil intuir que os objectivos do Estado não são (pelo menos na maior parte dos casos) mais que qualificações designativas de *novas tarefas do Estado*. Alguns desses objectivos - Estado-garantidor, Estado económico - revelam que algumas das dimensões da política se transferem para a execução de *políticas públicas*, localizadas no âmbito governamental-administrativo e implementadas em termos de *governance*. Algumas construções conceituais como as de “estadualidade aberta”, “implementação de políticas públicas” ligadas ao modelo de “Estado activador” e “cooperativo”, primordialmente estruturado com base num direito administrativo de cooperação, sugerem mesmo que a verdadeira *ciência de direcção* deixou de ser o direito constitucional com os seus dogmas democrático-legitimatórios das decisões político-legislativas, para passar a ser a ciência do direito administrativo – sobretudo da “nova ciência do direito administrativo” – agora convertida a ciência das instâncias politicamente decisório-executivas¹⁰².

A pergunta é então esta: o conceito de democracia é o mesmo relativamente a todos estes tipos de Estado? A democracia do Estado politico-representativo é a

¹⁰² Cfr. Hans Henrich Trute et alii (org.) *Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Trafähigkeit eines Konzepts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, onde se insere o trabalho de Klaus Von Beyme “Implementation: eine Paradigma der Synergieeffekte Zwischen Veerwaltungswissenschaft und Pratik-wissenschaft”

mesma subjacente ao modelo de *administracão responsiva* em que não raro a definição de política se reconduz a uma espécie de *negotiated rule-making*! Para o pensamento dominante democracia pressupõe o Estado e o Estado pressupõe a democracia¹⁰³. Mas qual democracia? Mas que Estado?

§ 2º | A legitimação democrática da administração

A administração do Estado garantidor-regulador configura-se como administração implementadora. A implementação significa, em rigor, pôr em acção esquemas político-decisórios de políticas públicas. O governo-direcção destas políticas carece também de legitimação democrática, não admirando que a “nova ciência do direito administrativo” se tenha encarregado de traçar as dimensões desta legitimação. Mais concretamente: procura-se imprimir um “carácter atento e dinâmico à democracia”, de forma a que o modelo clássico de legitimação não neutralize o recorte de um esquema legitimador da *administracão plural e diferenciada* das constelações políticas contemporâneas. Ora, basta comparar o modelo clássico de legitimação com os padrões legitimatórios actuais para se concluir que, em último termo, a democracia representativo-parlamentar cede o passo a proces-

sos comunicativos, onde não é a ciência do direito constitucional a responsável pela definição dos princípios básicos da legitimação democrática.

A ciência do direito constitucional recor-tava o modelo de legitimação democrática da administração através do modelo de legitimação do Estado: (1) o povo é o *sujeito* de legitimação democrática; (2) o *objecto* de legitimação é o poder estatal; (3) os *modos de legitimação* são os instrumentos destinados à implantação de um esquema de imputabilidade entre o sujeito e objecto de legitimação; (4) os *níveis de legitimação* perfilam-se como o lugar de ajustamento dos diferentes modos de legitimação e respectivos instrumentos a fim de se apurar se o esquema de imputabilidade entre o exercício do poder estatal e o novo é suficientemente eficaz e efectivo¹⁰⁴. A articulação dos modos de legitimação (legitimação institucional-funcional, legitimação organizatório-pessoal e legitimação material) com os níveis de legitimação permitia estruturar as dimensões básicas da democracia constitucional parlamentar: (1) a lei do parlamento, com as suas “reservas” e as suas “prioridades”; (2) o princípio da legalidade com vinculação da administração à lei; (3) o princípio da responsabilidade parlamen-

¹⁰³ Cfr. Uwe Volkmann, “Setzt Demokratie den Staat Voraus?”, AöR, 127 al (2002), p. 575 segs.

¹⁰⁴ Cfr. Hans-Heinrich Trute, “Die demokratische Legitimation der Verwaltung”, in Hoffman-Riem/Schmidt Assman/Andreas Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, Beck, München, 2006, p. 311 segs.

tar do governo; (4) o princípio da estruturação hierárquica da administração e respectivos esquemas de direcção, superintendência e tutela.

É perante este esquema clássico formal que a “nova ciência do direito administrativo” sugere uma compreensão do princípio democrático dinâmica e aberta ao futuro. Em rigor, a nova ciência do direito administrativo não visa furtar-se ao enquadramento normativo-institucional da democracia nem colocar a questão da legitimação num plano infraconstitucional: O recurso ao direito constitucional afigura-se, em alguma medida, como uma “estratégia científica”¹⁰⁵. Com efeito, o povo continua a ser sujeito de legitimação, mas trata-se do *povo plural*, e não do povo como “unidade colectiva”. O povo plural tem como ponto de referência o indivíduo e a sua auto-determinação e não entidades colectivas como o “Estado” ou a “Nação”. Consequentemente, também a democracia, no contexto cultural europeu, será uma forma de domínio cujo ponto de partida é sempre e apenas a liberdade individual¹⁰⁶ (o “cidadão europeu” e não a “União Europeia”).

O mesmo se verifica com o *objecto* da legitimação, tradicionalmente reconduzido ao poder do Estado. O problema é o deste objecto ter de alargar-se a entidades e respectivos actos - autoridades administrativas independentes¹⁰⁷ - e ao exercício de poderes públicos por entidades privadas dentro dos esquemas de cooperação e organização público-privada¹⁰⁸. Não deve esquecer-se também que em causa pode estar o exercício de um poder no *sistema multinível europeu* que, como é óbvio, não pode desvincular-se de formas e meios jurídicos de legislação, mas que só uma estatalidade neutra e um princípio democrático dinâmico podem albergar. São, precisamente, os problemas de legitimação da administração plural e diferenciada que justifica o notável esforço dogmático e teórico da “nova ciência do direito administrativo” para erguer, reflexivamente, o princípio democrático - verdadeiro princípio e não regra jurídica - a um padrão legitimador que tenha em conta

¹⁰⁵ Cfr. Hans Christian Röhl, “Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie”, in Hans-Heinrich Trute un alii, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 820.

¹⁰⁶ Cfr. Hans-Heinrich Trute, “Die demokratische Legitimation der Verwaltung”, in Hoffman-Rien et alii, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, cit., p. 324.

¹⁰⁷ O tema é analisado por Georg Hermes, “Legitimationsproblem unabhängige Behörden”, in Hartmut Bauer et alii, *Demokratie in Europa*, cit., p.457 ss. Entre nós, por Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, 2005.

¹⁰⁸ Cfr. Stefan Storr, “Verfassungsrechtliche Direktiven des demokratischen Prinzips für die Nutzung privatrechtlicher Organisations- und Kooperation – Formen durch die öffentliche Verwaltung”, in Hartmut Bauer et alii, *Demokratie in Europa*, cit., p.411 ss.

as condições reais do exercício do poder e não apenas ficções normativas¹⁰⁹.

§ 3. | *A constituição como sistema aberto de democratização e de controlo*

O problema que se coloca perante o repeto da “nova ciência do direito administrativo” é o de saber se, no plano da ciência do direito constitucional, se registam movimentos doutrinários correspondentes. Uma indicação actual, indiciadora de uma nova compreensão dos problemas de legitimação democrático-constitucional, pode encontrar-se em diversa literatura, na qual se inclui o comentário mais recente à *Grundgesetz* alemã¹¹⁰. Parece claro que a *democracia legitimadora* do poder é, também, a *democracia executora de poder* (para utilizarmos as fórmulas de G. Höffe¹¹¹), tem de ser mais compreensiva – em termos de formas, meios e níveis de legitimação – de forma a reactualizar as interpretações centradas na legitimação eleitoral directa e na cascata de legitimações. Neste contexto inserem-se as exi-

gências de abertura para outros pontos de vista legitimatoriamente relevantes¹¹²: aceitação, efectividade, justeza, justiça material e procedimental, realização do bem comum e de interesses públicos. O núcleo da democracia – *Herzstück von Demokratie* – residirá não tanto em derivações legitimatórias, mas em processos de criação de direito e em estruturas de reconhecimento recíproco, interacção, partilha de responsabilidade e constituição de orientação e de sentidos. A nosso ver, também não basta a simples menção de *formas autónomas de legitimação* divorciadas de uma visão de conjunto das refracções político – normativas do princípio democrático. É o que pretendemos salientar em desenvolvimentos seguintes. A nossa resposta será a de considerar a *Constituição como um sistema aberto de democratização e de controlo*. Isto implica, desde logo, a redescoberta da constituição como *sistema normativo de legitimação do poder*.

§ 4. | *I - A constituição como estatuto jurídico do político*

1. Dentre as várias caracterizações da constituição, uma delas é reiteradamente convocada: a constituição como *estatuto jurídico do político*. Noutra formulação, afirma-se que a constituição constitui o *lugar de encontro* entre a democra-

¹⁰⁹ Cfr., por todos, Hans-Heinrich Trute, “Die demokratische Legitimation der Verwaltung”, in Hoffman-Riem/Schmidt Assman/Andreas Vosskühle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, cit., p. 307 segs.

¹¹⁰ Referimo-nos ao *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, organizado por K. Friauf/W. Höfling. As referências que se fazem no texto pertencem à anotação ao artigo 20.º a cargo de Uwe Volkmann.

¹¹¹ Cfr. Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München, 1999. Utilizámos a tradução em língua portuguesa: *A Democracia no mundo de hoje*, São Paulo, 2005.

¹¹² Cfr. Uwe Volkmann, anotação 47 ao artigo 20.º da *Grundgesetz*, em *Berliner Kommentar*, cit.

cia e o constitucionalismo. Com particular insistência na juridicidade do político, a constituição democrática é aquela que afirma e estabelece o *princípio do fundamento normativo de qualquer poder* (Kelsen). Para se legitimar como constituição democrática, uma lei fundamental deve conformar o estatuto jurídico do político em termos *republicanos e pluralistas*, o que exclui quaisquer outras legitimações (ex. dinásticas) ou burocráticas (ex. do Estado). No fundo, quando se coloca a questão de saber em que consiste esse estatuto jurídico do político, a resposta não pode deixar de se reconduzir a duas notas fundamentais (1) a ideia de *legitimação democrática* que encontra nas normas constitucionais sobre as instituições democráticas, sobre o papel do legislador e sobre os mecanismos eleitorais e referendários, as suas mais expressivas precipitações normativas; (2) a ideia de *limite da política*, que encontra nos elementos de controlo recíproco do poder, designadamente nos esquemas de fiscalização de constitucionalidade, a forma acabada da positividade democrática

2. Acontece, porém, que equilíbrio entre a legitimação democrática e o limite jurídico da política parece sofrer momentos de turbulência. Em primeiro lugar, porque o equilíbrio pressupõe o respeito pela separação e interdependência dos órgãos de soberania, o que nem sempre acontece, havendo aquilo a que alguns já

chamaram o regresso da “confusão” de poderes. Os que se deviam ocupar da tarefa da concretização dos limites (ex: magistrados) e os que deviam fazer política e manter-se distantes das instâncias de controlo tendem a pressionar directa e indirectamente estas últimas. Em segundo lugar, no bojo da constituição e das leis votadas pelos órgãos próprios, foram-se alojando entidades, actividades e parâmetros de regulação cuja bondade democrática não é visível a olho nu (entidades administrativas independentes, formas de exercício de actividades públicas por entidades privadas, adopção de esquemas regulativos “standards”, “boas práticas”, “regras técnicas”). Por último, os princípios republicanos vinculativos do exercício de poderes e funções públicas (virtude na defesa dos interesses públicos e distância perante os interesses privados, temporariedade de cargos e de mandatos, responsabilidade pela gestão dos dinheiros públicos), têm sofrido “perigosas neutralizações”, multiplicando-se os casos de “mãos sujas”, de acusação de corrupção activa e de corrupção passiva, de partidarização dos ofícios públicos, de mercantilização de influências “de captura pelos regulados”, com as consequências inevitáveis da opinião pública sobre a bondade democrática do poder. Em último termo, volta a colocar-se a questão de saber se o fundamento normativo necessário de qualquer poder é, em si suficiente, para

garantir a juridicidade material no exercício do político.

3. A constituição não pode deixar de ser uma *constelação normativa atenta à situação do mundo político*, sob pena de se transformar num “esqueleto normativo”. O que se pergunta, porém, é se o sistema normativo aberto de regras e princípios é suficiente para garantir a força normativa do estatuto do político perante eventuais deficits de legitimação e de legitimidade, ou se, para além da juridicidade, é necessário voltar a apelar para os valores éticos e morais, questionando o *fundamento moral* da constituição e das instituições democráticas por ela conforma. É neste contexto que a moderna literatura jusconstitucional (mas também da ciência política e da sociologia) volta a preocupar-se com o problema da democracia e da realização dos princípios democráticos. O tema em moda, não é o do “princípio da dignidade da pessoa humana” ou o princípio da proibição do excesso mas o da problematização do *sistema aberto de democratização e de controlo esta-belecido na constituição*.

II - A constituição como estatuto do controlo político

1. Os problemas atrás assinalados andam, hoje, associados a temas de grande sensibilidade política. “Estado de partidos”, “sintomas de crise do Estado Constitucional Democrático”, “sintomas

de crise de representação parlamentar”, “corrupção do sistema político”, “não há almoços grátis”, “virtudes públicas, vícios privados”. Poucos são os estudos que, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, tenham dedicado atenção suficiente à problemática da constituição como sistema aberto de democratização e de controlo. A problematização jurídico-constitucional desta democratização e deste controlo levar-nos-à, necessariamente, a temas clássicos frequentemente descuidados nas análises “puras” do direito constitucional. Lembramos apenas os temas responsabilidade, crimes de responsabilidade, impedimentos, incompatibilidades, exclusividade de funções, limites à renovação sucessiva de mandatos de cargos políticos executivos. Falta uma visão de conjunto sobre este leque de questões.

2. Para além destes problemas clássicos, irrompem na “arena política” questões particularmente complexas que, de uma forma ou de outra, colocam interrogações carecidas de resposta. Referim-nos, por exemplo, à utilização de formas de cooperação e de organização jurídico-privadas no exercício de funções públicas, à recepção de modelos de *governance* no âmbito das políticas públicas, à crescente importação de uma “república de reguladores” (desde entidades independentes no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias, até às entidades reguladoras da

concorrência e do mercado de valores imobiliários). A simples menção destes temas insinua que, aos olhos do cidadão, talvez esteja aqui o “nó górdio da democracia” e não num sofisticado sistema de incons-titucionalidades, invalidades ou ilegalidades, que revelam desvalores jurídicos, mas frequentemente ocultam os “desvalores ético-políticos” a ele associados.

3. A insuficiente problematização do estatuto jurídico da democratização e do controlo político liga-se, em grande medida, à ideia de que a *ordem jurídica* é fundamentalmente constituída por *actos jurídicos* e outras manifestações normativas. Mais do que isso. A ordem jurídica (1) é o fundamento, limite, mas também produto de uma praxis, de actores individuais e institucionais dentro dum determinado espaço jurídico, sendo (2) dimensão constitutiva dessa ordem a distinção entre acto jurídico (direito) e “não direito”. O espaço do “não direito” não tem qualquer relevância jurídica¹¹³. O problema é que esta lógica se adequa a uma perspectiva de juridicidade estatal (de Estado de direito), mas não é suficiente para captar certos “acontecimentos normativos” (*normative Erscheinungen*) aos quais podem estar ligados resultados ou consequências primariamente relevantes no âmbito da democraticidade constitucional. Precisamente por isso

é que se torna imperioso articular as duas perspectivas – de juridicidade e de democraticidade – para se estruturar com uma sustentabilidade razoável, o sistema aberto de democratização e de controlo.

4. Nesta perspectiva, o sistema jurídico tem de incorporar novos “conceitos-chave” e novas formas de actuação possibilitadoras de uma melhor compreensão do ordenamento constitucional democrático. Vamos dar alguns exemplos. O conceito de “*New Public Management*” foi transferido das experiências de modernização do sector privado para a administração pública. Dentre os seus elementos ou componentes inclui-se a separação entre *politica*, como planeamento ou definição estratégica de tarefas, e transmutação operativa destes fins através da administração. Como se assegura o controlo democrático nos dois planos de acção? Ainda no mesmo modelo, transformou-se a matriz estrutural da administração central concentrada num esquema de outras unidades operativas autónomas com responsabilidade descentralizada. O governo concentra-se – esta outra dimensão caracterizadora – nas tarefas nucleares do Estado, transferindo outras tarefas para empresas privadas ou organizações não-lucrativas (privatização *contracting-out*, *public-private partnership*). Estas estratégias não se reconduzem sempre a actos jurídicos. Como se “ordena”, den-

¹¹³ Sobre esta dicotomia cfr. Christian Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit*, Tübingen, 2004, p.13.

tro deste novo “Estado”, a legitimidade democrática das decisões? Quais as pautas de actuação para avaliar da sua conformidade com as regras e princípios do ordenamento constitucional? A resposta à “mecânica da nova governance” exige que esta seja engrenada de um modo tolerável, aceitável e sustentável, em termos de Estado de direito e em termos de Estado democrático¹¹⁴. □

¹¹⁴ Cfr., por todos, E. Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ªed., Heidelberg, 2006, p. 12 segs.

O novo direito do urbanismo: o despontar do “urbanismo pós-vinculístico” no domínio da reabilitação urbana

Suzana Tavares da Silva

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo:

A globalização veio pôr em crise alguns dos postulados tradicionais que informavam o direito público, designadamente trouxe consigo correntes que apontam para a desconstrução do Estado como resultado da desconstrução dos conceitos de soberania, território e cidadania nacional. A necessidade de integração dos Estados em comunidades de direito de nível supra-estadual impôs uma reconstrução da dogmática, que atinge, a seu modo, quase todos os domínios jurídicos, e um deles é, precisamente, o direito do urbanismo. Tradicionalmente assente num modelo de “planificação vinculística em cascata”, orientado para a implementação de um modelo único de ordenamento do território pré-definido a nível central, e concretizado a nível local em instrumentos fundados na técnica do zonamento, o direito do urbanismo tem hoje dificuldade em dar uma resposta adequada aos novos desafios. De facto, este modelo não se compagina com as exigências do *princípio da sustentabilidade*, assente em novos con-

ceitos como a *avaliação estratégica*, a *programação* ou a *multilevel governance do território*, reclamando uma revisão dos instrumentos de gestão territorial. A própria *perequação*, apresentada a seu tempo como um instrumento suficientemente dúctil para dar resposta aos desafios do modelo de cidade assente no princípio da colaboração público-privada, exige hoje alguns reajustes que lhe permitam “sobreviver num *modelo urbanístico pós-vinculístico*”. O novo modelo troca o *plano* pelo *projecto* e pela *programação estratégica*, a repartição de competências entre Estado e autarquias e os princípios da coordenação e hierarquia entre os planos por mecanismos de *governance multilevel* e o “pré-ordenamento do território” por um sistema complexo, em rede, de concretização de *níveis de qualidade ambiental* e de *coesão no desenvolvimento*, orientados para um “programa de âmbito super-estadual”.

1. Globalização e território: as mudanças que se impõem no âmbito dos postulados tradicionais do direito do direito do urbanismo

O conceito de *território* tem, desde há muito, um significado jurídico. Enquanto elemento inalienável do Estado, o território assume-se como um referente de pertença material da cidadania e do exercício da própria soberania. Todavia, a desconstrução típica da pós-modernidade e a integração do Estado em comunidades supra-estaduais de direito impõem uma mudança não apenas na compreensão da soberania, mas também dos restantes elementos do Estado, entre eles, o território. A modificação imposta pela abertura à complexidade no caso do território traduz-se na sua perda de relevância enquanto limite e vínculo da soberania.

Trata-se, convém sublinhá-lo em primeiro lugar, de uma consequência da diluição da própria soberania no contexto da *globalização*, pois a transferência de atribuições para entidades supranacionais e a consciencialização de que alguns problemas globais só podem ser resolvidos à escala global (*maxime* os problemas ambientais) tornaram imperiosa a vinculação dos Estados a orientações e instruções de organizações e entidades internacionais fundadas em conhecimentos técnicos, vinculadoras e limitadoras das políticas nacionais, não deixando dúvidas quanto ao enfraquecimento da

soberania como poder supremo do Estado dentro do seu território¹.

No que respeita ao ordenamento do território, a integração de Portugal na União Europeia obrigou a um reajuste do sentido da planificação aos objectivos europeus de construção de um modelo coerente de coordenação de políticas e acções que incidem sobre o território, no qual se conjugam dimensões económicas, sectoriais, urbanísticas e ambientais, subordinadas ao cumprimento de objectivos estratégicos, de que o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território constitui em exemplo típico.

Neste contexto, é importante sublinhar a perda de poder exclusivo do Estado não só *dentro* do território, mas até *sobre* o território, em consequência da revelação de novos direitos subjectivos fundados em instrumentos de direito internacional e supranacional. Algumas decisões judiciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) são ilustrativas desta segunda dimensão, revelando a mencionada perda de soberania *sobre* o território. Referimo-nos ao caso dos membros da comunidade cigana que apelaram àquele tribunal, alegando a violação do direito à habitação nómada (típica da sua cultura) pelas autoridades britânicas ao indeferirem os pedidos de licenciamento de instalação de caravanas em zonas verdes dentro das cidades (nos *green belts*), fundamentando aquela recusa em normas urbanísticas. Neste caso o tribu-

nal concluiu que o princípio da proporcionalidade exige que os planos urbanísticos contemplem uma solução adequada para os membros daquela etnia, designadamente, que ponderem a protecção de interesses gerais conjuntamente com o dever de protecção dos direitos individuais daqueles, entre os quais se inclui, por exemplo, o direito de as crianças daquelas famílias poderem “residir na comunidade” em zonas próximas dos estabelecimentos de ensino (*Buckley vs. Reino Unido* – 25/09/1996). Noutra ocasião, o TEDH pôs em causa despejos administrativos de famílias ciganas fundamentados em comportamentos anti-sociais, afirmando que as autoridades administrativas não tinham tomado em consideração nas respectivas decisões o “especial modo de vida” dos membros daquelas comunidades (*Conors vs. Reino Unido* – 27/04/2004). Na mesma linha, inserem-se os casos em que aquele tribunal considerou haver violação dos artigos 8º e 6º da CEDH quando estabelecimentos industriais devidamente licenciados provocaram danos na qualidade de vida dos “vizinhos” ou quando não foi divulgada suficiente informação à comunidade sobre o impacto ambiental do estabelecimento a licenciar, ou mesmo nos casos em que não foi garantido, de forma efectiva, o direito de participação procedimental nos respectivos licenciamentos (*R. vs. Hampshire Waste Services* – 2002)ⁱⁱ.

Neste contexto, o território perde a característica de circunscrição do poder estadual soberano, mas revela uma importância renovada enquanto *recurso* exclusivo do Estado para promover a valorização do bem-estar da população, o que implica, necessariamente, uma transformação profunda no direito do ordenamento do território e do urbanismoⁱⁱⁱ. A inversa não é, porém, verdadeira, ou seja, o Estado perde a qualidade de ser o único titular do poder no seu território, mas mantém intocável o poder de explorar a valorização do seu território, o que acaba por acentuar a importância da compreensão deste como um *recurso nacional*. Em outras palavras, o Estado mantém o poder de explorar de forma exclusiva os seus *recursos territoriais* para satisfazer as necessidades dos cidadãos, embora com o compromisso de o fazer de forma sustentada e com observância das *guidelines europeias* – política agrícola comum, protecção ambiental, implantação de redes transeuropeias, desenvolvimento tecnológico, coesão estrutural^{iv} – e *internacionais* – convenções em matéria ambiental, energética, etc.

É por esta razão que o Estado passa a valorizar o território e os seus aproveitamentos de forma mais intensa, o que obriga, no plano interno, a proceder a uma reformulação da repartição de poderes nesta matéria entre o nível estadual e infra-estadual, no nosso caso,

sobretudo nas relações entre o Estado e os municípios. A reformulação no plano interno assenta, fundamentalmente, na necessidade de concepção de esquemas de aproveitamento sustentável do território, fundados em instrumentos jurídicos à margem do clássico sistema de “planificação em cascata”, que culmina nos planos municipais de ordenamento do território, baseados na técnica do zonamento^v. Assim, a “cativação prévia de usos em determinadas áreas” não é hoje compaginável com uma gestão e afectação eficiente e sustentável deste recurso escasso, devendo antes ser dada prioridade ao desenvolvimento de esquemas globais de *policy-making* em matéria de programação social, os quais hão-de incluir, também, a definição de políticas municipais em matéria de urbanismo^{vi}.

É contra uma pré-compreensão exclusivamente publicista do urbanismo, hoje inadequada ao contexto da partilha público-privada da responsabilidade pela promoção de políticas sectoriais, que a doutrina italiana reage e apresenta como alternativa o “*urbanismo pós-vinculístico*”, designação dada por aqueles autores ao conjunto de esquemas operativos destinados a estimular a participação dos proprietários no desenho territorial, fazendo coincidir com formas de utilidade pública a prossecução de interesses individuais, permitindo substituir as tradicionais indemniza-

ções e compensações da planificação e da execução dos planos por novos esquemas de *perequação*^{vii}. A proposta da doutrina italiana radica, essencialmente, na dinamização da *perequação de endopartilha* – assente na atribuição de capacidade edificatória não aos lotes e aos respectivos titulares, mas antes aos planos na sua totalidade, através de um esquema de índices territoriais, colocando os proprietários em igualdade de circunstâncias que os obrigará a negociar entre si a respectiva execução – e da *perequação em sentido amplo* – baseada na “exportabilidade” de direitos edificatórios e na possibilidade de criação de um “mercado de índices” dentro da contextualidade do plano.

A nossa proposta suporta uma compreensão mais ampla do que deva ser o novo direito do urbanismo, procurando enquadrá-lo na dinâmica típica dos novos esquemas jurídicos de concretização de políticas públicas^{viii} e do que a doutrina alemã designa como “novo direito administrativo”^{ix}.

A experiência comparada mostra-nos claramente que os *actos de boa governação* do território assentam agora na elaboração de *estratégias abertas* destinadas à posterior *concretização aplicativa*. São estratégias formadas a partir de esquemas de *multilevel governance* entre os diversos níveis públicos de decisão, e entre estes e as entidades privadas, que respondem a um entramado de

exigências ambientais, sociais e económicas.

Por outro lado, dos “novos instrumentos de gestão territorial” espera-se não só que incorporem a compreensão do território-recurso, como ainda que revelem a absorção por este ramo do direito dos princípios informadores do “novo direito administrativo”. Cabe não esquecer que a já mencionada abertura à complexidade impôs, no plano do direito administrativo geral, uma adaptação da dogmática tradicional ao esquema da “*legalidade aberta*”, transferindo uma nota típica de inovação concretizadora para níveis onde anteriormente apenas se encontrava a tradicional “aplicação da lei”. É, pois, normal, que estes instrumentos se espriem também pelos cada vez mais diversos ramos especiais do direito administrativo.

2. Instrumentos do direito urbanístico pós-vinculístico

Quando nos referimos aos novos instrumentos de gestão territorial reconduzíveis à dogmática do novo direito administrativo, centramos a nossa atenção em dinâmicas evolutivas baseadas na compreensão do território como recurso, originadoras dos seguintes movimentos: do *plano de ordenamento* para o *programa estratégico*; do *plano-acto* para o *projecto*; dos princípios da *coordenação e hierarquia dos planos* para a *multilevel governance*; do “*pré-ordenamento*” do

território para a concretização aplicativa de *standards* ambientais, sociais e de coesão económica. Vejamos, mais em pormenor, como se operam estes movimentos.

Os *planos de ordenamento* cumprem uma função de ordenação e conferem segurança e estabilidade quer às entidades administrativas que vão decidir os pedidos de licenciamento, quer aos privados a quem cabe, em última instância, a execução dos mencionados planos. Este esquema foi concebido inicialmente como um mecanismo rígido de garantia de igualdade, que, em última instância, visava garantir a execução de um modelo de aproveitamento do território e de desenvolvimento das cidades estipulado a nível político pelas entidades competentes, acautelando apenas a participação procedimental dos interessados e destinatários dos planos.

Com o tempo, este modelo foi reclamando a introdução de mecanismos de flexibilização, que permitissem “ajustar melhor” o interesse público pré-definido aos interesses dos privados, incumbidos, em última instância, de assegurar a respectiva concretização. Esta pressão no sentido da flexibilização dos planos agudizou-se com a nova repartição dos encargos públicos urbanísticos, *i. e.*, com a “privatização dos custos de urbanização dos terrenos”. E não faltaram expedientes para conciliar os interesses perante o novo figurino, de entre os

quais podemos referir, por último, os contratos para planeamento impulsiona- dos pela última alteração ao regime geral dos instrumentos de gestão territorial.

Todavia, os esquemas de flexibilização não resolvem o cerne do problema, garantem maior participação, alguma negociação, mas deixam em aberto o ponto fulcral, *i. e.* a determinação dos *critérios materiais de controlo da discricionariedade de planeamento*. Como é que podemos garantir a irrenunciabilidade e indisponibilidade *material* dos poderes públicos de planeamento (a definição pública de um conteúdo) através de um sistema de flexibilização que se traduz, na maior parte dos casos, em soluções de *excepções ao plano*? Bastará a participação dos interessados no procedimento que dá origem à excepção para garantir a respectiva legitimidade e juridicidade? E como definimos o círculo de interessados se concluímos que o território é um recurso nacional escasso? Qual é o parâmetro para a ponderação da decisão que excepçiona a aplicação das disposições de um plano? Existem entre nós já suficientes exemplos desta realidade: área da Parque Expo, terrenos envolventes aos estádios do Euro 2004, reabilitações de frentes marítimas e zonas ribeirinhas do Programa Polis e reabilitação dos centros históricos. Os exemplos referidos reportam-se a empreendimentos incluídos em *programas de interesse nacional* com apoio,

suporte ou correspondência em *programas e estratégias* europeias. Se atentarmos na relevância prática que as excepções hoje assumem, sobretudo com o impacto que terá a entrada em vigor do novo regime jurídico de reabilitação urbana, facilmente percebemos que a excepção tem tendência a transformar-se em regra e que o modelo estrutural evolui para uma solução global assente na *programação estratégica*, para as cidades, para as áreas agrícolas, para as áreas florestais, para as zonas marítimas, para as áreas de reserva ecológica. Esta programação funda-se num novo modelo de actuação do poder público: a orientação e definição geral de *standards* e reenvio do poder “de escolha da melhor opção” para o nível da concretização aplicativa.

Neste modelo, a concretização aplicativa deixa de consubstanciar uma decisão administrativa conforme à lei e ao plano e passa a radicar numa “escolha administrativa” da melhor opção para a realização de um conceito de cidade sustentável, de área florestal protegida, de desenvolvimento económico, etc. A definição e densificação dos conceitos (área protegida, paisagem protegida, bem de valor cultural, infra-estrutura essencial) que servem de base à formação dos *standards* é fundamental, exigindo-se que essa formação assente em contributos técnicos informados por elementos participativos, a seu modo essenciais à

densificação da sustentabilidade. São esses elementos participativos que transportam para o *standard* a dimensão de praticabilidade que por vezes não se revela no conceito técnico em sentido estrito.

É um modelo com algumas semelhanças ao modelo de planeamento britânico fundado no *planning and compulsory purchase act* de 2004 e que comporta já uma resposta clara ao problema da implantação de infra-estruturas. Questão que entre nós não conhece solução adequada a partir dos *planos sectoriais*, suscitando problemas práticos de difícil resolução e elevados custos de contexto (sobretudo da litigiosidade). De facto, existe uma notória ineficiência no nosso modelo de planeamento relativamente às decisões de localização de infra-estruturas.

Ao nível da concretização aplicativa, o *input* criativo é esperado dos privados e não densificado pela administração, o que explica a transição do *plano-acto*^x para o *projecto*. A *programação* deixa de ser a execução do plano, para passar a ser a concretização aplicativa da estratégica. E o papel do Estado? Diversifica-se. Pode ser incentivador externo (estímulos económicos), desincentivador externo (aplicação de contribuições especiais), incentivador interno (projectos públicos promovidos por entidades do sector empresarial do Estado), garantidor (fixação de *standards* ambientais, sociais e de

desenvolvimento económico). O Estado transmuta-se em *regulador do recurso território*, centrando a sua actividade jurídica na fixação de *standards* que absorvem os contributos não só de entidades supra-estaduais, mas também decorrentes da participação dos privados.

É neste contexto que o esquema proposto pelo modelo de *direito do urbanismo pós-vinculístico* fundado em *programas estratégicos integrados* se revela mais ajustado ao actual modelo de desenvolvimento social do que o modelo centrado na “planificação em cascata”. Sublinhe-se que este modelo não belisca o núcleo de atribuições municipais em matéria de ordenamento do território e, sobretudo, de planificação das cidades, pois reconhece-lhes um amplo poder de decisão ao nível da concretização aplicativa. Todavia, *enquadra* aquele poder, como não pode deixar de ser no contexto do novo modelo de actuação do poder público, o que significa que existe maior abertura, mas também maior vinculação decorrente da necessidade de respeitar os *standards*. O *standard* é mais aberto que a disposição do plano, mas ao contrário daquele não admite excepções.

O mesmo vale na relação entre o Estado e os privados, pois estes, os verdadeiros dinamizadores do aproveitamento e valorização económica do território, gozam, por um lado, de maior liberdade na concepção de projectos que simulta-

neamente se ajustem à concretização dos *standards* exigidos e aos seus interesses privados, e, por outro, de maior segurança na dinamização e promoção de investimentos, pois a *programação* ancorada em *standards*, por ser mais aberta que no caso dos planos, é também mais estável, aumentando o grau de calculabilidade quanto ao sentido das decisões. A *programação* consubstancia, no fundo, o “caderno de encargos” público que serve de orientação aos projectos privados de aproveitamento e valorização do território, nele se inscrevendo os parâmetros ambientais, sociais e de coesão económica essenciais, a observar no exercício desta actividade de interesse público, dispensando, assim, a prévia cristalização planificadora das opções.

3. Refracções visíveis do despontar do novo modelo

Esta nova concepção começa também a dar os seus primeiros sinais entre nós. Escolhemos o exemplo que consideramos mais ilustrativos desta realidade: a proposta de lei do novo regime jurídico da reabilitação urbana.

A reabilitação urbana, sobretudo o projecto de lei que agora se encontra em discussão pública, constitui, a nosso ver, o exemplo mais emblemático do despontar desta nova realidade no nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o novo regime da reabilitação urbana passa a

adoptar, segundo palavras do legislador, “um regime de enquadramento normativo da reabilitação urbana ao *nível programático, procedimental e de execução*” com o qual se espera alcançar “soluções coerentes de intervenção ao nível funcional, económico, social, cultural e ambiental nas áreas a reabilitar”. O novo modelo parte, portanto, da definição prévia de *objectivos* a alcançar e de *princípios* a respeitar, os quais constituem os parâmetros e os limites da intervenção.

Assim, o novo regime jurídico ancora-se na definição pelo município da *área ou áreas de reabilitação urbana, do tipo de operação de reabilitação* e do *modelo de gestão adoptado*.

A delimitação de uma *área de reabilitação urbana* pela assembleia municipal exige a respectiva fundamentação, que assentará no enquadramento da respectiva decisão no contexto das opções de desenvolvimento urbano do município, na definição do tipo de operação a utilizar e na estratégia ou programa estratégico a adoptar. Sublinhe-se a importância de reconduzir a área delimitada à política municipal de desenvolvimento urbano, deixando para trás a sua ligação ao conceito tradicional de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística da lei dos solos, o que permite, por um lado, alargar a aplicação deste regime jurídico a novas situações (por exemplo, intervenção sobre áreas excessivamente

edificadas embora não degradadas ou, simplesmente, áreas desordenadas) e, por outro, estabelecer uma ligação mais directa entre o programa político municipal e a sua execução, melhorando a *accountability* das decisões.

O novo regime jurídico consagra dois tipos distintos de operações de reabilitação urbana: a *operação de reabilitação urbana simples*, que é realizada fundamentalmente pelos privados (proprietários e titulares de outros direitos sobre os imóveis) sob a “supervisão” da entidade gestora ou em colaboração (total ou parcial) com esta; e a *operação de reabilitação urbana sistemática*, que acentua a vertente integrada da intervenção promovida pela entidade gestora.

A primeira – a operação de reabilitação simples – funda-se numa *estratégia de reabilitação urbana*, que define as opções estratégicas de reabilitação compatíveis com as opções de desenvolvimento do município, as prioridades e os objectivos a prosseguir na execução da operação, o quadro de apoios e incentivos às acções a desenvolver pelos diversos interessados, bem como o modelo de gestão e de administração da operação (o que implica, quando a entidade gestora não seja o município, a definição dos poderes delegados naquela entidade e/ou dos poderes que se presumem delegados nessas entidades). A operação de reabilitação urbana sistemática pres-

supõe, por seu turno, a aprovação de um *programa estratégico*, que, para além de integrar o conteúdo semelhante ao que já foi referido para a *estratégia*, há-de incluir ainda o programa da operação com identificação das acções estruturantes a adoptar, distinguindo as que têm por objecto os edifícios, as infra-estruturas urbanísticas, os equipamentos sociais, as áreas livres e de espaços verdes e as actividades económicas, bem como apresentar um programa de investimentos públicos onde se discriminem as acções de iniciativa pública necessárias ao desenvolvimento da operação. O programa estratégico poderá definir *unidades de execução e objectivos específicos a prosseguir no âmbito de cada uma delas*.

O regime das operações de reabilitação urbana sistemática a promover pelas entidades gestoras pode recorrer a *parcerias*, devendo adoptar uma das seguintes formas: *concessão urbanística, empreitada única, contrato de reabilitação urbana e administração conjunta*.

Podem revestir a qualidade de *entidade gestora*, a quem cabe a coordenação das operações de reabilitação urbana, o município directamente, uma *sociedade de reabilitação urbana* (empresa pública que tenha por objecto social exclusivo a gestão de operações de reabilitação urbana) ou uma *empresa pública local encarregada da promoção do desenvolvimento económico local ou regional*. As

entidades gestoras de tipo empresarial gozam de poderes delegados, presumindo a lei a delegação de alguns poderes quando essa entidade for uma sociedade de reabilitação urbana, entre os quais se incluem, por exemplo, o poder de cobrar as *taxas* e as *compensações* previstas nos regulamentos municipais, o poder de licenciamento e o poder de adopção de medidas de tutela da legalidade urbanística.

O novo regime jurídico da reabilitação urbana consagra, como vimos, um novo esquema de gestão do território, o qual se sobrepõe, nas respectivas áreas de intervenção, aos planos urbanísticos em vigor, embora, como resulta expressamente do articulado da proposta, essa supremacia exija uma revisão daqueles instrumentos de gestão territorial, a fim de evitar desconformidades com os mesmos. Na prática, porém, se as mencionadas desconformidades se vierem a registar, não nos parece desajustado sugerir um *princípio de preferência da aplicação* dos projectos elaborados de acordo com os programas estratégicos sobre os planos. De facto, se procurarmos interpretar este regime jurídico à luz da nova compreensão antes proposta, somos conduzidos a uma solução que coloca os instrumentos jurídicos em que se fundam as operações de reabilitação urbana num *universo separado* daquele que disciplina os planos de ordenamento do território. O que determina a impos-

sibilidade de os planos de ordenamento do território constituírem um parâmetro de validade dos programas estratégicos ou mesmo das actuações adoptadas em execução destes.

Pode dizer-se que a “separação dos universos” não é ainda total, o que resulta, desde logo, das inúmeras referências expressas ao longo da proposta do novo regime da reabilitação urbana para o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, numa aparente tentativa de *equiparação* dos novos instrumentos aos referidos planos, ou mesmo, da expressa possibilidade de vir a ser elaborado um *plano de pormenor de reabilitação urbana*. A sobrevivência dos planos de pormenor no novo modelo é defendida como instrumento procedimental de participação de terceiros na fase da concretização aplicativa, os quais adquirem o cariz de projectos (localizados, juridicamente, entre a norma e o acto). Cabe ainda a este propósito assinalar o facto de o novo regime jurídico passar a contemplar a articulação necessária entre *plano de pormenor de reabilitação urbana* e os planos de pormenor de salvaguarda de património cultural, superando uma das principais críticas que fazíamos ao regime jurídico anterior^{xi}.

A necessidade de continuar a tomar como referente a legislação sobre planos de ordenamento do território explica-se pelo facto de este novo regime constituir apenas o que designamos como o “des-

pontar do novo modelo” e não uma verdadeira revolução. Todavia, parece-nos importante sublinhar os aspectos inovadores deste regime jurídico e enfatizar o que acreditamos ser um “embrião do urbanismo pós-vinculístico” entre nós.

Na verdade, se atentarmos em alguns dos princípios informadores da política de reabilitação urbana previstos pelo legislador, facilmente perceberemos que este regime jurídico se pretende localizar na charneira do “novo direito público”, respondendo aos desafios da nova metodologia. Referimo-nos aos pilares da *prevalência da iniciativa privada sobre a pública* (princípio da responsabilização dos proprietários e outros titulares de direitos conjugado com o princípio da subsidiariedade da acção pública), da *sustentabilidade ambiental, social e económico-financeira* (princípios da solidariedade intergeracional e da sustentabilidade), do *multilevel governance* (princípios da coordenação e da contratualização), a que se soma ainda o *princípio da justa ponderação*, indiciador da existência de um esquema de concretização aplicativa.

No que respeita à *sustentabilidade económico-financeira do modelo*, chamamos a atenção para um problema recorrente entre nós na concepção destes novos regimes jurídicos: a previsão de instituição de um regime tributário assente em *contribuições especiais*. Assim acontece também com este regime jurídico, no

qual se prevê a futura consagração, em regulamento municipal, de um “regime especial de taxas municipais” para incentivo à realização das operações urbanísticas de para incentivo à instalação, dinamização e modernização de actividades económica e um “regime especial de cálculo de compensações”..

O carácter orientador que se pretende atribuir a estes tributos indicia que poderemos estar não perante um verdadeiro regime de taxas, mas antes de contribuições especiais, cuja legitimidade para o exercício do poder tributário não pode decorrer da habilitação do regime geral das taxas das autarquias locais, pois aí apenas se podem incluir os tributos bilaterais^{xii}. Assim, prevendo-se a aprovação do regime jurídico da reabilitação urbana por decreto-lei autorizado, e não existindo na lei de autorização legislativa (pelo menos na versão da proposta actual) nenhuma referência expressa à instituição deste tipo de tributos, poderemos estar perante mais uma eventual inconstitucionalidade. De facto, é tempo de se pôr fim à inconstitucionalidade por omissão e aprovar o regime geral das contribuições financeiras a favor das entidades públicas, previsto na Constituição desde 1997. A sua inexistência consubstancia, hoje, uma das principais causas de entorpecimento à implementação entre nós, de forma coerente e ajustada, de modelos jurídicos sectoriais sustentáveis

e justos, que não se apresentem feridos de inconstitucionalidade.

4. As dificuldades do controlo

O modelo jurídico do urbanismo pós-vinculístico suscita, contudo, à semelhança do que acontece com as actuações do novo direito administrativo, problemas no momento do controlo das soluções adoptadas, sobretudo se pretendermos subordiná-las ao esquema tradicional do controlo judicial. Não podemos esquecer que o método tradicional se funda no pressuposto do princípio da separação de poderes, onde cada poder assume um papel específico na concretização do interesse geral, que sendo previamente definido pelo legislador, de forma abstracta, permite depois ao julgador avaliar a juridicidade dessa concretização de acordo com aquele parâmetro prévio, que serviu também de guia e limite às actuações da administração.

Este modelo não é, porém, transponível, sem mais, para um esquema de administração fundado no modelo de concretização aplicativa. É que este modelo não consubstancia apenas uma forma aprofundada de discricionariedade adminis-

trativa, mas sim uma forma imediata de produção de uma medida de promoção do interesse público que incorpora em si “um mecanismo de diálogo entre os poderes e os interesses” (*governance*), visando produzir uma solução legitimada e ponderada em tempo real. A particularidade do novo modelo radica no reforço da participação na formação da decisão através do recurso às novas tecnologias (o que justifica, por exemplo, a ênfase que as novas cartas de direitos fundamentais conferem ao direito à informação e à participação ambiental) e na preocupação em instituir mecanismos de controlo político dessas decisões e do respectivo incumprimento (*accountability*).

Todavia, não se pense que os tribunais são postergados, pois o controlo judicial continuará a ter um papel de destaque, embora com um “mandato diferente”, pois deles espera-se agora, fundamentalmente, uma avaliação rigorosa das medidas à luz dos princípios jurídicos que informam a matéria. Neste contexto, a sua função aparece reformulada, não apenas no plano nacional, mas sobretudo no contexto da articulação com os outros níveis de jurisdição^{xiii}. □

Referências bibliográficas

ⁱ JOERGES / PETERSMANN (ed.), *Constitutionalism, multilevel trade governance and social regulation*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

ⁱⁱ BOUAZZA ARIÑO, Omar, *La planificación territorial en gran Bretaña. Especial referencia al sector turístico*, Thomson, Madrid, 2009.

ⁱⁱⁱ CABIDDU, Maria Agostina, «Territorio e “bene territoriale”», *Amministrare*, 2008/3, pp. 309-319.

-
- ^{iv} European Spatial Development Perspective (ESDP) - http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/som_en.htm
- ^v ALVES CORREIA, *Manual de direito do urbanismo*, Almedina, Coimbra, 2008.
- ^{vi} PACI, Massimo (org.), *Welfare locale e democrazia partecipativa*, il Mulino, Bologna, 2008.
- ^{vii} BOSCOLO, Emanuele, «Il superamento del modello pianificatorio tradizionale», *Amministrare*, 2008/3, pp. 324-367. OLIVEIRA / CARVALHO, *Perequação, taxas e cedências, administração urbanística em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2008.
- ^{viii} GARCÍA, Maria da Glória, *Direito das políticas públicas*, Almedina, Coimbra, 2009.
- ^{ix} HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I/II*, Beck, München, 2006/2008.
- ^x BOSCHETTI, Barbara Lilla, «la pianificazione attuativa», *Amministrare*, 2008/3, pp. 383-393
- ^{xi} TAVARES DA SILVA, Suzana, «Reabilitação urbana e Valorização do Património Cultural. Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2006, p. 349-389.
- ^{xii} TAVARES DA SILVA, Suzana, *As taxas e o princípio da coerência tributária*, CEJUR, Braga, 2008.
- ^{xiii} CLAES, Monica, *The national courts' mandate in the European constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

I N F O R M A Ç Õ E S

Ana Cláudia Guedes
Assessora do CEDIPRE

i) Decisões e actos de reguladores**ANACOM**

- Decisão da ANACOM na sequência do requerimento, apresentado pela PT Comunicações, TMN e PT Prime, de suspensão da eficácia do artigo 1º do Regulamento n.º 87/2009, de 18 de Fevereiro, na parte em que procede à alteração do disposto no n.º 2, alíneas c) e f) e no n.º 5 do artigo 13º (recusa do pedido electrónico) do Regulamento n.º 58/2005, de 18 de Agosto, e na parte em que procede à alteração do disposto nos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 15º (capacidade na portabilidade de números) do mesmo diploma, em qualquer dos casos conjugado com o artigo 4º (entrada em vigor) do Regulamento n.º 87/2009, <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=862578>;
- Deliberação da ANACOM que aprova o relatório da consulta pública sobre a abordagem regulatória às novas redes de acesso, <http://www.anacom.pt/>;
- Deliberação da ANACOM que aprova o Regulamento de alteração ao Regulamento n.º 58/2005, de 18 de Agosto - Regulamento da Portabilidade, bem como o respectivo relatório final da consulta, <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=833358>;
- Deliberação da ANACOM a sequência do requerimento, apresentado pela PT Comunicações, TMN e PT Prime, de suspensão da eficácia do artigo 1º do Regulamento n.º 87/2009, de 18 de Fevereiro, na parte em que procede à alteração do disposto no n.º 2, alíneas c) e f) e no n.º 5 do artigo 13º (recusa do pedido electrónico) do Regulamento n.º 58/2005, de 18 de Agosto, e na parte em que procede à alteração do disposto nos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 15º (capacidade na portabilidade de números) do mesmo diploma, em qualquer dos casos conjugado com o artigo 4º (entrada em vigor) do Regulamento n.º 87/2009, <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=862578>;
- Decisão da ANACOM relativa aos mercados de fornecimento grossista de acesso à infra-estrutura de rede num local fixo e de acesso em banda larga, <http://www.anacom.pt/>;

- Deliberação da ANACOM que aprova a decisão final relativa à publicação dos níveis de desempenho na qualidade de serviço (QoS) das ofertas grossistas ORALL (oferta de referência para acesso ao lacete local), ORCA (oferta de referência de circuitos alugados), ORAC (oferta de referência de acesso a condutas), "Rede ADSL PT" e ORLA (oferta de realuguer da linha de assinante). Faz parte integrante desta deliberação o relatório da audiência prévia a que foi submetido o respectivo sentido provável de decisão, aprovado em 15 de Outubro de 2008, <http://www.anacom.pt>;
- Deliberação da ANACOM, que aprova o relatório da audiência prévia, bem como a decisão final do processo de resolução administrativa de litígio entre a Sonaecom e a PT Comunicações (PTC), relativo ao pagamento de compensações por incumprimento, em 2006, dos níveis de qualidade de serviço, no que respeita aos prazos aplicáveis à reposição do serviço (reparação de avarias), estabelecidos na oferta de referência de acesso ao lacete local (ORALL) e na oferta de referência de circuitos alugados (ORCA), <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=910259>;

BANCO DE PORTUGAL (www.bportugal.pt)

- Declaração inicial do Governador do Banco de Portugal na apresentação do Boletim Económico de Inverno (2008).
- Apresentação do Governador sobre "The economy and the banking sector: recent developments".
- Declaração do Vice-Governador Pedro Duarte Neves à Comissão de Inquérito sobre a Situação que Levou à Nacionalização do BPN e sobre a Supervisão Bancária Inerente.
- Entendimento conjunto do Banco de Portugal e da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários quanto à delimitação de competências respeitante a produtos financeiros complexos.
- Apresentação do Governador do BP sobre "O Financiamento da Economia e as Empresas" na CIP.
- Declaração inicial do Governador do Banco de Portugal na apresentação do Boletim Económico da Primavera (2009).

ERC (www.erc.pt)

- Deliberação 1/OUT-I/2009 da ERC, Directiva sobre Publicidade em Publicações Periódicas.
- Deliberação 1/OUT-TV/2009 da ERC, Queixa da TVI contra a SPORT TV por alegada infracção ao disposto no artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão.

- Decisão do Recurso Hierárquico Impróprio da ERC relativo a deliberação adoptada pela Comissão do Acto Público do Concurso Público para o licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre (Portaria 1239/2008, de 31 de Outubro, rectificada pela Declaração de Rectificação 68/2008, de 18 de Novembro);
- Decisão da ERC sobre as candidaturas admitidas e excluídas, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento do Concurso Público para o licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre, aberto pela Portaria nº 1239/2008, de 31 de Outubro;
- Directiva da ERC sobre a inserção de sobreposições promocionais em programas televisivos.

ERS (www.ers.pt)

- Deliberação da ERS, no uso da sua competência e sob a égide da alínea a) do artigo 26º do Decreto-Lei n.º 309/2003, 10 de Dezembro, emitir uma recomendação dirigida à Administração Central do Sistema de Saúde, IP, no sentido de, no decurso do processo de harmonização da nomenclatura utilizada na tabela de convencionados relativamente à que é seguida na tabela de preços praticados pelo SNS, ser devidamente ponderada a efectiva capacidade de resposta actual das instituições e serviços integrados no SNS, para a prestação de tais actos ou exames, e caso essa capacidade de resposta não esteja garantida, deverão tais actos ou exames ser incluídos na tabela de preços dos actos convencionados.

ERSE (www.erse.pt)

- Recomendação da ERSE n.º 1/2008 (versão 2) Janeiro 2009, sobre alterações que decorrem da publicação da Lei n.º 51/2008;
- Recomendação 1/09 da ERSE em que a entidade recomenda, nos termos da alínea a) do art. 26.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro, a todos os prestadores de cuidados de saúde que nos casos em que existam responsáveis distintos pelo internamento e pela prestação dos cuidados de saúde, todos os prestadores de cuidados de saúde envolvidos deverão, para afastar a assunção de existência de um contrato total com a entidade responsável pelo internamento, esclarecer clara e atempadamente os utentes quanto à dualidade de contratos celebrados, seus âmbitos, objectivos e entidades subjectivamente responsáveis pelo cumprimento dos mesmos, de forma a que os utentes conheçam inequivocamente qual a entidade responsável, em cada momento, por cada acto ou diligência (praticada ou omitida),
- Parecer do Conselho Tarifário da ERSE sobre a "Metodologia de cálculo do valor da caução";

ii) Relatórios e outros documentos

- IV Fórum Sector Segurador e Fundos de Pensões, de 15 de Abril, www.isp.pt.
- The Larosière Report, February 2009
http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf
- The Turner Review, A regulatory response to the global banking crisis; March 2009, http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf;
- Relatório da OCDE: “Managing Water for All”, March,
http://www.oecd.org/document/16/0,3343,en_2649_34311_42289488_1_1_1_1,00.html