

Actualidade

Cavaleiros e Hierarquia: o Artigo 158º da Lei do Orçamento de Estado para 2009
ANA RAQUEL MONIZ | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

O regime das Comunidades Intermunicipais:
mais um caso exemplar de degradação da autonomia municipal
LICÍNIO LOPES | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Instalação de redes de comunicação electrónicas
NUNO PERES ALVES | *Advogado*

Doutrina

Comentário ao Acórdão Centro Studi Antonio Manieri. A prova da extensão do dano e a admissibilidade da Acção de Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia
AFONSO PATRÃO | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

A regulamentação de situações intertemporais pelos planos directores municipais
FERNANDA PAULA OLIVEIRA | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Nacionalidade como requisito de acesso ao notariado e não transposição da Directiva relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais pelo Estado português
JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA | *Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra*

Breves Reflexões sobre os novos regimes das Associações de Municípios e das Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto
JOÃO PACHECO AMORIM | *Professor da Faculdade de Direito do Porto*

Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos: a experiência portuguesa nos sectores das energias, comunicações, transportes, abastecimento de água e saneamento
MANUEL PORTO | *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

Titularidade do mandato parlamentar. A propósito da Resolução n.º 22 610 do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro
MARIA BENEDITA URBANO | *Professora da Faculdade de Direito de Coimbra*

Um regulador independente para a segurança radiológica e nuclear: uma obrigação e uma necessidade
MIGUEL SOUSA FERRO | *Doutorando na Universidade Católica de Louvain*

Informações



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)

Composição Gráfica

Ana Paula Silva

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

Actualidade	1
Cavaleiros e Hierarquia: o Artigo 158º da Lei do Orçamento do Estado para 2009	1
ANA RAQUEL MONIZ <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
O regime das Comunidades Intermunicipais: mais um caso exemplar de degradação da autonomia municipal.....	9
LICÍNIO LOPES <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Instalação de redes de comunicação electrónicas	19
NUNO PERES ALVES <i>Advogado</i>	
Doutrina	27
Comentário ao Acórdão <i>Centro Studi Antonio Manieri</i> . A prova da extensão do dano e a admissibilidade da Acção de Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia	27
AFONSO PATRÃO <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
A regulamentação de situações intertemporais pelos planos directores municipais	41
FERNANDA PAULA OLIVEIRA <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Nacionalidade como requisito de acesso ao notariado e não transposição da Directiva relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais pelo Estado português	57
JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA <i>Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Breves reflexões sobre os novos regimes das Associações de Municípios e das Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto	73
JOÃO PACHECO AMORIM <i>Professor da Faculdade de Direito do Porto</i>	
Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos: a experiência portuguesa nos sectores das energias, comunicações, transportes, abastecimento de água e saneamento.....	103
MANUEL PORTO <i>Professor da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Titularidade do mandato parlamentar. A propósito da Resolução n.º 22 610 do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro	121
MARIA BENEDITA URBANO <i>Professora da Faculdade de Direito de Coimbra</i>	
Um regulador independente para a segurança radiológica e nuclear: uma obrigação e uma necessidade	135
MIGUEL SOUSA FERRO <i>Doutorando na Universidade Católica de Louvain</i>	
Informações	149

www.fd.uc.pt/cedipre

A C T U A L I D A D E

Cavaleiros e Hierarquia: o Artigo 158.º da Lei do Orçamento do Estado para 2009

Ana Raquel Gonçalves Moniz

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

O artigo 158.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (*Orçamento do Estado para 2009*) tem como objecto a introdução de uma alteração ao Decreto Regulamentar n.º 2/2008, de 10 de Janeiro, que regulamenta o sistema de avaliação de desempenho do pessoal docente da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário. O artigo 12.º deste último diploma estabelece, sob a epígrafe «Avaliadores», a competência para a avaliação do desempenho dos docentes, atribuindo-a ao coordenador do departamento curricular e ao presidente do conselho executivo ou director (n.º 1), mas admitindo a delegação da competência em professores titulares que pertençam (quando possível) ao mesmo grupo de recrutamento dos docentes a avaliar e noutros membros da direcção executiva, respectivamente (n.ºs 2 e 4). O n.º 1 do artigo 158.º da Lei n.º 64-A/2008 modifica o citado artigo 12.º do Decreto Regulamentar n.º 2/2008, aditando-lhe um n.º 6, nos termos do qual “às delegações previstas nos n.ºs 2 e 4 não se aplica o disposto no n.º 2 do artigo 37.º do *Código do Procedimento Administrativo* (CPA), sem prejuízo da possibilidade da sua afixação em local apropriado que possibilite a sua consulta pelos interessados” – modificação esta que, nos termos do n.º 2 do artigo 158.º produz efeitos a partir da

entrada em vigor do Decreto Regulamentar n.º 2/2008, aplicando-se aos actos praticados desde essa data.

A primeira perplexidade suscitada por esta disposição prende-se com o respectivo conteúdo, atento o diploma em que se encontra inserida. Se dúvidas não persistem quanto à incorrecção, sob a óptica da técnica legislativa, da inclusão no Orçamento de normas não orçamentais (os designados *cavaliers budgétaires* ou *riders*)¹, já o problema da validade de tal inserção não se encontra isento de dificuldades. Com efeito, dispõe o n.º 1 do artigo 105.º da Constituição que o Orçamento do Estado contém a discriminação das receitas e despesas do Estado, incluindo as dos fundos e serviços e serviços autónomos, bem como o orçamento da segurança social. Daqui decorreria, pois, que o âmbito objectivo da lei do Orçamento do Estado, como *lei especial*, se deveria circunscrever a *assuntos directamente relacionados com o orçamento*².

Contudo, a primeira posição adoptada pelo Tribunal Constitucional³ inclinou-se no sentido de que, não existindo na Constituição qualquer preceito que, explicitamente, delimite com precisão as normas susceptíveis de serem inseridas na lei orçamental (similar ao *Bepackungsverbot*, emergente do § 110, n.º 4, da *Grundgesetz*⁴) ou uma disposição que proíba a inclusão na lei do orçamento de normas com determinado alcance (como sucede com o artigo 81.º, § 3, da Constituição italiana⁵), não se encontram feridas de inconstitu-

¹ Adoptamos uma noção mais estrita (assimilável à constante do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 141/2002, de 9 de Abril, in: *Diário da República*, I Série, n.º 107, 09.05.2002, p. 4362) de «cavaleiros orçamentais» que a propugnada por G. D'OLIVEIRA MARTINS/G. W. D'OLIVEIRA MARTINS/MARIA D'OLIVEIRA MARTINS, *A Lei de Enquadramento Orçamental Anotada e Comentada*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 162, que incluem também no conceito as disposições de conteúdo financeiro que tenham uma vigência superior ao período orçamental – o que lança para esta arena problemática a questão das autorizações legislativas (mesmo em matéria orçamental) contidas na lei do Orçamento.

² Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 1112.

³ Cf. Acórdão n.º 461/87, de Dezembro, in: *Diário da República*, I Série, n.º 12, 15.01.1988, pp. 146 e s.; v., porém, as Declarações de Voto de MARTINS DA FONSECA, pp. 155 e s., e de VITAL MOREIRA, pp. 157 e s.. O Acórdão n.º 358/92, de 11 de Novembro (in: *Diário da República*, I Série, n.º 21, 26.01.1993, pp. 311 e ss.) retomou a argumentação daquele primeiro aresto, respondendo também às críticas constantes das citadas Declarações de Voto; atente-se, porém, que esta decisão acaba por não versar directamente o problema da legitimidade da inclusão, no articulado da lei do Orçamento, de preceitos sem qualquer projecção financeira (como, aliás, o próprio Tribunal reconhece, considerando a tematização da questão como desnecessária à resolução do caso *sub iudice* – cf. p. 313).

Para uma análise da jurisprudência constitucional nesta matéria, cf. TIAGO DUARTE, *A Lei por Detrás do Orçamento*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 448 e ss..

⁴ Nos termos do qual “a lei orçamental só pode conter prescrições que respeitem às receitas e despesas da Federação e ao período temporal para o qual a lei orçamental é emanada”.

⁵ De acordo com o qual “a lei de aprovação do orçamento não pode estabelecer novos tributos e novas despesas”.

cionalidade as disposições não orçamentais incluídas no Orçamento de Estado⁶. Claro está que, nesta hipótese, importaria destringir, dentro da lei anual do Orçamento, as matérias orçamentais das não orçamentais, considerando, nessa parte, a lei como uma *lei comum*, susceptível de alteração nos termos gerais (e, por conseguinte, sem dependência de proposta do Governo) e não se encontrando sujeita à vigência anual, permanecendo em vigor mesmo após a substituição do Orçamento⁷.

Já no Acórdão n.º 141/2002, de 9 de Abril, o juízo do Tribunal Constitucional parece apontar numa direcção diversa, sugerindo, em *obiter dictum*, que a admissibilidade dos *cavaliers budgétaires* se circunscreverá às hipóteses em que existe uma conexão mínima entre o *cavalier* e a lei do orçamento, por se considerar intolerável que se aproveite a lei do Orçamento para regular matérias a ele estranhas em absoluto (como sucederia, *v. g.*, se aí se estabelecesse a regulamentação dos regimes de bens no casamento ou o sistema de recursos em processo civil)⁸.

Importa, além disso, observar que a definição do conteúdo da lei anual do orçamento se encontra fixada pela *Lei de Enquadramento Orçamental* (LEO)⁹, que, assim, assume a vocação de “elemento clarificador” do texto constitucional¹⁰. Distinguindo entre articulado e mapas orçamentais (cf. artigo 30.º), o legislador estabelece um elenco (*exemplificativo*, como atesta o advérbio “designadamente”) das disposições a constar do articulado,

⁶ Neste sentido, a propósito dos «cavaleiros» incluídos em leis reforçadas (entre as quais inclui a lei do Orçamento de Estado), BLANCO DE MORAIS (*As Leis Reforçadas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 910 e s.) defende a constitucionalidade de “leis de estrutura normativa mista” (no que é corroborado pela expressa admissibilidade das leis de norma heterogénea, prevista no n.º 6 do artigo 168.º), propugnando que a única proibição constitucional se orienta no sentido oposto, *i. e.*, impedindo que as demais leis invadam a «reserva reforçada», bem como revoguem ou contradigam uma lei reforçada.

⁷ Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pp. 1112 e s.. Adoptando idêntica posição, *v. TEIXEIRA RIBEIRO*, «Os Poderes Orçamentais da Assembleia da República», in: *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XXX, 1987, p.174, sem deixar de sublinhar as eventuais dificuldades de ordem prática relativas à distinção entre matérias orçamentais e matérias não orçamentais. Em sentido parcialmente diverso, cf. a posição de A. LOBO XAVIER, «O Orçamento como Lei – Contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português», III, in: *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XXXV, 1992, pp. 117, 121 e s..

⁸ Acórdão n.º 141/2002, de 9 de Abril, cit., pp. 4362 e ss., esp.^{te} p. 4365. O Tribunal Constitucional acabou por não declarar a inconstitucionalidade da norma em causa, por entender que a mesma ainda se conexionava (embora indirectamente) com matéria orçamental (tratava-se de um preceito relativo ao estabelecimento de limites máximos às remunerações da função pública).

⁹ Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28 de Agosto, e pelas Leis n.ºs 23/2003, de 2 de Julho, e 48/2004, de 24 de Agosto.

¹⁰ Neste sentido já se havia pronunciado A. LOBO XAVIER [«O Orçamento como Lei – Contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português», II, in: *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XXXIV, 1991, p. 227], quando concebia justamente a lei de enquadramento orçamental como “elemento clarificador” do (então) artigo 108.º CRP, sublinhando que a tradição constitucional portuguesa não vai no sentido de estabelecer uma regulação minuciosa do «ciclo orçamental», remetendo para a lei ordinária ulteriores precisões.

não deixando, todavia, de prescrever que “as disposições constantes do articulado da lei do Orçamento do Estado devem limitar-se ao estritamente necessário para a execução da política orçamental e financeira” (cf. artigo 31.º, n.ºs 1 e 2, respectivamente). Ao erigir o princípio da proporcionalidade como parâmetro do conteúdo da lei anual do Orçamento, o n.º 2 do artigo 31.º da LEO estabelece uma insuperável relação meios/fins entre as disposições constantes daquela lei e a execução da política orçamental e financeira do Estado, excluindo todas as disposições que não sirvam (ainda que indirectamente) tal finalidade¹¹. Interditando a inclusão de «cavaleiros orçamentais»¹², a actual LEO veio, pois, responder à preocupação de evitar que (pelo menos) normas sem atinência orçamental passem despercebidas no debate parlamentar, procurando, da mesma forma, respeitar o princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança, mais precisamente, o princípio da determinabilidade das leis¹³. Destarte, assumindo a LEO a natureza de lei reforçada face à lei anual do Orçamento (por força do disposto no n.º 1 do artigo 106.º, em articulação com o n.º 3 do artigo 112.º, ambos da Constituição)¹⁴, com a consequência de o des-

¹¹ Estamos, pois, perante dados do problema diversos daqueles que permitiram a TEIXEIRA RIBEIRO («Os Poderes...», cit., pp. 173 e s.) entender, a propósito do artigo 11.º da Lei n.º 40/83, de 13 de Dezembro, que o legislador “diz o que o articulado deve conter, não diz o que ele apenas deve conter” – posição idêntica à propugnada por A. LOBO XAVIER, «Enquadramento Orçamental em Portugal: Alguns Problemas», in: *Revista de Direito e Economia*, n.ºs 1-2, ano IX, Janeiro/Dezembro 1993, p. 243, e «O Orçamento como Lei...», III, cit., p. 114. Recorde-se que, nos termos do mencionado preceito, do articulado deveria constar, além das normas de aprovação dos mapas orçamentais e das normas necessárias para orientar a execução orçamental, a discriminação das condições gerais de recurso ao crédito público, a indicação do destino a dar aos fundos resultantes do eventual excedente e *todas as outras medidas que se revelarem indispensáveis à correcta administração orçamental do Estado* para o ano económico a que o Orçamento se destina, numa redacção semelhante à posteriormente retomada pelo artigo 11.º da Lei n.º 6/91, de 20 de Fevereiro.

Mais explicitamente o n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 64/77, de 26 de Agosto (revogada pelo artigo 26.º da Lei n.º 40/83), estabelecia como único limite ao conteúdo da lei do orçamento a inclusão de normas cuja vigência ultrapassasse o ano económico a que se referia.

¹² Defendendo já que o n.º 2 do artigo 31.º proíbe os «cavaleiros orçamentais», se bem que de forma incipiente, cf. G. D’OLIVEIRA MARTINS/G. W. D’OLIVEIRA MARTINS/MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *A Lei...*, cit., p. 162.

¹³ Alicerçando nestes argumentos a proibição (presente noutros ordenamentos jurídico-constitucionais) de inclusão indiscriminada de preceitos na lei orçamental, LOBO XAVIER, «O Orçamento como Lei...», III, cit., pp. 113 e s..

¹⁴ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 783; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 1117; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 270. BLANCO DE MORAIS (*As Leis...*, cit., pp. 807 e s.) qualifica a LEO como «lei materialmente paramétrica», à qual a Constituição atribui o “poder de definir *completivamente* o âmbito material dos domínios orçamentais conexos”. SOUSA FRANCO [*Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 4.ª ed. (reimp.), vol. I, Almedina, Coimbra, 1997, p. 346, n. 1] concebe a LEO como «lei reforçada atenuada», em virtude da invalidade que atinge a lei do Orçamento que a viole. TIAGO DUARTE (*A Lei...*, cit., pp. 212 e 222), defendendo que a lei de enquadramento não é uma lei reforçada face à generalidade do ordenamento jurídico, pelo que apenas assume uma relação de parametricidade específica perante a lei do Orçamento, entende, porém, que tal relação não reveste contornos absolutos, já que sendo o legislador o mesmo (Assembleia da República) não está totalmente vinculado às opções constantes da lei de enquadramento.

respeito da primeira conduzir à ilegalidade qualificada da segunda, o artigo 158.º da Lei n.º 64-A/2008 sempre será inválido (ilegal), porque desconforme com o n.º 2 do artigo 31.º da LEO.

Maiores perplexidades suscita ainda a relação entre lei e regulamento pressuposta pelo conteúdo normativo do preceito em anotação. Causa, desde logo, alguma estupefacção a circunstância de a alteração de um regulamento administrativo (ainda que adoptado sob a forma mais solene de decreto regulamentar) constar de uma lei da Assembleia da República. Não se ignora que a ausência de uma definição material de lei (jurídico-constitucionalmente prevista) facilita a posição segundo a qual podem constituir objecto daquela quaisquer matérias¹⁵, nem se esquece que a doutrina vem apontando a revogação de regulamentos administrativos por actos legislativos como uma das formas de cessação da vigência dos primeiros¹⁶. Repare-se, porém, que o caso em análise não se revela assimilável a estas hipóteses: com efeito, não veio a lei chamar a si a matéria que anteriormente constava por decreto regulamentar, revogando (por substituição) as respectivas disposições, mas *introduziu uma nova norma jurídica num diploma regulamentar*.

Não foi, contudo, inocente a escolha da forma de lei para alterar o decreto regulamentar, que se ficou a dever ao facto de em causa estar a derrogação de uma norma legal: o n.º 2 do artigo 37.º do CPA, que impõe a publicação em *Diário da República* dos actos de delegação ou subdelegação de competências (e, no caso de actos da administração local, a publicação no boletim da autarquia ou, na falta deste, a afixação nos lugares de estilo). As nuvens adensam-se quando se percebe que a alteração introduzida admite uma total ausência de publicidade do acto de delegação, aludindo tão-só à *possibilidade* da sua afixação em local apropriado, que permita a consulta pelos interessados. Por outras palavras, a mobilização (instrumentalizada) da forma de lei serviu aqui o propósito de “contornar” a observância do princípio da legalidade da Administração e, em especial, de desrespeitar o CPA¹⁷: enquanto acto normativo emitido no exercício da função *administrati-*

¹⁵ Para uma tematização deste problema, v. MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 229 e ss..

¹⁶ Cf., v. g., AFONSO QUEIRÓ, «Teoria dos Regulamentos», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 2000, p. 255; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II (reimp.), Almedina, Coimbra, 2002, p. 201.

¹⁷ Numa aproximação a certas práticas hoje correntes no direito francês, onde, apesar da separação constitucional entre o «domínio da lei» e o «domínio do regulamento» (resultante da articulação dos artigos 34 e 37 da *Constitution*), o Executivo faz passar pela sua maioria parlamentar certas medidas enquadráveis no «domínio do regulamento», com o objectivo de as subtrair ao controlo do *Conseil d'Etat*, que obriga o Governo a, no exercício do seu poder normativo-regulamentar, cumprir os princípios gerais de direito, de cuja observância se encontra isento o legislador (aliás, insusceptível de controlo por aquele órgão). Embora o *Conseil Constitutionnel* já se tenha pronunciado pela constitucionalidade de uma subespécie destas leis (as *lois de validation*, destinadas, como a designação sugere, a validar *a posteriori* regulamentos), fê-lo sob

va, o regulamento é dotado de força infra-legal, encontrando-se a respectiva validade dependente da sua compatibilidade, *inter alia*, com as disposições legais. Deste modo, se, por decreto regulamentar, o Governo viesse dispensar a publicidade dos actos de delegação (vulnerando o n.º 2 do artigo 37.º do CPA), o mesmo encontrar-se-ia ferido de ilegalidade.

Revelar-se-á jurídico-constitucionalmente legítima esta forma de *fuga ao princípio da legalidade*?

Desde logo, uma norma com o conteúdo do artigo 158.º constitui um atentado ao princípio da separação entre órgãos e funções. Assumindo-se a temática do poder regulamentar como um palco privilegiado para a recompreensão do sentido e alcance do confronto entre função legislativa e função executiva – permitindo hoje uma relação mais equilibrada entre poder legislativo e poder normativo regulamentar –, a mesma não pode abdicar do sentido mínimo da separação entre lei e regulamento. Assim, e reportando-nos à situação em análise, ou se defende que a norma em causa reveste natureza legislativa (caso em que o órgão competente para a emitir pode ser a Assembleia da República), ou se advoga que a mesma tem carácter regulamentar (hipótese em que pertence ao Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública, a competência para a sua emissão). O que se torna indefensável é o exercício de poderes regulamentares pela Assembleia da República, mediante um flagrante abuso da forma de lei, para introduzir alterações a um regulamento administrativo¹⁸. Ou, visto de outro prisma, afigura-se constitucionalmente censurável o aditamento, por lei, de uma norma a um decreto regulamentar, porquanto, nesta hipótese, o legislador está, pelo menos implicitamente, a autorizar a futura modificação dessa mesma norma (criada por lei e, nessa medida, legal) por regu-

pressupostos determinados. Cf., *v. g.*, CHANTEBOUT, *Droit Constitutionnel*, 21.ª ed., Dalloz, Paris, 2004, pp. 546 e s..

Atente-se, porém, que do artigo 158.º da Lei n.º 64-A/2008 não se encontra, em absoluto, arredado tal propósito, visto que o n.º 2 estende retroactivamente os efeitos da alteração até à entrada em vigor do Decreto Regulamentar n.º 2/2008, aplicando-se aos actos praticados desde essa data. Ora, se os actos de delegação entretanto praticados não foram publicados nos termos previstos no n.º 2 do artigo 37.º do CPA, carecem os mesmos de eficácia, tal-qualmente decorre do n.º 2 do artigo 130.º do mesmo Código – a determinar que os actos de avaliação praticados ao abrigo da delegação ineficaz padecem de invalidade, por falta de competência do órgão. Na realidade, são estes os actos que o referido artigo 158.º pretendia convalidar.

¹⁸ Dificuldades idênticas despontam quando o Governo “escolhe” entre a forma legislativa (decreto-lei) e a forma regulamentar para adoptar uma determinada medida. Efectivamente, e como sublinha GOMES CANOTILHO («Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, LXIII, 1987, p. 455), o problema da escolha da forma de normação constitui uma das questões mais complexas, num ordenamento, como o nosso, pautado pela ausência de racionalidade – o que impõe, antes de qualquer emissão normativa, a resposta à questão “que *escalão normativo* e respectiva forma deve ser escolhido para a regulação de determinada matéria?”.

lamento administrativo – em clara violação do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, quando proíbe à lei¹⁹ que confira a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, modificar ou revogar qualquer dos seus preceitos.

Por outro lado, deparamo-nos ainda com o incumprimento do princípio da separação entre o «direito da lei» e o «direito dos regulamentos»²⁰, emergente também do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição. Destinado precipuamente a reger as relações entre um regulamento e a respectiva lei habilitante (determinando que o regulamento executor ou complementador da lei não assume natureza legal, pois que a última não absorve o primeiro), o princípio em causa é agora convocado para impedir qualquer integração recíproca entre regulamento e lei (habilitante ou não), que determine uma alteração da relação hierárquica que intercede entre ambos – desde logo quando tal alteração implique, tal-qualmente sucede no caso concreto, como que uma elevação do grau hierárquico de uma norma regulamentar (ou, se quisermos, uma deslegalização invertida).

Aliás, e como decorre das considerações precedentes, admitir a possibilidade de, por via legislativa, se alterarem regulamentos administrativos suscita perplexidades acrescidas: ainda que, por absurdo, se entendesse como constitucionalmente legítima, a miscigenação subjacente ao artigo 158.º colocaria sempre questões delicadíssimas quanto à natureza jurídica da norma aditada (legal ou regulamentar?) e quanto à competência (Assembleia da República ou Governo?), procedimento (procedimento legislativo ou procedimento regulamentar?) e forma (lei ou decreto regulamentar?) do acto tendente à respectiva alteração. □

¹⁹ Recorde-se que o n.º 5 do artigo 112.º constitui uma norma relativa ao – e, como tal, limitativa do – conteúdo das leis. Cf., v. g., Acórdão n.º 869/96, de 4 de Julho, in: *Diário da República*, I Série, n.º 204, 03.09.1996, p. 2918.

²⁰ Sobre este princípio, cf. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 842.

O regime das Comunidades Intermunicipais: mais um caso exemplar de degradação da autonomia municipal¹

Licínio Lopes

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

Sobre o tema identificado em epígrafe, é nosso propósito fazer uma abreviada apreciação de alguns dos aspectos do regime jurídico da Lei nº 45/2008, de 27 de Agosto, que aprova o regime do Associativismo Municipal, servindo-nos, para o efeito, de um sugestivo título que o Professor Doutor Pedro Gonçalves usou no 1º número desta Revista.

Pretendemos, designadamente, salientar as consequências resultantes para os municípios que não adiram às Comunidades Intermunicipais, conjugando aquele regime com o da gestão do QREN e do acesso a determinados fundos comunitários, equacionando, ainda, esta relação em face do princípio constitucional da liberdade de associação.

Para uma melhor apreensão do tema, convirá, antes, fazer uma apreciação sintética do regime das Comunidades Intermunicipais (doravante CIM).

Como se referiu, o regime das CIM consta da Lei nº 45/2008, de 27 de Agosto, que aprova o regime do Associativismo Municipal.

Quanto à sua natureza, as associações de municípios podem ser de dois tipos: de fins múltiplos; e de fins específicos².

¹ O presente texto constitui uma síntese de um estudo elaborado para o Professor Doutor Gomes Canotilho, com vista à emissão de um Parecer.

² As associações de municípios de fins específicos são pessoas colectivas de direito privado criadas para a realização em comum de interesses específicos dos municípios que as integram, na defesa de interesses colectivos de natureza sectorial, regional ou local. O seu regime consta dos artigos 34º e do diploma mencionado no texto.

As associações de municípios de fins múltiplos, denominadas comunidades intermunicipais (CIM), são pessoas colectivas de direito público constituídas por municípios que correspondam a uma ou mais unidades territoriais definidas com base nas Nomenclaturas das Unidades Territoriais Estatísticas de nível III (NUTS III), adoptando o nome destas, sendo instituídas em concreto com a aprovação dos estatutos pelas assembleias municipais da maioria absoluta dos municípios que as integrem.

Os municípios só podem fazer parte de uma associação de municípios de fins múltiplos, podendo pertencer a várias associações de municípios de fins específicos, desde que tenham fins diversos.

As CIM são entidades estruturalmente associativas quanto à sua constituição – são pessoas colectivas constituídas por outras pessoas colectivas (os municípios) -, combinando este elemento pessoal com o territorial, dado corresponderem a unidades territoriais definidas com base nas NUTS III.

Sob o ponto de vista do seu enquadramento nos sectores organizatórios da Administração Pública, é inequívoca a sua pertença ao sector da Administração autónoma, enquanto expressão, no plano formal, do conjunto de entidades públicas que são criadas e existem para a prossecução de interesses próprios, que, no caso, se revelem em três níveis: os interesses próprios das CIM, na medida em que a lei lhe reconhece atribuições próprias; os interesses de cada um dos municípios, constituindo as CIM, na perspectiva do legislador, um instrumento adequado de prossecução destes interesses; e, naturalmente, dos interesses das populações dos diversos municípios que, através da actividade das CIM, podem obter um maior ganho global, pelo menos no plano intermunicipal.

Perpassando, em termos sintéticos, o regime legal das CIM pode verificar-se a importância das suas *atribuições*³, bem das *competências* dos seus órgãos estatutários - a assembleia intermunicipal⁴ e o conselho executivo⁵.

³ As CIM destinam-se à prossecução dos seguintes fins públicos: a) promoção do planeamento e da gestão da estratégia de desenvolvimento económico, social e ambiental do território abrangido; b) articulação dos investimentos municipais de interesse intermunicipal; c) participação na gestão de programas de apoio ao desenvolvimento regional, designadamente no âmbito do Quadro de Referência Estratégico Nacional — QREN; d) planeamento das actuações de entidades públicas, de carácter supra-municipal. Cabe ainda às CIM assegurar a articulação das actuações entre os municípios e os serviços da administração central, nas seguintes áreas: a) redes de abastecimento público, infra-estruturas de saneamento básico, tratamento de águas residuais e resíduos urbanos; b) rede de equipamentos de saúde; c) rede educativa e de formação profissional; d) ordenamento do território, conservação da natureza e recursos naturais; e) segurança e protecção civil; f) mobilidade e transportes; g) redes de equipamentos públicos; h) promoção do desenvolvimento económico, social e cultural; i) rede de equipamentos culturais, desportivos e de lazer. Cabe também às CIM designar os representantes das autarquias locais em entidades públicas e entidades empresariais sempre que a representação tenha natureza intermunicipal.

De salientar ainda outros aspectos do regime, designadamente o regime sobre a contribuição para o financiamento das CIM e o seu reflexo nos limites legais das despesas dos municípios que as integram.

Quanto a este segundo aspecto, determina o artigo 22º, que as despesas com pessoal das CIM relevam para efeitos do limite estabelecido na lei para as despesas com pessoal do quadro dos municípios que as integram, competindo à assembleia intermunicipal deliberar sobre a forma de imputação das despesas aos municípios associados, a qual carece de aprovação das assembleias municipais dos municípios em causa. Contudo, na ausência de deliberação referida no número anterior, as despesas com pessoal são imputadas proporcionalmente à população residente em cada um dos municípios integrantes.

A vertente financeira é ainda importante, na medida em que, por força do artigo 27º, as CIM podem contrair empréstimos junto de quaisquer instituições autorizadas por lei a conceder crédito e celebrar contratos de locação financeira, em termos idênticos aos dos municípios. Mas a contracção de empréstimos ou a celebração dos contratos releva para efeitos dos limites à capacidade de endividamento dos municípios associados, competindo à assembleia intermunicipal deliberar sobre a forma de imputação dos encargos aos municípios associados, a qual carece do acordo expresso das assembleias municipais respectivas.

Refira-se ainda que os municípios são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das dívidas contraídas pelas CIM que integram, na proporção da população residente.

Feito este breve périplo por alguns dos aspectos do regime das CIM, analisemos agora criticamente a sua relevância no plano jurídico-constitucional.

Começemos pelas consequências derivadas do facto de um município não aderir à “sua” Comunidade Intermunicipal, vistas aquelas consequências, nomeadamente, na perspectiva da sua exclusão da gestão do QREN e do acesso a determinados fundos comunitários.

⁴ A assembleia intermunicipal é o órgão deliberativo da CIM e é constituída por membros de cada assembleia municipal, eleitos de forma proporcional, em função do número de eleitores. A proporcionalidade é encontrada do seguinte modo: três membros nos municípios até 10 000 eleitores; cinco nos municípios entre 10 001 e 50 000 eleitores; sete nos municípios entre 50 001 e 100 000 eleitores; nove nos municípios com mais de 100 000 eleitores.

⁵ O conselho executivo é o órgão de direcção da CIM e é constituído pelos presidentes das câmaras municipais de cada um dos municípios integrantes, que elegem, de entre si, um presidente e dois vice-presidentes. Entre outras competências, ao conselho executivo cabe designar os representantes da CIM em quaisquer entidades ou órgãos previstos na lei, designadamente os previstos no modelo de governação do QREN, e nas entidades e empresas do sector público de âmbito intermunicipal.

Sobre este ponto deve, em primeiro lugar, dizer-se que o legislador – aliás, por directa imposição constitucional - respeitou a liberdade de adesão (e de não adesão) às CIM, permitindo, inclusivamente, que os municípios possam aderir no momento da constituição das CIM ou, de forma permanente, em momento posterior àquele e sem dependência do consentimento dos restantes municípios integrantes de uma CIM (artigo 4º da Lei nº 54º/2008). Impôs, contudo, o limite – compreensível – de cada município apenas pertencer/aderir a uma só CIM. Quanto à liberdade de aderir ou não aderir a uma CIM nenhum reparo, pois, se afigura necessário fazer ao regime legal.

Mas a conclusão já não será a mesma se esta matéria for analisada pelo lado das consequências derivadas do não exercício da liberdade de adesão, na medida em que tal significa a automática exclusão do município não aderente de um vasto e importantíssimo conjunto de matérias.

Significa, desde logo, a exclusão do município não aderente da participação, entre outras matérias: (1) na gestão de programas de apoio ao desenvolvimento regional, designadamente no âmbito do Quadro de Referência Estratégico Nacional — QREN; (2) no planeamento das actuações de entidades públicas, de carácter supra-municipal; (3) na articulação das actuações entre os municípios e a Administração Central do Estado, em áreas de importância estratégica para os municípios e que fazem parte das suas atribuições nucleares, de que constituem exemplo: as redes de abastecimento público; as infra-estruturas de saneamento básico; o tratamento de águas residuais e resíduos urbanos; a rede de equipamentos de saúde; a rede educativa e de formação profissional; o ordenamento do território, conservação da natureza e recursos naturais; a mobilidade e transportes; as redes de equipamentos públicos; etc.

Ao que acresce o facto de caber às CIM – e não aos municípios -, através do conselho executivo: designar os representantes em quaisquer entidades ou órgãos previstos na lei, designadamente os previstos no modelo de governação do QREN; propor ao Governo os planos, os projectos e os programas de investimento e desenvolvimento de alcance intermunicipal; participar na gestão de programas de desenvolvimento regional e apresentar candidaturas a financiamentos, através de programas, projectos e demais iniciativas; e elaborar planos intermunicipais de ordenamento do território.

Mas a questão fica ainda mais densa se, aos aspectos mencionados, associarmos ainda o regime do QREN.

E, nesta matéria, é de fundamental importância a Resolução do Conselho de Ministros nº 86/2007, de 3 de Julho,⁶ que define o Quadro de Referência Estratégico Nacional 2007-2013, constituindo o enquadramento para a aplicação da política comunitária de coesão económica e social em Portugal no período 2007-2013. Esta Resolução deve ser conjugada com o ANEXO I do Decreto-Lei nº 68/2008, de 14 de Abril, que define as unidades territoriais para efeitos de organização territorial das associações de municípios e das áreas metropolitanas e para a participação em estruturas administrativas do Estado e nas estruturas de governação do Quadro de Referência Estratégico Nacional 2007-2013 (QREN).

O Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN), assinado com a Comissão Europeia em 2 de Julho de 2007, define as orientações fundamentais para a utilização nacional dos fundos comunitários com carácter estrutural no período de 2007-2013 e para a estruturação dos programas operacionais (PO) temáticos e regionais.

Neste documento (e em outros correlacionados), salienta-se que, no desenho estratégico do QREN, a significativa concentração e inerente redução do número de Programas Operacionais Temáticos e a estruturação temática dos Eixos Prioritários dos Programas Operacionais (PO) Regionais terão consequências relevantes na contratualização da execução de componentes da programação — que será, consequentemente, objecto de delegação, designadamente, em entidades da Administração Central e em Associações de Municípios.

A relevância desta modalidade de gestão e as determinações regulamentares comunitárias pertinentes implicam, tendo também em conta a experiência adquiridas nos anteriores QCA, que seja definida uma disciplina própria para a contratualização.

E atendendo ao significado particular da contratualização de âmbito sub-regional, importa explicitar, relativamente aos PO Regionais do Continente, que a execução descentralizada ou em parceria de acções integradas pode ser contratualizada com as associações de municípios relevantes, organizadas por NUTS III, devendo os correspondentes contratos de execução prever mecanismos que impeçam a atomização de projectos de investimento e garantam com eficácia o interesse supra-municipal de tais acções durante toda a sua realização.

Constitui ainda condição indispensável para a contratualização, que visa promover a desconcentração de actividades de gestão e estimular a consolidação de entidades de nível sub-regional estáveis e homogéneas, baseada nas NUTS III, a apresentação, e subsequente aceitação formal pela Autoridade de Gestão competente, enquanto entidade contra-

⁶ Diário da República, 1ª Série, nº 126.

tante, de uma proposta de plano de desenvolvimento que contemple intervenções supra-municipais, articuladas entre si.

A Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR) responsável pela execução do Plano Regional de Ordenamento do Território (PROT), onde se insere(m) as unidades sub-regionais NUTS III objecto da contratualização, deverá emitir parecer favorável sobre a coerência entre o plano de desenvolvimento e respectivos projectos de investimento e o PROT (ou orientações do PNPOT pertinentes para a região em causa até à sua aprovação), como requisito para a contratualização.

Na sequência das afirmações estratégicas contidas na referida Resolução, e reconhecendo que a implantação das estruturas de governação do QREN e dos respectivos PO em tempo útil determinou a necessidade de aprovação da legislação nacional sobre esta matéria antes do fim das negociações com a Comissão Europeia sobre os PO, o legislador viria a emitir o Decreto-Lei nº 312/2007, de 17 de Setembro. Diploma que veio a ser objecto de alterações através do Decreto-Lei nº 74/2008, de 22 de Abril.

No domínio que nos ocupa, merece especial referência a alteração introduzida ao artigo 34º, nº 4, nos termos do qual *a execução descentralizada ou em parceria de acções integradas pode ser contratualizada com as associações de municípios relevantes organizadas territorialmente com base nas unidades de nível III da NUTS, devendo os correspondentes contratos de execução prever mecanismos que impeçam a atomização de projectos de investimento e garantam com eficácia o interesse supra-municipal de tais acções durante toda a sua realização*⁷, bem com a alteração ao artigo 41º, nº 2, ao estabelecer que *a comissão de aconselhamento estratégico de cada um dos PO regionais do continente é composta pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas do desenvolvimento regional, que preside, e da administração local, pelo presidente da CCDR e, entre outras entidades, por um representante por um representante de cada uma das associações de municípios organizadas territorialmente com base nas unidades de nível III da NUTS.*

Nestes termos, e conjugando o regime das CIM com o quadro legal do QREN, podem extrair-se algumas conclusões:

- a) O legislador elege claramente as CIM (e, dentro destas, o conselho executivo) como epicentros dinamizadores do planeamento e do desenvolvimento regional, sendo as

⁷ Deverá, no entanto, assinalar-se que na Resolução do Conselho de Ministros nº 86/2007, dizia-se que a disciplina e as orientações estabelecidas em matéria de contratualização não inviabilizavam a apresentação de candidaturas de iniciativa municipal ou supra-municipal a apoio financeiro pelos Programas Operacionais Regionais do Continente independentes de formas de contratualização, nem a sua limitação a qualquer tipo de base territorial.

CIM concebidas com base numa lógica de ordenação/divisão administrativa do território perspectivada a partir da construção de centralidades geográficas e sócio-económicas, abrangendo cada uma delas, em função destes critérios, um número variável de municípios;

- b) Em consonância com a filosofia que preside à criação das CIM, o legislador elege igualmente estas organizações, pelo menos no âmbito do QREN, como pólos catalisadores da mediação institucional entre os municípios e as estruturas administrativas do Estado, centrais e periféricas, quer no plano da relação administrativa inter-subjectiva, quer no plano da representatividade dos municípios naqueles órgãos;
- c) Nesta sequência, as CIM emergem ainda como critério institucional de elegibilidade de projectos para efeitos de contratualização e consequente financiamento, manifestando o legislador uma clara preferência pelo interesse supra-municipal, em detrimento do interesse municipal. Com as CIM o critério do interesse próprio do município é consumido – senão mesmo substituído – pelo critério do interesse supra-municipal.

E chegados aqui, cremos estar em condições para extrair *a ideia fundamental* de que um município é livre de aderir ou não aderir às CIM, mas o não exercício da liberdade de adesão pelo município tem um efeito excludente e penalizador: *excludente*, por a não adesão de um município a uma CIM – à CIM a que é obrigado a aderir segundo a divisão territorial pré-definida – o colocar à margem da relação institucional com os órgãos do Estado gestores do QREN e da elegibilidade de projectos com vista à contratualização de financiamentos; *penalizador*, por as consequências antes referidas estarem, directa e automaticamente, associadas ao não exercício da liberdade de adesão, independentemente dos fundamentos e das razões que tenham justificado o não exercício daquela liberdade, os quais podem ter, inclusivamente, uma razão jurídico-constitucional legítima. E penalizador ainda, por o município não aderente se ver, deste modo, cerceado da possibilidade de cuidar, por si – isto é, através dos seus próprios órgãos democraticamente eleitos pelos respectivos munícipes -, dos seus interesses próprios – interesses próprios por serem interesses da respectiva população -, até porque, na lógica das CIM, estes interesses são consumidos, submergidos ou transmutados em interesses supra-municipais. A não adesão a uma CIM acaba, em termos práticos, por ter, em certos casos, um *efeito sancionatório*.

Efeitos estes que surgem mais visíveis quando confrontados com as extensas atribuições das CIM, que, praticamente, coincidem e até consomem a generalidade das atribuições municipais.

Sem prejuízo da bondade da perspectiva do legislador, quer na vertente da política de desenvolvimento regional, quer na vertente da divisão administrativa do território através das CIM, e da influência que a política comunitária exerce neste domínio, o certo é que as ilações atrás mencionadas não podem deixar de merecer algumas considerações no plano jurídico-constitucional.

Em primeiro lugar, convirá relembrar que, no confronto entre os municípios e as CIM -, só aqueles (e não estas) constituem autarquias constitucionalmente necessárias (artigos 235º e 236º da CRP). Os municípios constituem uma autarquia local com estatuto constitucional; as CIM resultam de uma opção legislativa.

Em segundo lugar, convirá também relembrar que, no confronto entre os municípios e as CIM, só aqueles (e não estas) são titulares constitucionais de interesses próprios (artigo 235º da CRP). A gestão destes interesses envolve, enquanto decorrência dos princípios constitucionais da autonomia local e da administração autónoma, os poderes de auto-definição de prioridades e de auto-administração daqueles interesses. Ora, com o regime a que se fez referência, os municípios, pelo menos no âmbito do QREN, ficam cerceados na possibilidade de, por si sós, isto é, fora das CIM, cuidarem de uma importante fatia dos seus interesses próprios.

O fenómeno de substituição obrigatória, pela via legislativa, dos municípios pelas CIM na gestão de interesses de relevo supra-municipal, não significa apenas a eleição privilegiada de um instrumento organizatório de mediação entre os municípios e o Estado; pelo contrário, em algumas matérias – as quais, como se salientou, cobrem a generalidade das matérias municipais -, as CIM surgem como o único veículo organizatório e institucional de acesso a estruturas da Administração do Estado e à obtenção de meios geridos por aquelas estruturas, cerceando os municípios, caso não adiram às CIM, do exercício de faculdades inerentes aos princípios constitucionais garantísticos da Administração local, desde logo, os princípios constitucionais da autonomia local, da administração autónoma e até do princípio da subsidiariedade.

Nestes termos, se as normas atrás citadas, quer do regime das CIM, quer do regime do QREN, forem interpretadas no de sentido atribuir apenas àquelas entidades o poder de, só elas, assegurarem o acesso a certas estruturas administrativas do Estado, bem como a meios geridos por estas estruturas, é forçoso concluir pela sua desconformidade jurídico-constitucional por violação dos princípios constitucionais mencionados.

Mas outras matérias existem em que o regime das CIM nos coloca as maiores reservas, designadamente quanto à imputação de encargos e de responsabilidades pelos municípios integrantes das CIM, por se revelar injustificadamente desproporcionado e por não

assegurar, à luz do princípio da igualdade na distribuição de encargos, uma justa repartição dos mesmos entre os municípios integrantes, a que acrescem, directa ou reflexamente, outras consequências, *maxime* ao nível da sobrecarga para os limites de endividamento municipal. Ponto que será objecto de apreciação numa outra oportunidade. □

Instalação de redes de comunicação electrónicas

Nuno Peres Alves
Advogado

1. O recente Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, vem apresentado no respectivo preâmbulo como a concretização legal das orientações estratégicas do Governo para o investimento em redes de comunicações electrónicas de nova geração (RNG).¹

E, na verdade, é a propósito da instalação de redes de fibra óptica, sobretudo ao nível da rede de acesso (incluindo o lacete local), que pela primeira vez é conformado pelo legislador o regime do acesso às infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações electrónicas e é definido o estatuto dominial destas infra-estruturas.

Interessa contudo notar, em primeiro lugar, que o diploma tem por objecto a construção e o acesso a infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de *comunicações electrónicas* e não exclusivamente a redes de fibra óptica (cfr. artigo 1.º, n.º 1).

Se no plano das chamadas redes terrestres fixas (por oposição às redes sem fios) o caminho do presente e do futuro é trilhado em cabos de fibra óptica, o diploma aplica-se também à instalação e reparação de cabos de cobre ou coaxiais, e ainda a todos os elementos dos sistemas – como, por exemplo, as redes de satélites, redes móveis, redes de radiodifusão sonora e televisiva – que integram a noção de redes de comunicações electrónicas, oferecida na alínea q) do n.º 1 do artigo 3.º, a qual é idêntica à constante da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (“LCE”).

O diploma incide sobre três grandes temas das redes de comunicações electrónicas: **(i)** a construção de infra-estruturas aptas alojamento destas redes, **(ii)** o acesso a estas infra-

¹ O diploma foi objecto da Declaração de Rectificação n.º 43/2009 (*Diário da República*, 1ª série – n.º 121, de 25 de Junho de 2009). Salvo menção expressa em contrário, os artigos citados no texto são do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio.

estruturas (incluindo às já construídas) para instalação de redes, e (iii) a construção de infra-estruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios e edifícios.

2. No que se refere à construção de infra-estruturas aptas ao alojamento das redes, para a economia deste texto interessa apenas realçar que o diploma regulamenta a atribuição dos direitos de passagem do domínio público, conferidos pela LCE, e redesenha o procedimento de comunicação prévia a que está sujeita a construção daquelas infra-estruturas, estabelecendo regras especiais face ao procedimento previsto nos artigos 35.º, 36.º e 36.º-A do regime jurídico da urbanização e edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.²

Por seu turno, quando a construção das infra-estruturas aptas ao alojamento de redes está inserida em operações de loteamento, de urbanização ou edificação são aplicáveis as novas regras estabelecidas, respectivamente, nos capítulos V e VI do diploma.

Neste domínio destaca-se a aquisição do estatuto de maioria pelas redes de comunicações electrónicas no domínio das operações de loteamento e das obras de urbanização. Até à publicação do novo diploma, as referências às infra-estruturas de telecomunicações quedavam-se praticamente pela inclusão das redes de telecomunicações no conceito de obras de urbanização (cfr. artigo 2.º, alínea h), do regime jurídico da urbanização e edificação), e pela inclusão das «redes de condutas destinadas à instalação de infra-estruturas de telecomunicações» na planta de síntese que deve instruir os pedidos (cfr. artigo 7.º, n.º 1, alínea g), da Portaria n.º 232/2008, de 11 de Março, e o artigo 8.º, n.º 1, alínea c) da Portaria n.º 1110/2001, de 19 de Setembro, que a precedeu).

O Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, estabelece agora, no seu capítulo V, o regime de instalação das infra-estruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações e conjuntos de edifícios (ITUR) e respectivas ligações às redes públicas de comunicações electrónicas, discriminando o tipo de infra-estruturas obrigatórias e prevendo a aprovação pelo ICP-ANACOM das prescrições técnicas de projecto, instalação e ensaio, bem

² Ainda que não caiba aqui uma análise detida do procedimento especial de comunicação prévia criado pelo diploma, pela sua importância prática merece ser realçado que as obras para «resolução de desobstruções», designadamente daquelas que apenas podem ser detectadas quando da passagem de cabos nas condutas ou subcondutas, ficam também dispensadas daquele procedimento de controlo prévio (cfr. a parte final da alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º). Bem se compreende também que o legislador tenha mantido isentas deste procedimento a instalação e funcionamento das infra-estruturas de suporte das estações de radiocomunicações, sujeitas ao procedimento de autorização municipal estabelecido no Decreto-Lei n.º 11/2003, de 18 de Janeiro, e que se afigura ser mais ágil e merecer aplauso, atenta a experiência da sua aplicação pelos municípios, pelos operadores e pelos tribunais, traduzida numa quase sempre correcta ponderação dos valores e interesses em presença.

como das especificações técnicas de materiais, dispositivos e equipamentos que as constituem, de observância obrigatória.

A par das outras indústrias de rede, o sector das comunicações electrónicas passa, pois, a dispor de uma regulamentação uniforme aplicável à construção destas infra-estruturas no âmbito das operações de loteamento e de urbanização, e não apenas no âmbito das operações de edificação (a que correspondem as designadas «ITED»), domínio em que o diploma procede a alterações, entre as quais se inclui a obrigatoriedade de instalação de sistemas de cablagem em fibra óptica (cfr. capítulo VI).

3. Mas o ingresso na maioria evidencia-se sobretudo pela determinação legal da cedência gratuita ao município das ITUR instaladas nos prédios objecto de operações de loteamento e urbanização (cfr. artigo 31.º), designadas no diploma por ITUR públicas.

É sabido que, em face do disposto no artigo 44.º, n.º 1, do regime jurídico da urbanização e edificação, na maioria dos casos, e ao contrário do que sucede com as infra-estruturas de saneamento e de abastecimento de água, de electricidade e gás, a prática da maior parte dos municípios não tem feito incluir nas licenças, autorizações ou comunicações prévias emitidas, a cedência gratuita ao município das infra-estruturas de telecomunicações ou das redes de condutas destinadas à sua instalação.

A citada disposição do novo diploma vem definir o estatuto destes bens, tornando claro o seu ingresso no domínio municipal, sugerido pela circunstância de se destinarem à satisfação de necessidades gerais ou de terem de ser «utilizadas por todos».³

A clarificação assume particular relevância, como se afirmará adiante, no domínio do acesso a estas infra-estruturas por todos os operadores em condições de igualdade. É que na ausência de determinação legal idêntica à constante do citado artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, os municípios poderão entender que aquelas infra-estruturas não ingressaram no seu domínio, hipótese em que a identificação do respectivo proprietário não será isenta de dificuldades (salvo nos casos em que não tenha havido alienação de lotes).

A alternativa de considerar que as infra-estruturas, designadamente a rede de condutas, ingressaram ou ingressam no conjunto de bens afectos à (erradamente) designada concessão do serviço público de telecomunicações não encontra suporte nas bases da concessão, publicadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro, e alteradas

³ A expressão é de MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/FERNANDA PAULA OLIVEIRA/ DULCE LOPES/FERNANDA MAÇAS, *Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação Comentado*, Almedina, Coimbra, 2009, 2ª edição, p. 323.

pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro, nem na Lei das Comunicações Electrónicas ou nas leis que a precederam, actos que são omissos na matéria.⁴ - ⁵

4. O tema mais interessante do diploma é, como não poderia deixar de ser, o do acesso às infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações electrónicas (doravante «infra-estruturas»).

Não tanto pela função que pretende desempenhar de remover ou atenuar barreiras horizontais à entrada, ou por ser inédita no espaço comunitário a regulação, através de acto legislativo, do acesso a estas infra-estruturas, mas pelas implicações do seu generoso âmbito subjectivo de aplicação.

A primeira nota que ressalta é a do dualismo do regime aplicável. A aplicação do diploma a todas as entidades da «área pública» (como se diz no preâmbulo), incluindo empresas públicas e concessionárias, e a outras entidades que detenham ou explorem infra-estruturas integradas no domínio público (do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais), contrasta com a exclusão da chamada concessionária do serviço público de telecomunicações (doravante «concessionária»).

No n.º 3 do artigo 1.º do diploma afirma-se expressamente que o acesso às infra-estruturas, como condutas, postes, outras instalações e locais detidos pela concessionária do serviço público de telecomunicações «continua a reger-se pelo regime disposto na Lei das Comunicações Electrónicas».

Tal regime reduz-se ao disposto nos n.º 1 a 4 do artigo 26.º da LCE, que estabelece o dever de a concessionária, por acordo, dar acesso a estas infra-estruturas, mediante uma remuneração orientada para os custos, e o dever de «disponibilizar uma oferta de acesso

4 Não cabe no texto o desenvolvimento desta questão, interessando apenas notar que não estando as condutas, postes e outras instalações integradas na «rede básica de telecomunicações» (cfr. os n.º 2 e 3 do artigo 12.º da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto, alterada pela Lei n.º 29/2002, de 6 de Dezembro), importará sempre analisar caso a caso se um determinado troço de conduta foi incluído validamente no âmbito do contrato de alienação da rede básica e da rede de telex pelo Estado Português à PT Comunicações, S.A. celebrado a 27 de Dezembro de 2002. Por outro lado, a circunstância de as rotinas administrativas nascidas na época do monopólio no sector terem naturalmente posto aquelas infra-estruturas sob a gestão da então prestadora exclusiva de serviços de telecomunicações, não permite sem mais afirmar que o operador histórico tenha adquirido direitos sobre as mesmas, e em regra impedirá a afirmação que adquiriu a respectiva propriedade.

⁵ Sublinhado a *total incoerência* e a *inconsistência* da opção da lei portuguesa em manter o conceito de serviço público de telecomunicações e em outorgar a *concessão* desse mesmo serviço, e alertando para as dúvidas e hesitações regulatórias que este equívoco pode causar, ver PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Cedipre/Coimbra Editora, 2008, pág. 185.

da qual devem constar as condições de acesso e utilização, nos termos a definir pela ARN» (cfr. o n.º 4 do citado artigo 26.º da LCE).

5. O disposto nesta lei é significativamente mais lacónico do que o regime disposto nos artigos 13.º a 22.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, que, para além de determinar igualmente que as condições remuneratórias devem ser orientadas para os custos, impõe a elaboração de procedimentos de acesso céleres, transparentes, não discriminatórios, e respectiva publicação, estabelece um prazo máximo de 20 dias para a «obtenção do direito de acesso» e considera existir aceitação do pedido decorrido este prazo (cfr. o n.º 2 do artigo 20.º), prevê a intervenção do Regulador para verificar e decidir os casos de recusa de acesso, e obriga à publicação dos prazos dos direitos de acesso e utilização, das condições contratuais tipo aplicáveis e, entre outros, das sanções por incumprimento ou utilização indevida de infra-estruturas.

Trata-se, em suma, de obrigações que impendem sobre a concessionária, mas por força de deliberações do ICP-ANACOM emitidas ao abrigo do disposto no n.º 4 do citado artigo 26.º da LCE, que revestem a natureza de actos administrativos.⁶

Ao dualismo do regime legal corresponde, portanto, uma diferente rigidez e densificação legal do regime aplicável, correspondendo a regulação menos rígida, porque efectuada mediante acto administrativo, e que maior margem de conformação concede ao Regulador, porque ancorada numa norma aberta, à que incide sobre as únicas infra-estruturas do país que foram propositadamente concebidas e executadas para alojar redes de comunicações electrónicas.

Poderá até vir a verificar-se a curiosa circunstância de todos os operadores de comunicações electrónicas passarem a estar sujeitos ao regime legal de acesso acima resumido, independentemente de as infra-estruturas por si detidas estarem incluídas no domínio público, se no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 32/2009, de 9 de Julho, assim for determinado pelo Governo e a concessionária permanecer exclusivamente sujeita ao disposto na LCE.⁷

⁶ Por deliberação de 17 de Julho de 2004 foi imposta pelo Regulador a obrigação de a concessionária elaborar uma oferta de referência de acesso às condutas e demais infra-estrutura associada (a designada ORAC), da qual estão excluídos os postes, sendo que por deliberação de 25 de Maio de 2006 foi determinada a introdução de várias correcções e aditamentos a esta oferta. Estas e outras deliberações do ICP-Anacom sobre a matéria estão disponíveis em <http://www.anacom.pt/template15.jsp?categoryId=126419>.

⁷ Note-se que no preâmbulo do diploma é afirmado que este regime do artigo 26.º da LCE é «mais exigente». Porém, esta maior exigência (que, na ausência de uma comparação pormenorizada, designadamente em matéria de medidas de coerção, é difícil afirmar) não decorre do regime legal, mas dos actos administrativos emitidos ao abrigo daquela norma de competência.

6. A segunda nota motivada pelo regime de acesso gizado no diploma respeita à imposição daquele rol de obrigações às concessionárias, nomeadamente às que actuem na área das infra-estruturas rodoviárias, ferroviárias, portuárias, aeroportuárias, de abastecimento de água, de saneamento e de transporte, e distribuição de gás e electricidade.

Estas empresas ficam logo constituídas no dever de averiguar se as infra-estruturas que detenham ou cuja gestão lhes incumba são aptas a alojar redes de comunicações electrónicas e a informar o ICP-ANACOM sobre o seu entendimento.

E nas vicissitudes da definição do acesso a tais infra-estruturas, da sua possibilidade de, sem dano para a prestação dos serviços para que foram criadas ou a que estão primordialmente afectas, alojarem redes de comunicações electrónicas estabelece o diploma que o poder de decisão cabe sempre ao ICP-ANACOM, mediante parecer obrigatório mas não vinculativo do regulador sectorial cuja esfera de competência abranja as infra-estruturas em causa.

O diploma procurou temperar esta superdominância do regulador das comunicações electrónicas sobre os demais reguladores sectoriais através da obrigação de fundamentação expressa, justificando especificamente as razões para o não acolhimento das conclusões do regulador sectorial (cfr., por exemplo, artigos 16.º, n.º 5 e 19.º, n.º 6).

Trata-se de um marco na história da regulação em Portugal, que vai muito para além da já experimentada relação entre o regulador geral da concorrência e os reguladores sectoriais e da afirmação do princípio da colaboração entre reguladores sectoriais que, por exemplo, constava já do artigo 7.º da LCE e é reafirmado no artigo 4.º, n.º 2 do novo diploma.

A supremacia de um regulador sectorial sobre outro, designadamente em matérias como a gestão e utilização das infra-estruturas afectas ao serviço público cuja prestação adequada incumbe ao outro garantir, encerra o risco de criar conflitos institucionais (a que o princípio da não subsidiação cruzada entre sectores poderá não valer) ou de nada resolver em caso de cerimónia institucional.

O mesmo se diga se porventura a questão for analisada, como parece inculcar o que se afirma no mesmo preâmbulo bem como o disposto no artigo 97.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, na perspectiva da imposição de obrigações regulatórias no contexto da análise de mercados e de identificação de empresas com poder de mercado significativo (PMS). A declaração de que a concessionária detém PMS no mercado de fornecimento grossista de acesso (físico) à infra-estrutura de rede num local fixo (incluindo as condutas e outras instalações e locais), e a verificação de que são adequadas as obrigações impostas ao abrigo do artigo 26.º da LCE, constantes da deliberação do ICP-ANACOM de 14 de Janeiro de 2009 (e que configura também um acto administrativo), apenas permitirá afirmar que o Regulador mantém um poder de conformação da oferta de referência disponibilizada pela concessionária que não existirá, em princípio, face às outras empresas de comunicações electrónicas.

7. A terminar justifica-se realçar outra inovação do diploma traduzida na expansão da experiência da partilha de investimento entre os operadores aos edifícios já construídos, que sejam alterados para poderem suportar a entrada e passagem de cablagem de fibra óptica. O artigo 104.º prevê um regime inédito (mas inspirado em soluções adoptadas em outros Estados-Membros, como a França), impondo a partilha do investimento já efectuado pelo operador que tenha procedido àquela intervenção, a ser regulado por portaria.

Esta e outras soluções do diploma inserem-se no objectivo anunciado de definir o enquadramento aplicável à promoção do investimento em redes de nova geração, «mas também para o funcionamento de um mercado que se quer concorrencial», conforme se pode ler no preâmbulo.

Trata-se, também neste domínio, de resolver a equação complexa com que está confrontada a Comissão Europeia e as outras autoridades reguladoras nacionais na abordagem regulatória às RNG. □

D O U T R I N A

**Comentário ao Acórdão *Centro Studi Antonio Manieri*.
A prova da extensão do dano e a admissibilidade da Ação de Responsabilidade
Extracontratual da Comunidade Europeia**

Afonso Patrão

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

I. INTRODUÇÃO

O Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Janeiro de 2009, processo T-125/06, *Centro Studi Antonio Manieri Srl*, declarou a inadmissibilidade de um pedido de condenação da Comunidade Europeia em responsabilidade extracontratual com fundamento na não indicação, por parte da demandante, da extensão dos danos sofridos e de qualquer elemento fáctico que permitisse ao Tribunal a sua determinação.

A demandante, uma sociedade especializada na administração de organismos de educação, interpunha um recurso de anulação de uma decisão do Conselho que extinguiu um concurso público para contratação de serviços de gestão de uma creche (destinada prioritariamente aos filhos dos funcionários do Secretariado-Geral do Conselho), no qual era concorrente. A decisão do Conselho era justificada na recepção de uma proposta de desempenho daquelas funções pelo serviço comunitário “Infra-Estruturas e Logística”, não se revelando necessária a contratação de uma sociedade externa. Ora, concluindo o

Tribunal de Primeira Instância pela não verificação dos fundamentos de anulação invocados, negou procedência ao recurso.

Simultaneamente, a recorrente solicitava o arbitramento de uma indemnização, em sede de responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia, a ser calculada *ex aequo et bono* pelo Tribunal, em face dos prejuízos que a actuação do Conselho lhe havia causado. Quanto a este pedido, decidiu o Juiz comunitário não poder conhecer do mérito da causa, porquanto um dos requisitos da aceitação do pleito radicaria na identificação da extensão do prejuízo sofrido ou das circunstâncias que impediriam a demandante de a precisar.

Entendemos adequado analisar o problema em causa, nomeadamente no que tange a saber se a indicação da extensão do dano pode ser tida como condição de aceitação de um pedido de condenação da Comunidade Europeia em responsabilidade civil contratual e quais os pressupostos de que depende a condenação das autoridades comunitárias no pagamento de uma indemnização calculada *ex aequo et bono*.

II. A EXTENSÃO DO DANO E A ADMISSIBILIDADE DE UMA ACÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA COMUNIDADE EUROPEIA

A primeira das questões que concitamos liga-se a saber se a falta de prova da extensão de um dano resultante da actuação das instituições comunitárias pode fundar a *inadmissibilidade* (e não a improcedência) de uma acção delitual.

No nosso estudo *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia* pronunciámo-nos sobre um problema muito próximo. Na verdade, por algumas vezes o Tribunal de Justiça sancionou com a *inadmissibilidade* da acção a falta de demonstração, pelo recorrente, da existência de um dano¹.

Ora, como rapidamente se percebe, tal orientação do Tribunal é insustentável, do ponto de vista da exactidão: o *dano* é um pressuposto substancial da responsabilidade extracon-

¹ Vide Acórdão do TJCE de 8 de Julho de 1965, *Hartmut Luhleich*, proc. 68/63, *Recueil de Jurisprudence*, 1965, pp. 727, em que os magistrados entenderam inadmissível a acção de indemnização com base na insuficiência de prova alegada. Também no Acórdão do TJCE de 4 de Fevereiro de 1970, *Van Eick*, proc. 13-69, *Recueil de Jurisprudence*, 1970, pp. 3, n.º 42, o Tribunal considerou *inadmissível* o pedido de indemnização formulado pelo lesado (funcionário) tendo em conta que "*le requérant n'a fourni aucun élément permettant d'établir la nature et l'existence d'un préjudice*"; Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 2000, *Camara e Tico*, processos apensos T-79/96, T-260/97 e T-117/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. II-2193, n.º 181.

Por outro lado, mesmo quando o Tribunal não rejeita a acção sem conhecer do mérito, faz a aferição da existência de danos *aquando da verificação dos pressupostos processuais* e antes da cognição do fundo da causa. Cfr. Acórdão do TJCE de 14 de Janeiro de 1987, *Zuckerfabrik Bedburg*, proc. 281/84, *Colectânea da Jurisprudência*, 1987, pp. 49ss, n.ºs 14 e 15;

tratual da Comunidade Europeia², tão indispensável quanto os demais na formação, para o lesado, de um *direito à reparação*. Isto é, rigorosamente, o dano nunca se ligaria a uma condição de aceitação do pleito — um *pressuposto processual* — mas a um requisito de procedência do pedido, pelo que a análise da sua ocorrência sempre deveria ocorrer em sede de discussão do mérito da causa e nunca a propósito da admissão em juízo³. A prova de que assim é pode ser descoberta na própria jurisprudência do Luxemburgo, porquanto o Tribunal, uma vez aceite a acção aquiliana, volta a dedicar-se ao mesmo problema aquando da discussão do mérito, buscando aí a demonstração, pelo lesado, do prejuízo sofrido, enquanto requisito material da responsabilidade⁴.

Não é crível que o Juiz do Luxemburgo haja inadvertidamente confundido os conceitos de *pressuposto processual* e de *condição substancial de procedência do pedido*; nessa medida, só poderá concluir-se que a sobreposição é intencional, cabendo indagar a *ratio* da premeditada justaposição. Ora, como vimos dizendo, julgamos que a ausência de rigor em torno da sede própria de apreciação do dano dever-se-á a um intuito dissuasor da propositura de acções delituais. Isto é, o Tribunal terá entendido que a declaração de inadmissibilidade de uma acção ressarcitória por prejuízos não demonstrados irradia um sinal mais desencorajante do que a improcedência do pedido; ora, conferindo ao *dano* um especial destaque entre os vários pressupostos da responsabilidade, cuja verificação será apreciada não apenas no mérito da causa mas logo em sede da sua admissibilidade,

² Juntamente com a *ilegalidade* e o *nexo de causalidade*, na formulação hodierna, provinda do Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, *Bergaderm*, proc. C-352/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-5291ss. Para uma detalhada análise dos pressupostos da responsabilidade da Comunidade Europeia, vide o nosso trabalho *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 199ss.

³ Cfr. AFONSO PATRÃO, *Responsabilidade Extracontratual...*, pp. 457: “os magistrados, ao declarar determinada acção inadmissível por insuficiência de prova do dano, afirmando-se impossibilitados de conhecer do mérito da acção, abdicam de rigor na distinção entre questão formal de admissibilidade e questão de mérito, relativa ao fundo da causa. Verdadeiramente, o Tribunal de Justiça parece estar a confundir uma condição da acção — requisito essencial para que a acção proceda — com um pressuposto processual — «elemento de cuja verificação depende o dever de o juiz proferir decisão». Na verdade, os pressupostos processuais — cuja falta implica a inadmissibilidade da acção — são as «condições mínimas indispensáveis para, à partida, garantir uma decisão idónea e uma decisão útil da causa», já as condições da acção — cuja inexistência desencadeia a improcedência do pedido — são os elementos fundados no direito substantivo através dos quais se legitima uma pretensão jurídica material”.

Sobre a distinção entre os pressupostos processuais e as condições de procedência de uma acção, vide ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 104; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 2000, pp. 80 e AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 75

⁴ Cfr. os expressivos Acórdãos do TJCE de 13 de Julho de 1961, *Meroni*, processos apensos n.ºs 14, 16, 17, 20, 24, 26 e 27/60 e 1/61, *Recueil de Jurisprudence*, 1961, pp. 321 e de 2 de Junho de 1965, *F.E.R.A.M.*, processos apensos n.ºs 9 e 25/64, *Recueil de Jurisprudence*, 1965, pp. 401, onde inequivocamente o Juiz comunitário aprecia de forma dúplice a prova do dano, quer a propósito da aceitação do pleito quer em sede de apreciação dos pressupostos da responsabilidade.

terá o Juiz comunitário visado noticiar de forma mais intensa a mensagem da inutilidade de propositura de uma acção aquiliana sempre que o lesado não possa atestar uma lesão concretamente determinada. No fundo, no contexto da especial restritividade que caracteriza a aceitação dos pleitos indemnizatórios⁵, o Juiz comunitário optou por sacrificar a exactidão conceptual em detrimento da salvaguarda de uma eventual inundação de pedidos indemnizatórios⁶.

Retomando a decisão *Centro Studi Antonio Manieri*, se o Tribunal houvesse declarado a inadmissibilidade do pleito pela insuficiente prova da ocorrência de uma lesão, não poderia considerar-se inovadora a sentença do Luxemburgo; apesar de baseada numa infeliz confusão, certo é que o Tribunal de Justiça vem consolidando esta prática há várias décadas. Porém, não é exactamente esta a expressão do Tribunal de Primeira Instância. Na verdade, o Juiz comunitário declara a acção inadmissível porque o lesado fracassou na demonstração, não da existência, *mas da extensão do dano sofrido*⁷.

⁵ Mormente no que toca ao carácter subsidiário da via delitual comunitária em face das acções de responsabilidade do Estado sempre que este haja tido uma qualquer intervenção no funcionamento do sistema comunitário. Para mais considerações, *vide* o nosso estudo *Responsabilidade Extracontratual...*, pp. 103ss.

⁶ É o que defendemos no nosso estudo *Responsabilidade Extracontratual...*, pp. 460. De facto, não cremos que possa descobrir-se a motivação desta confusão quer numa qualquer incúria dos magistrados (que, noutros campos, são especialmente rigorosos nesta distinção), quer num eventual facilitismo, porquanto não seria mais trabalhosa a declaração da improcedência do pedido. Na verdade, se o Juiz comunitário aceitasse o pleito, não lhe seria exigida uma mais árdua análise da plenitude dos pressupostos delituais, atendendo à técnica que o Juiz comunitário desenvolveu de analisar tão-somente a condição aquiliana *que não se preencher*; sempre que o Juiz comunitário determina a não verificação de um dos pressupostos delituais, “o pedido deve ser julgado improcedente na totalidade, sem ser necessário apreciar os outros pressupostos da referida responsabilidade”. Cfr. Acórdão do TJCE de 15 de Setembro de 1994, *KYDEP*, C-146/91, *Colectânea da Jurisprudência*, pp. I-4199, n.º 19 e 81; Acórdão do TPI de 20 de Fevereiro de 2002, *Förde-Reederei*, proc. T-170/00, *Colectânea da Jurisprudência*, pp. II-515, n.º 37; Acórdão do TPI de 14 de Dezembro de 2005, *Beamglow*, proc. 383/00, *Colectânea da Jurisprudência*, 2005, pp. II-5459, n.º 96.

Ora, bastaria ao Tribunal declarar a acção *admissível* e logo depois *improcedente* por insuficiente demonstração do dano sofrido, uma vez que, como nota MARC VAN DER WOUDE, em todos os casos de improcedência de pretensões ressarcitórias, o Juiz comunitário versa sempre e apenas sobre o pressuposto que não se verifica. Cfr. MARC VAN DER WOUDE, “Liability for Administrative Acts under Article 215(2) EC”, *The Action for Damages in Community Law*, org. por Ton Heukels e Alison McDonnell, Kluwer Law International, Haia, 1997, pp. 117.

Assim, mantemos a nossa opinião de que apenas uma intenção intimidatória pode justificar esta concepção da prova do dano como condição de admissibilidade da acção.

⁷ Assim decide o TPI, no n.º 101: “para além do facto de a recorrente não ter quantificado, na petição, o montante do prejuízo que considera ter sofrido, omitiu igualmente a menção do mínimo elemento de facto que permitisse apreciar a respectiva extensão. Limitou-se a invocar, em termos abstractos e gerais, um prejuízo sofrido, sem todavia dar a mínima especificação relativamente a esse prejuízo”.

É certo que, ao que parece, o possível lesado, não havia igualmente demonstrado a *certeza e realidade* do prejuízo. Porém, a decisão do Tribunal radica na ausência de especificação da *extensão* da lesão e não propriamente da sua existência.

A judicatura europeia tomou aqui uma posição que, a uma primeira leitura, parece configurar um crasso erro de direito. De facto, o Tribunal parece baralhar a *realidade* e *certeza* de ocorrência de um prejuízo, a qual é efectivamente um pressuposto delitual cujo ónus probatório impende sobre quem se arroga de o ter suportado⁸, com a identificação da medida do prejuízo, problema que não só não constitui um requisito material da responsabilidade como é relevante apenas no momento da determinação da obrigação de indemnizar.

Entendamo-nos: o *dano* (bem como o *nexo causal*) cumpre uma dúplice função no quadro da responsabilidade extracontratual. Na verdade, não só é pressuposto necessário do instituto aquiliano como presta na determinação do montante ressarcitório a que o lesante será obrigado; não é apenas *fundamento* da responsabilidade como será *medida* da obrigação que desta resultar, uma vez que constituirá critério quantitativo da indemnização — esta terá a mesma grandeza do prejuízo⁹. Ora, porque assim é, colocam-se dois problemas distintos nas acções de responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia, no que concerne ao pressuposto delitual do *dano*.

Por um lado, concita-se a questão da *existência, certeza, realidade* do prejuízo alegado: este problema liga-se à imputação à autoridade comunitária de responsabilidade civil, indagando o julgador da verificação de um dos seus requisitos materiais; a não demonstração de uma lesão implicaria, rigorosamente, a improcedência do pedido, embora, como dissemos *supra*, seja sancionada com a declaração de inadmissibilidade do pleito. Por outro lado, levanta-se a questão da sua *quantificação, da identificação da extensão do prejuízo sofrido*, que já não se liga à geração de responsabilidade mas tão-somente à determinação do *quantum* indemnizatório que obrigará o lesante.

Ora, é hoje incontestado que o lesado *pode não estar obrigado a indicar, logo na petição, a extensão do lesão* que lhe foi infligida, bastando-lhe demonstrar com certeza que sofreu *um prejuízo* e relegando para momento ulterior a identificação da sua amplitude. De facto, não só esta conclusão é expressamente proferida pelo Tribunal de Primeira Instân-

⁸ Sobre o ónus da prova na acção de responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia, cfr. KOEN LENAERTS e DIRK ARTS, *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 270 e A. G. TOTH, “The concepts of Damage and Causality as elements of non-contractual liability”, *The Action for Damages in Community Law*, org. por TON HEUKELS e ALISON McDONNELL, Kluwer Law International, Haia, 1997, pp. 185. Na jurisprudência, *vide* as expressivas Conclusões do Advogado-Geral TRABUCHI apresentadas a 31 de Março de 1976, *Roquette Frères*, proc. 26/74, *Recueil de Jurisprudence*, 1976, pp. 677, especificamente na página 693.

⁹ Nem todos os pressupostos da responsabilidade desempenham as duas tarefas. Na verdade, se pensarmos no pressuposto da *antijuridicidade* (que, no caso da responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia, toma o nome de *ilegalidade*), esta não tem qualquer ligação com o montante indemnizatório, constituindo apenas um requisito aquiliano sem influir na medida do crédito ressarcitório.

cia¹⁰, como as duas dimensões do dano são clara e inequivocamente discriminadas pelo Tribunal de Justiça: exige-se ao demandante a prova da *ocorrência de um dano*, permitindo-se-lhe todavia, em certos casos, omitir a determinação da sua dimensão¹¹. Aliás, deve sublinhar-se que, nos casos em que o Tribunal considera que não é possível obter a extensão exacta do dano sofrido, o Juiz comunitário *desinteressa-se cabalmente* do problema, autorizando a sua fixação por acordo entre as partes, a ocorrer depois da declaração da responsabilidade¹².

Nesta sequência, a decisão do Juiz comunitário parece padecer de uma incorrecção: independentemente da questão de saber se o demandante havia provado, na sua petição, a ocorrência de um dano, certo é que o Tribunal de Primeira Instância rejeita a acção com fundamento na falta de indicação da *extensão* da lesão¹³. Ora, este motivo poderia não sustentar a inadmissibilidade da causa, porquanto sempre seria possível declarar a responsabilidade e remeter para sede posterior a fixação do montante ressarcitório, desde que a ocorrência de uma lesão fosse provada.

A tese vertida no Acórdão em análise (de que a não indicação da extensão do prejuízo assacado à Comunidade determina a rejeição da acção), não é inédita, conhecendo-se

¹⁰ Repare-se no Acórdão do TPI de 13 de Julho de 2005, *Camar Srl*, proc. T-260/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 2005, pp. II-2741, n.º 91: “só existe responsabilidade da Comunidade se a recorrente tiver sofrido efectivamente um prejuízo «real e certo». Trata-se aí de uma condição de verificação da responsabilidade extracontratual da Comunidade que o juiz comunitário pode considerar preenchida num caso concreto sem ter necessariamente que examinar em primeiro lugar em detalhe a extensão do alegado prejuízo, desde que resulte das circunstâncias concretas do caso que a existência de um prejuízo não suscita qualquer dúvida”.

¹¹ Cfr. Acórdão do TJCE de 9 de Novembro de 2006, *Agraz*, proc. C-243/05 P, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, pp. I-10833, n.º 36, que anulou uma decisão do TPI porque este confundia a *certeza do dano* — aferida pela sua demonstrabilidade — com a *certeza sobre a sua extensão*, a qual não é tida enquanto natureza do dano indemnizável: “Todavia, essas considerações apenas autorizavam o Tribunal de Primeira Instância a concluir pela incerteza quanto à extensão exacta do prejuízo invocado, e não a concluir pela inexistência de carácter certo da própria existência desse prejuízo”. Vide igualmente o Acórdão do TJCE de 7 de Junho de 1966, *Société anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence*, processos apensos 29, 31, 36, 39 a 47, 50 e 51/63, *Recueil de Jurisprudence*, pp. 1123, que “s’il est exclu, en employant cette méthode, d’obtenir une évaluation rigoureuse du préjudice, les méthodes de sondages habituellement utilisées dans les études économiques permettent cependant de parvenir à des approximations acceptables en partant de bases suffisamment sérieuses”, aceitando por isso que uma aproximação séria aos concretos prejuízos fosse suficiente ao provimento da pretensão indemnizatória dos lesados. No mesmo sentido, cfr. Acórdão do TJCE de 19 de Maio de 1992, *Mulder*, processos apensos C-104/89 e C-37/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-3061, n.º 9, condenando a Comunidade não obstante não ter sido feita prova da *extensão* do dano.

¹² Foi o caso do Acórdão do TJCE de 19 de Maio de 1992, *Mulder*, processos apensos C-104/89 e C-37/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-3061, n.º 38 e do Acórdão do TJCE de 15 de Junho de 1976, *CNTA*, proc. 74/74, *Recueil de Jurisprudence*, 1976, pp. 797, n.º 47.

Sobre as injustiças a que pode conduzir a remissão para acordo das partes da fixação do montante ressarcitório, vide o nosso estudo *Responsabilidade Extracontratual...*, pp. 533.

¹³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Janeiro de 2009, *Centro Studi Antonio Manieri Srl*, processo T-125/06, n.º 101.

duas outras pronúncias que sancionam com a inadmissibilidade a omissão pelo lesado da extensão do dano. Em primeiro lugar, deve recordar-se o Acórdão *Schöppenstedt* (famoso pela fixação por três décadas do patamar mais exigente da *ilegalidade* enquanto pressuposto da responsabilidade¹⁴) que estabelecia que “*une demande tendant a obtenir une indemnité quelconque manque, en effet, de la précision nécessaire et doit par conséquent être considérée irrecevable*”¹⁵; em segundo lugar invoque-se o Acórdão do TPI *Automec*, que sancionou igualmente com a rejeição do pleito a falta de indicação do montante pecuniário da lesão¹⁶. Ora, sabendo-se que o Tribunal de Justiça desempenha, no campo delitual, funções legiferantes¹⁷, importa perceber se estas duas pronúncias criam norma autorizante à negação da admissibilidade da acção quando o dano não haja sido quantificado.

Não cremos que assim seja. Julgamos, pelo contrário, que a falta de indicação pecuniária do prejuízo, não funda sempre a negação da aceitação das acções delituais, o que sustentamos em duas razões principais.

Em primeiro lugar, deve atender-se ao facto de o Acórdão *Schöppenstedt* ser expressão de uma concepção delitual que, com mais de quarenta anos, tem vindo a ser substituída por outro regime, em diversos vectores — pense-se, por exemplo, na definição da *ilegalidade*, que o Acórdão *Bergaderm* derogou a partir do ano 2000¹⁸. Assim, no que tange ao problema aqui em causa, deve sublinhar-se que a decisão *Schöppenstedt* é anterior às pro-

¹⁴ Sobre este assunto, *vide* o nosso estudo *Responsabilidade Extracontratual...*, pp. 312ss.

¹⁵ Cfr. Acórdão do TJCE de 2 de Dezembro de 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, proc. 5/71, *Recueil de Jurisprudence*, 1971, pp. 975, n.º 9.

¹⁶ Cfr. Acórdão do TPI de 10 de Julho de 1990, *Automec*, proc. T-64/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. II-369, n.º 75 e 76.

¹⁷ De facto, uma vez que o segundo parágrafo do art. 288.º TCE determina que o Tribunal deve julgar as acções de responsabilidade de acordo com os “*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros*”, cabe ao Juiz comunitário desenhar o regime de responsabilidade, tendo como único limite a sua conformidade com princípios normativos fundamentantes dos direitos aquilianos nacionais.

Neste sentido, *vide* PABLO MARTÍN RODRÍGUEZ, “La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 19, Setembro-Dezembro de 2004, pp. 833; FERNAND SCHOCKWEILER, “Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d’actes juridiques dans la Communauté Européenne”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Janeiro-Março de 1990, pp. 27; VANDERSANDEN e BARAV, *Contentieux Communautaire*, Bruykan, Bruxelas, 1977, pp. 327; EBERHARD GRABITZ, “Liability for Legislative Acts”, *Non-Contractual Liability of the European Communities*, Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1988, pp. 2; WOUTER WILS, “Concurrent Liability of the Community and a Member State”, *European Law Review*, Ano 17, Junho de 1992, pp. 192; SOPHIE GROSSRIEDER TISSOT, “La responsabilité de la Communauté Européenne du fait de l’activité normative de la Commission”, *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, Janeiro-Março de 2001, pp. 91; BRUNO DU BAN, “Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté”, *Cahiers de Droit Européen*, 1977, n.º 4, pp. 398 e ainda o nosso estudo *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 82 a 87.

¹⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, *Bergaderm*, proc. C-352/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-5291ss.

núncias judiciais que vieram expressamente admitir a condenação da Comunidade por prejuízos não quantificados — mesmo no âmbito dos danos *patrimoniais*, i. e., *avaliáveis pecuniariamente*. Ora, esta jurisprudência parece indicar a preterição do cálculo pecuniário da lesão enquanto requisito de cognição do mérito da causa¹⁹.

Em segundo lugar, devem observar-se as decisões mais recentes do Tribunal de Justiça que vêm traçando de forma clara a distinção entre a *certeza* da ocorrência de um prejuízo — que funda (erradamente) a inadmissibilidade do pleito —, e a sua *extensão*, que não é assumida como requisito de aceitação da acção²⁰.

Assim, duas opções se colocam na qualificação da decisão *Centro Studi Antonio Manieri*: ou a negação da cognição do mérito do processo com base na falta de indicação do montante ressarcitório constitui um erro de direito e, assim, não espantaria que o Tribunal de Justiça viesse, em recurso (à semelhança do que sucedeu no caso *Agraz*), revogá-la; ou deve ser procurada uma outra razão que haja habilitado os magistrados a tal opção.

Como explicaremos melhor, apesar de negarmos a indicação da extensão do dano como *pressuposto processual*, parecem existir razões de coerência fundamentantes da opção adoptada pelo TPI, devendo compreender-se a opção tomada pelo Juiz de Primeira Instância.

III. A INDEMNIZAÇÃO CALCULADA *EX AEQUO ET BONO*

No aresto que aqui comentamos, a Autora solicita ao Tribunal que lhe atribua uma indemnização calculada *ex aequo et bono*, pelos danos que a conduta do Conselho lhe havia causado.

Não é uma novidade a fixação da reparação por referência a critérios de equidade, sendo numerosas as decisões do Luxemburgo que arbitram aos lesados um montante pecuniário assim determinado²¹. O que é anómalo é o requerimento de uma indemnização calculada pelo Tribunal *ex aequo et bono* neste contexto.

¹⁹ Cfr., por exemplo, Acórdão do TJCE de 2 de Junho de 1976, *Kampffmeyer*, processos apensos 56 a 60/74, *Recueil de Jurisprudence*, 1976, pp. 711, n.º 8; Acórdão do TPI de 8 de Junho de 2000, *Camar e Tico*, processos apensos T-79/96, T-260/97 e T-117/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. II-2193ss, n.º 192; Acórdão do TJCE de 14 de Maio de 1975, *CNTA*, proc. 74/74, *Recueil de Jurisprudence*, 1975, pp. 533, n.º 47; Acórdão do TJCE de 19 de Maio de 1992, *Mulder*, processos apensos C-104/89 e C-37/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-3061, n.º 38.

²⁰ Cfr. Acórdão do TJCE de 9 de Novembro de 2006, *Agraz*, proc. C-243/05 P, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, pp. I-10833, n.º 36.

²¹ Cfr. Acórdão do TJCE de 12 de Julho de 1957, *Dineke Algera*, processos apensos 7/56, 3/57 a 7/57, *Recueil de Jurisprudence*, pp. 81ss, especificamente na página 130; Acórdão do TJCE de 8 de Julho de 1965, *Willaime*, proc. 110/63, *Recueil de Jurisprudence*, 1965, pp. 803; Acórdão do TJCE de 12 de Julho de 1973, *Di Pillo*, proc. 10/72 e 47/72, *Recueil de Jurisprudence*, 1973, pp. 763, n.º 23 a 25; Acórdão do TJCE de 8 de Outubro

Importa, a este propósito, recordar as condições de que depende a atribuição aos lesados de uma indemnização calculada *equitativamente* — sendo certo que as respectivas regras resultarão, como aliás todo o regime delitual comunitário, da jurisprudência do Tribunal de Justiça, instituição expressamente autorizada pelo Tratado a edificar o direito aquiliano da Comunidade Europeia²².

Em regra, o Tribunal do Luxemburgo considera necessária a *quantificação* do dano sofrido, isto é, a sua avaliação pecuniária; o cálculo do prejuízo não surge enquanto requisito atinente à natureza do *dano indemnizável*²³ mas como operação *essencial* à determinação do montante ressarcitório que, nos termos da jurisprudência *Grifoni*, tenderá a equiparar-se ao *quantum* da lesão²⁴. De facto, realizando tal coincidência, o ressarcimento colocará o lesado na mesma situação em que estaria se o dano não tivesse ocorrido.

Nessa medida, não há lugar à equidade na fixação da indemnização: esta concordará com o *quantum* da lesão, cuja indicação é um ónus que recai sobre o demandante.

Todavia, se a quantificação do prejuízo é a *regra*, deve reconhecer-se a existência de três classes de circunstâncias em que aquela contabilização é impossível ou, pelo menos, pro-

de 1986, *Leussink*, processos apensos 169/83 e 136/84, *Recueil de Jurisprudence*, 1986, pp. 2801, n.º 18; Acórdão do TPI de 17 de Março de 1993, *Moat*, processo T-13/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. II-287, n.º 49; Acórdão do TPI de 26 de Outubro de 1993, *Caronna*, proc. T-59/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. II-1129, n.º 107.

Outro vector em que é patente a utilização de critérios de equidade radica nos casos em que o Tribunal considera que a mera declaração da responsabilidade é reparação suficiente para o lesado, o que só pode atribuir-se a um juízo *ex aequo et bono*. Vide Acórdão do TJCE de 9 Julho de 1981, *Turner*, processos apensos 59/80 e 129/80, *Recueil de Jurisprudence*, 1981, pp. 1883, n.º 74; Acórdão do TJCE de 9 de Julho de 1987, *Hochbaum*, processos apensos 44/85, 77/85, 294/85 e 295/85, *Recueil de Jurisprudence*, 1987, pp. 3259, n.º 22; Acórdão do TPI de 27 de Fevereiro de 1992, *Plug*, proc. T-165/89, *Recueil de Jurisprudence*, 1992, pp. II-367, n.º 118.

²² Cfr. o que dissemos na nota n.º 17.

²³ Sobre a negação da *quantificação do dano* enquanto requisito atinente à natureza do dano indemnizável e a sua visão como passo necessário à determinação do montante indemnizatório, vide o nosso trabalho *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 517 a 520. De facto, a demonstração de que assim é encontra-se, desde logo, no facto de o Tribunal de Justiça aceitar expressamente a condenação da Comunidade quando os danos sofridos hajam cariz exclusivamente não patrimonial, por definição insusceptíveis de avaliação pecuniária.

Cfr., por exemplo, o Acórdão do TJCE de 7 de Novembro de 1985, *Adams*, Proc. 145/83, *Recueil de Jurisprudence*, 1985, pp. 3539; Acórdão do TJCE de 12 de Julho de 1957, *Dineke Algera*, processos apensos 7/56, 3/57 a 7/57, *Recueil de Jurisprudence*, pp. 81ss; Acórdão do TJCE de 3 de Fevereiro de 1994, *Grifoni*, proc. C-308/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, pp. I-341, n.º 1 do sumário; Acórdão do TPI de 24 de Setembro de 1996, *Dreyfus* proc. T-485/93, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. II-1101, n.º 114. Em sentido contrário, porém, cfr. KOEN LENAERTS e DIRK ARTS, *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 268.

²⁴ Acórdão do TJCE de 3 de Fevereiro de 1994, *Grifoni*, proc. C-308/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, pp. I-341, n.º 40. É a plena assunção da *teoria da diferença*: a indemnização corresponderá à diferença entre a situação patrimonial actual do lesado e a situação patrimonial que ele teria caso não tivesse existido o facto lesivo.

blemática: em primeiro lugar, recorde-se que a Comunidade responde por danos não patrimoniais, os quais são, por definição, insusceptíveis de avaliação²⁵; em segundo lugar, é admitida a declaração da responsabilidade da organização europeia por danos futuros, caso em que o Tribunal se limita a constatar a fonte obrigacional aquiliana sem determinar o montante ressarcitório²⁶; por fim, lembre-se que quando em causa está a indemnização de lucros cessantes, atendendo ao quadro de comércio internacional em que está envolta a acção comunitária (onde os operadores económicos estão necessariamente sujeitos a riscos), é frequentemente difícil proceder à determinação exacta da situação patrimonial hipotética do lesado, pois não se obtém certeza inquestionável quanto aos proventos que os agentes económicos aufeririam não fosse a conduta comunitária geradora de responsabilidade²⁷.

²⁵ Quanto à insusceptibilidade de avaliação pecuniária dos danos morais, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Setembro de 1992, n.º 1, Ano 1, pp. 18; VAZ SERRA, “Reparação do Dano Não Patrimonial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, Fevereiro de 1959, pp. 70.

Vide os Acórdãos mencionados na nota anterior, que imputam à Comunidade uma obrigação de reparação por danos morais.

²⁶ Cfr., por exemplo, Acórdão do TJCE de 2 de Junho de 1976, *Kampffmeyer*, processos apensos 56 a 60/74, *Recueil de Jurisprudence*, 1976, pp. 711, n.º 8; Acórdão do TPI de 8 de Junho de 2000, *Camar e Tico*, processos apensos T-79/96, T-260/97 e T-117/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. II-2193ss, n.º 192. A estas acções, que constataam a responsabilidade por danos ainda não produzidos, apelidam FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS, “acções declarativas de simples apreciação de responsabilidade”. FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS *Contencioso da União Europeia*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 298.

Sobre esta figura, vide o nosso estudo *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 522 a 526 e ainda GUY ISAAC e MARC BLANQUET, *Droit Communautaire Général*, 8ª Edição, Armand Colland, Paris, 2001, pp. 299 e 300; DENYS SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, pp. 595; GERHARD BEBR, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1981, pp. 270; ARACELI MANGAS MARTÍN e DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª Edição, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 243; FAUSTO POCAR, *Il Diritto dell’Unione e delle Comunità Europee*, 6ª Edição, Giuffrè Editore, Milão, 2000, pp. 222; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho Comunitario Europeo”, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicox — III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 157; T. C. HARTLEY, “Non-contractual liability: future loss and actions for a declaration”, *European Law Review*, Ano 1, Dezembro de 1976, pp. 556; MOTA DE CAMPOS, *Contencioso Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, pp. 509; EMILIO GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 288.

²⁷ Cfr., por exemplo, Cfr. Acórdão do TJCE de 31 de Março de 1977, *Compagnie industrielle et agricole du comté de Lohaec*, processos apensos 54-60/76, *Recueil de Jurisprudence*, 1977, pp. 645: “être prouvé que celui-ci résulterait non d’une perte, mais d’un manque à gagner dont il est difficile de justifier l’existence dans le cadre de contrats commerciaux échappant aux mécanismes communautaires”.

Na Doutrina, cfr. A. G. TOTH, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, Vol. I — Institutional Law, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 154 e EMILIO GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 287.

Como é evidente, em qualquer destas situações, a teoria da *diferença*, que orienta a determinação do montante da reparação²⁸, é absolutamente inútil: no caso dos *lucros cessantes*, é inexecutável deslindar a condição patrimonial hipotética do lesado; os danos morais não são avaliáveis; os danos futuros não podem ser mesurados porquanto ainda se não geraram.

Ora, não sendo possível a apreciação pecuniária da lesão, recorre o Juiz comunitário a outros critérios de fixação da indemnização. No caso dos danos de cariz patrimonial que se subsumam nestas categorias, há uma ausência de critério, porquanto o Tribunal se desinteressa pelo montante ressarcitório e remete a sua fixação para acordo das partes (embora conservando a faculdade de fixar o *quantum* ressarcitório se os litigantes não lograrem consenso)²⁹. No campo dos danos não patrimoniais, uma vez que são irreparáveis em sentido próprio³⁰, o Juiz comunitário define *ex aequo et bono* um montante que compense o lesado pelo prejuízo que lhe foi infligido³¹.

Isto é, a determinação da obrigação ressarcitória por referência à *equidade* surgiu do direito aquiliano comunitário *ligada à compensação por danos não patrimoniais*, constituindo uma *excepção à necessidade de quantificação* do prejuízo, a que o regime delitual comunitário atribui uma preponderante importância³². De facto, sendo impossível operar uma eliminação do prejuízo, cabe atribuir ao lesado uma importância que constitua uma vantagem para contrapeso da lesão irreparável que sofreu. Ora, nessa medida, importa

²⁸ Diz a teoria da diferença, adoptada pelo Acórdão *Grifoni* (cfr. nota n.º 24), que o montante ressarcitório corresponderá à diferença entre a situação financeira actual do lesado e aquela que ele teria caso a acção lesiva não tivesse tido lugar (situação patrimonial hipotética do lesado).

²⁹ Sobre o tema, cfr. a nossa dissertação de mestrado, *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 526 a 535 e bibliografia aí indicada.

³⁰ De facto, é impossível tornar *indemne* a dor, a vergonha, o vexame, etc, tal como é inexecutável operar qualquer contabilização pecuniária destas lesões.

³¹ Cfr. os arestos jurisprudenciais referidos na nota n.º 21.

³² Na verdade, a necessidade de quantificação do prejuízo é de tal forma importante que em muitos arestos o Tribunal parece transmitir que só o *dano avaliável* é indemnizável. Vide Acórdão do TJCE de 12 de Dezembro de 1956, *Mirossevich*, proc. 10/55, *Recueil de Jurisprudence*, 1956, pp. 365, especificamente na página 390; Acórdão Interlocutório do TJCE de 27 de Janeiro de 1982, *Birra Wührer*, processos apensos 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 e 5/81, *Recueil de Jurisprudence*, 1982, pp. 85, n.º 9; Acórdão do TJCE de 27 de Janeiro de 1982, *De Franceschi*, proc. 51/81, *Recueil de Jurisprudence*, 1982, pp. 117; n.º 9; Acórdão do TPI de 16 de Janeiro de 1996, *Candiotte*, proc. T-108/94, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. II-87, n.º 54; A Acórdão do TPI de 12 de Dezembro de 1996, *Scott*, T-99/95, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. II-2227, n.º 72.

Esta expressividade é de tal ordem que mesmo alguma Doutrina considera a *quantificação* do prejuízo como predicado essencial à responsabilidade civil da Comunidade: cfr. KOEN LENAERTS e DIRK ARTS, *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 268 e HENRY SCHERMERS e DENIS WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6ª Edição, Kluwer Law International, Haia, 2005, pp. 567.

apenas saber qual é o seu montante *justo*, o que só pode ser determinado por referência à equidade³³, qualquer que seja a importância que venha a ser fixada³⁴.

O estudo da jurisprudência do Luxemburgo — que, recorde-se, é a fonte normativa do regime delitual comunitário — permite descobrir um segundo conjunto de situações em que é admitida a fixação *ex aequo et bono* da indemnização: os casos em que, face a danos patrimoniais impossíveis de contabilizar e remetendo-se a determinação do montante ressarcitório para acordo das partes, lesante e lesado fracassam no estabelecimento de um acordo, avocando o Tribunal tal missão. Ora, mantendo-se a inviabilidade de apuramento pecuniário do dano, não resta outra solução que não seja a fixação da indemnização por referência à equidade³⁵.

Em suma, em sede de responsabilidade civil da Comunidade Europeia, a quantificação do dano é *necessária*, porquanto a indemnização terá o montante equivalente à diferença entre as situações patrimoniais real e hipotética do lesado. Só *excepcionalmente*, a propósito de danos não patrimoniais ou de lesões impossíveis de estimar (quando não haja sido alcançado acordo relativo ao montante ressarcitório), é viável a condenação da autoridade comunitária numa importância determinada *equitativamente*.

IV. A DECISÃO DO ACÓRDÃO *CENTRO STUDI ANTONIO MANIERI*

Fechado este parêntesis, importa regressar ao caso em análise, procurando saber se o TPI mobilizou as regras delituais que, nas últimas seis décadas, têm vindo a ser formadas.

Neste particular, e no que toca à materialidade da decisão, o TPI manteve a orientação jurisprudencial que tem construído o regime aquiliano comunitário. De facto, se o lesado não quantifica o dano sofrido e visa ser ressarcido em montante equitativamente determinado, cabe-lhe demonstrar que está abrangido por um dos dois casos excepcionais que admitem aquele critério de fixação da obrigação à Comunidade, sob pena de improcedência daquela pretensão. Não evidenciando os pressupostos do ressarcimento *ex aequo et bono*, a demandante submete-se às regras gerais que, como explicámos, lhe incumbem o cálculo do prejuízo sofrido, o que não fez.

³³ Assim nos ensinou VAZ SERRA, “Reparação do Dano Não Patrimonial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, Fevereiro de 1959, pp. 80.

³⁴ Por vezes, a equidade aponta para a atribuição de uma importância simbólica de um euro ou para a mera declaração da responsabilidade comunitária. Cfr. o nosso estudo *Responsabilidade Extracontratual...*, pp. 538 e 539 e a jurisprudência referida na nota n.º 21.

³⁵ Foi o que sucedeu, por exemplo, no Acórdão do TJCE de 15 de Dezembro de 1966, *Manlio Serio*, proc. 62/65, *Recueil de Jurisprudence*, 1966, pp. 813ss, especificamente na página 828.

Simplesmente, ao invés de sancionar com o não provimento do pedido, o Tribunal de Primeira Instância decidiu pela *inadmissibilidade do pleito*. A decisão, indubitavelmente denotando falta de rigor quanto à sede de cognição de um requisito substancial de responsabilidade, não pode deixar de se compreender, por uma questão de coerência com o regime delitual construído. Trata-se, no fundo, de uma opção muito rigorosa mas consequente.

Entendamo-nos: se a falta de prova da geração de uma lesão é sancionada (erradamente, é certo) com a inadmissibilidade da acção, tal significa que o Tribunal aprecia a sua ocorrência como se de um pressuposto processual se tratasse. Ora, se é certo que há casos em que o lesado não é obrigado a estimar o prejuízo, tal isenção constitui uma *excepção*, devendo fundar-se numa das razões que a admitem. Nessa sequência, não sendo invocado o motivo da não identificação pecuniária da ofensa, tudo se passa como se a existência da lesão não estivesse demonstrada, pois o ónus que recai sobre o demandante é o de atestar o sofrimento de um dano *real e quantificável*³⁶.

Assim, entende-se a não aceitação de um pedido ressarcitório que, sem demonstração dos respectivos pressupostos, requeira a atribuição de um montante *equitativamente* determinado, já que as exigências probatórias a cargo do demandante se ligam quer à geração do prejuízo, quer à sua avaliação (ou inviabilidade de quantificação). Trata-se de uma solução coerente com o propósito de dissuadir a propositura de acções, pois o Tribunal limita-se a considerar não atestada uma condição de que faz depender a cognição do mérito (o dano real e quantificável), sempre que o lesado não comprove a impraticabilidade de contabilização pecuniária do prejuízo³⁷.

No fundo, a quantificação do dano, apesar de não constituir um requisito atinente à natureza do dano indemnizável enquanto pressuposto delitual (pois é possível ressarcir danos não avaliáveis pecuniariamente), consubstancia uma operação *que é exigida ao lesado* para que o Tribunal dê como preenchida aquela condição aquiliana, salvas as isenções conferidas³⁸. Nessa medida, a necessidade de avaliação do prejuízo assume uma tal importância que se projecta na prova da ocorrência da lesão, correspondendo-lhe a mesma consequência da insuficiente demonstração da sua geração.

O Acórdão comentado reveste, assim, uma importância que não é desprezível: vem consolidar no regime delitual comunitário a cognição da extensão do prejuízo (ou da ocor-

³⁶ Cfr. a Doutrina e a Jurisprudência referidas na nota n.º 32.

³⁷ Aliás, não é a primeira vez que o Tribunal o decide. Como dissemos *supra*, no Acórdão do TPI de 10 de Julho de 1990, *Automec*, proc. T-64/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. II-369, n.º 76, a decisão foi exactamente, idêntica.

³⁸ Cfr. o que dizemos na nossa dissertação de mestrado, *Responsabilidade Extracontratual...*, pp. 511ss.

rência de causas de isenção daquela operação), *ao nível da admissibilidade do pleito*, opção incorrecta ao nível do rigor mas que não pode considerar-se surpreendente ou incoerente em face do regime que, há várias décadas, vem sendo desenhado pelo Tribunal de Justiça. □

A regulamentação de situações intertemporais pelos planos directores municipais

Fernanda Paula Oliveira

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

1. A questão

Os planos municipais de ordenamento do território, enquanto actos de natureza normativa, apresentam-se como importantes instrumentos reguladores da realidade a que se aplicam.

Um dos aspectos fundamentais que não pode ficar à margem desta regulação é o referente às situações, jurídicas ou de facto, constituídas ou criadas em momento anterior à entrada em vigor do plano municipal, mas que projectam os seus efeitos no tempo. Por isso os municípios têm vindo a questionar de que forma podem (ou devem) estes planos regular as referidas situações.

Tendo em consideração o particular relevo desta matéria, um conjunto de planos directores municipais recentemente elaborados tem vindo a introduzir, no âmbito das suas disposições, por um lado, normas específicas que visam regular a sua própria aplicação no tempo e, por outro, normas que instituem um regime especial para situações (jurídicas ou de facto) criadas em momento anterior à sua entrada em vigor.

Este tipo de normas não tem sido isento de críticas, tendo mesmo algumas entidades públicas que intervêm nos procedimentos de planeamento municipal (designadamente no âmbito do respectivo acompanhamento), suscitado dúvidas quanto à respectiva legalidade o que, contudo, não tem impedido os respectivos municípios de, mesmo assim,

aprovarem os referidos instrumentos de planeamento com a integração deste tipo de normas.¹

Foi o que sucedeu, apenas a título de exemplo, com o Plano Director Municipal da Maia, aprovado pela Assembleia Municipal em 18 de Dezembro de 2008 e publicado no Diário da República, 2.ª Série, N.º 17, de 26 de Janeiro de 2009 (Aviso n.º 2383/2009), cujo artigo 6.º determina:

“1 — Para efeitos do presente regulamento, consideram-se preexistências as actividades, explorações, instalações, edificações, equipamentos ou quaisquer actos que, executados ou em curso à data da entrada em vigor do Plano, cumpram nesse momento quaisquer das seguintes condições:

- a) Não careçam de qualquer licença, aprovação ou autorização, nos termos da lei;*
- b) Estejam licenciados, aprovados ou autorizados pela entidade competente, nos casos em que a lei a tal obriga, e desde que as respectivas licenças, aprovações ou autorizações não tenham caducado ou sido revogadas ou apreendidas.*

2 — São também consideradas preexistências, nos termos e para efeitos do disposto no número anterior, os direitos ou expectativas legalmente protegidos durante o período da sua vigência, considerando-se como tal, para efeitos do presente regulamento, as decorrentes de alienações em hasta pública, de aprovações de projectos de arquitectura e de informação prévia favoráveis.

3 — Os actos ou actividades licenciados, aprovados ou autorizados a título precário não são considerados preexistências, nomeadamente para efeitos de renovação da

¹ É, de facto, possível aos municípios aprovarem os instrumentos de planeamento municipal mesmo que durante a respectiva elaboração tenham sido suscitadas dúvidas quanto à legalidade de alguma ou algumas das suas normas. Assim, se tal ilegalidade for suscitada no âmbito do acompanhamento à elaboração do plano (por exemplo, no parecer final da comissão de acompanhamento à elaboração do plano director municipal), nada impede que a câmara aprove aquela opção quer porque dispõe de autonomia para tal — já que está em causa a elaboração de um plano que é da sua responsabilidade —, quer porque o parecer final daquela entidade *ad hoc* não tem carácter vinculativo, o que significa que, desde que devidamente fundamentada, a decisão municipal não tem de o seguir.

Se a questão for suscitada na fase de verificação final da legalidade, no âmbito do parecer emitido pela comissão de coordenação e desenvolvimento regional (CCDR) — o qual agora apenas ocorre no âmbito dos planos directores municipais —, a lei é clara em afirmar, também aqui, o carácter não vinculativo deste parecer ainda que o mesmo apenas incida sobre questões de legalidade, o que significa que este também não tem funções preclusivas da responsabilidade do município quanto à validade do plano. Conclui-se, assim, que, nos termos da lei, a responsabilidade última pela opção que consta dos planos municipais é sempre imputável ao município que, caso discorde da posição da CCDR quanto à existência de eventuais ilegalidades do plano, pode dar andamento ao procedimento da sua elaboração. Sobre este aspecto cfr. o nosso *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. As alterações do Decreto-Lei n.º 316/2007 de 19 de Setembro*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 30-31.

validade do respectivo título ou da sua transformação em licença, aprovação ou autorização definitivas.

4 — Caso as preexistências ou as condições das licenças ou autorizações não se conformem com a disciplina instituída pelo presente Plano, poderão ser autorizadas alterações ou ampliações às mesmas nas seguintes situações:

- a) Quando não tiverem como efeito o agravamento das condições de desconformidade;
- b) Quando introduzido qualquer novo uso este não seja desconforme com as disposições do Plano e das alterações resulte um desagravamento das desconformidades verificadas quanto ao cumprimento dos parâmetros urbanísticos ou às características de conformação física;
- c) Quando introduzido qualquer novo uso sejam verificadas as condições da alínea anterior e delas se obtenham melhorias relevantes quanto à inserção urbanística e paisagística ou à qualidade arquitectónica das edificações.

5 — No caso de ampliações de edificações considera -se não existir agravamento das condições de desconformidade quando:

- a) Não haja alteração de uso;
- b) O aumento da área de construção total não exceda 15 % da área bruta de construção preexistente.”²

Apesar de a existência de posições divergentes quanto à legalidade das referidas normas não ter impedido os municípios de, com base na sua autonomia administrativa, procederem à respectiva integração nos planos que aprovaram, a verdade é que se tem vindo a verificar, em relação a estas normas, um clima de *insustentável insegurança jurídica*, já que as dúvidas quanto à sua ilegalidade voltam a ser colocadas, agora no âmbito de concretos procedimentos de gestão urbanística, para cuja resolução as mesmas são mobilizadas. Dúvidas essas suscitadas, precisamente, pelas mesmas entidades que o fizeram aquando da elaboração do plano sempre que têm intervenção no âmbito dos procedimentos de gestão urbanística.

Na nossa óptica, as dúvidas suscitadas quanto à (i)legalidade das referidas normas nunca fizeram sentido, motivo pelo qual sempre auxiliámos os municípios, no momento oportu-

² O Plano Director Municipal da Régua, provado pela Assembleia Municipal em 7 de Maio de 2009 e publicado no Diário da República, 2.ª Série, N.º 105, de 1 de Junho de 2009 (Aviso n.º 10347/2009), integra um normativo em tudo idêntico (artigo 11.º), assim como o Plano Director Municipal de Boticas, aprovado pela respectiva Assembleia Municipal em 29 de Setembro de 2008 e publicado no Diário da República, 2.ª série, N.º 195, em 8 de Outubro de 2008 (Edital n.º 1007/2008), o qual dispõe de forma similar no seu artigo 12.º. Isto apenas para fornecer outros exemplos.

no, a proceder à sua devida justificação jurídica a qual, em algumas das situações, foi mesmo integrada no respectivo Relatório.³

Tendo em consideração este facto, serve o presente artigo para apresentar aquelas que são, na nossa óptica, as razões que justificam e fundamentam, do ponto de vista jurídico, os mencionados normativos por contraposição aos argumentos apresentados pelas referidas entidades na defesa da sua ilegalidade. Este é o objectivo precípuo das nossas reflexões nas páginas que se seguem.

2. Dos argumentos a favor da ilegalidade das normas sobre “preexistências”⁴

Uma das razões invocadas para a alegada ilegalidade das normas relativas a preexistências prende-se com o facto de das mesmas decorrer a não aplicação do plano a projectos de arquitectura e a informações prévias favoráveis válidas emitidas antes da sua entrada em vigor, por se considerar não ser legítimo a um plano municipal dotar estes factos constitutivos de meras expectativas juridicamente protegidas de uma vinculatividade que a lei — artigo 67.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) — lhes não atribui. Com efeito, de acordo com esta posição, decorre do referido artigo 67.º uma impossibilidade de as referidas expectativas poderem conduzir ao licenciamento sempre que, entretanto, — entre a sua emissão e o acto de licenciamento/autorização — tenham entrado em vigor normas legais e regulamentares que assim o impeçam.

Este argumento vale igualmente para aquelas situações em que os preceitos em apreço estendem o regime anteriormente referido às alienações em hasta pública.

Considera-se ainda serem estas normas ilegais por estenderem a protecção do edificado às obras de ampliação — com que se considera haver violação do disposto no n.º 2 do artigo 60.º do RJUE que restringe este regime às obras de reconstrução e de alteração — e por estabelecerem uma presunção inilidível de que as ditas ampliações são insusceptíveis de agravar as condições de desconformidade com o plano sempre que, cumulativamente não haja alteração do uso e a ampliação ou o aumento da área bruta de construção não exceda uma determinada percentagem da área bruta de construção existente.

³ O caso do Plano Director Municipal de Vila Nova de Gaia que, não obstante não se encontre ainda publicado, teve o respectivo relatório disponível em http://www.gaiurb.pt/revisaopdm_1.htm, aquando da discussão pública deste instrumento de gestão territorial.

⁴ Referiremos aqui, no seu essencial, os argumentos que foram utilizados pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte no âmbito da informação emanada na fase de acompanhamento ao Plano Director Municipal da Maia (Informação n.º 691/DOGET/CA) e no parecer final desta entidade sobre o projecto do mesmo plano antes da sua aprovação na Assembleia Municipal.

São, pois, dois os normativos legais que, no entender desta posição, impedem a vigência de normas sobre preexistências nos termos em que as mesmas têm vindo a ser integradas nos planos directores municipais: os artigos 60.º (edificações existentes) e 67.º (validade), ambos do RJUE.

3. A defesa da legalidade das normas sobre preexistências

a) Considerações gerais sobre a razão de ser e a fundamentação destas normas

α) Um aspecto que antes de mais se deve realçar a propósito do tipo de normas planificadoras a que nos estamos a referir é o de que elas visam a criação de uma regulamentação jurídica própria e particular para regular um conjunto de situações que preexistem ao plano, de forma a dar-lhe o devido enquadramento jurídico que, na sua ausência, não seria possível. Cria-se, assim, por seu intermédio, um regime especial para estas situações.

Na nossa óptica, o estabelecimento deste tipo de normas mais não é do que o cumprimento da imposição constitucional e legal da *ponderação de todos os interesses públicos e privados* co-envolvidos no planeamento, a qual exige que o órgão dotado do poder de planificador *tenha em consideração todas as situações existentes à data da elaboração do plano*, quer as mesmas existam somente do ponto de vista fáctico (legais ou ilegais) quer de um ponto de vista meramente jurídico (situações tituladas por actos administrativos constitutivos de direitos ainda não concretizadas ou por pré-decisões que, não obstante não seja consensual o seu carácter constitutivo de direitos, se aceita que, no mínimo, são criadoras de legítimas expectativas dignas de tutela no plano director municipal).

Sempre que, por intermédio destas normas, se crie, como é comum que aconteça, uma *salvaguarda genérica* das referidas situações preexistentes, torna-se fundamental garantir que esta solução é o resultado de uma adequada ponderação entre, por um lado, as consequências decorrentes da não salvaguarda daquelas posições, designadamente na esfera jurídica dos respectivos destinatários, e, por outro lado, o impacte que a sua salvaguarda tem no modelo de ocupação territorial que com o plano director municipal se pretende instituir.

E a integração de uma salvaguarda genérica daquelas posições terá de ser considerada legítima sempre que dessa ponderação seja possível concluir que os benefícios que a afectação daquelas situações acarreta para o modelo territorial a instituir com o plano são manifestamente inferiores aos prejuízos que da mesma decorrem para a esfera jurídica dos particulares, a qual será afectada de forma desproporcional caso aquelas posições

sejam postas em causa.⁵ Pode, inclusive, o município concluir que a atribuição de eventuais indemnizações aos particulares afectados não só não permitirá a adequada compensação da sua efectiva lesão (quantas vezes mais de ordem imaterial/moral que patrimonial), como afectará, em grande medida, interesses económicos e financeiros do município sem que relevantes interesses relacionados com o ordenamento e ocupação do território o justifiquem. Sempre que tal suceda é legítimo que a opção do plano seja favorável à manutenção daquelas situações jurídicas.

É pois nas exigências decorrentes da obrigação de uma *ponderação circunstanciada dos interesses em causa* e do *cumprimento do princípio da proporcionalidade* em matéria de planeamento territorial que decorre, a mais das vezes, a necessidade de integração nos planos directores municipais de um regime particular para as situações que lhe são preexistentes. Regime esse que consta, em regra, de um artigo integrado nas suas *disposições gerais* e que, por esse motivo, deve necessariamente ser lido em articulação com as normas aplicáveis a cada classe e categoria de uso do solo.⁶

β) Pode ainda afirmar-se que as normas aqui em referência, para além de criarem um regime especial para este tipo de situações, valem, de igual modo, como normas do plano que visam regular a sua própria aplicação no tempo. Ora, os planos, como qualquer outra norma jurídica, não estão impedidos de o fazer. Com efeito, sendo o direito dinâmico,

⁵ Na nossa óptica é importante que os municípios explicitem, designadamente nos Relatórios que acompanham os planos municipais, a ponderação que foi feita, identificando, por exemplo a percentagem de operações que serão abrangidas por esta salvaguarda, a qual permitirá evidenciar, a maior parte das vezes, o reduzido impacte que as mesmas terão na globalidade do território e, deste modo, no modelo territorial a instituir. Esta explicitação não é difícil de fazer sempre que, durante a elaboração do plano o município, tendo em vista a eventual protecção destas situações, as integre na carta de compromissos que acompanha a sua elaboração. Com efeito, embora apenas se exija, em regra, que nesta carta de compromissos sejam integradas algumas posições jurídicas (precisamente as que correspondem a decisões finais da administração definidoras da situação jurídica dos interessados), não está o município impedido, precisamente por as querer ponderar, de aí integrar outras que suscitam questões equivalentes e análogas, designadamente em matéria de indemnização. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão *vide infra*.

Note-se, porém, que a ausência desta explicitação não corresponde necessariamente a uma ausência de ponderação destas situações a qual, ausência essa que, a existir, é que afectará o plano de uma ilegalidade material.

Precisamente explicitando esta ponderação veja-se, a título de exemplo, o que consta do Relatório que acompanha o Plano Director Municipal de Vila Nova de Gaia, onde expressamente se afirma que “*Foram identificados os projectos de arquitectura deferidos durante o procedimento de elaboração do plano e que não obtiveram licenciamento até à data da abertura da discussão pública. Dos cerca de 1300 projectos inventariados, apenas 10% não cumpria a nova norma, pelo que se considerou que não afectava o modelo territorial*”.

⁶ O que significa que, independentemente das classes ou categorias de uso do solo em que as referidas situações ocorram, se aplica o regime particular que o plano director municipal para elas determina e não as atinentes àquelas.

torna-se imprescindível resolver conflitos intertemporais, justamente porque grande parte das situações da vida não se esgotam num momento pontual.

É precisamente para dar solução a este tipo de questões que o direito permite dois tipos de resposta: uma *resposta geral* com a definição de critérios sobre a aplicação da lei no tempo; e uma *resposta concreta para casos concretos*, em que se determina directamente a norma aplicável para uma determinada situação (*direito transitório*). No que diz respeito a este último, o mesmo pode apresentar-se como um direito transitório *formal* (quando se escolhe uma das normas potencialmente aplicáveis para regular em todo ou em parte o caso concreto) ou como um direito transitório *material* (quando se estabelece um regime próprio, diferente das normas potencialmente aplicáveis, feito à medida para o caso concreto).

Tendo em consideração este facto, sempre que entre em vigor uma nova norma jurídica, como um plano municipal, necessário se torna apurar, desde logo, se a mesma estabelece, expressa ou tacitamente, qualquer indicação sobre a sua aplicação temporal, designadamente a sua aplicação retroactiva e os moldes dessa aplicação. Apenas se tal não suceder se passará para a aplicação dos critérios gerais, os quais correspondem, no direito do urbanismo, à máxima do *tempus regit actum* prevista no artigo 67.º do RJUE).

Ora, as normas a que nos temos referido pretendem, precisamente, regular aquelas situações que, tendo surgido ao abrigo do plano anterior, continuam a necessitar de um tratamento ao abrigo do plano actual (situações intertemporais), apresentando-se, deste modo, como normas de direito transitório material.⁷

b) Da salvaguarda de situações decorrentes de informações prévias favoráveis e de aprovações de projectos de arquitectura

α) Do que foi afirmado se conclui, assim, que as normas a que nos vimos referindo se apresentam como disposições do plano indispensáveis a uma correcta e adequada gestão do território, na medida em que traduzem as opções do município relativamente às situações que a ele preexistem e que podem, eventualmente, ser com ele incompatíveis, correspondendo ao resultado de uma ponderação de todos os direitos e interesses existentes no território à data da sua elaboração.

Aliás, a ausência de uma norma como esta, que não denotasse a forma como a câmara municipal procedeu à ponderação de todas as situações existentes (que podem até, ser

⁷ Para a conformação deste direito transitório material não pode deixar de se ignorar que não existe, no âmbito do direito do ordenamento do território e do urbanismo (ao contrário do que sucede no direito fiscal e no direito penal) uma proibição geral de retroactividade das normas jurídicas.

situações ilegais), é que poderia afectar a validade do plano por violação da imposição constitucional de ponderação de interesses e direitos pré-existentes.⁸ Trata-se, pois, de uma norma que dispõe sobre a aplicação no tempo das regras do plano director municipal — embora existam princípios gerais referentes a esta matéria que valem na ausência de uma opção própria.

No caso do direito administrativo este princípio geral corresponde, como afirmámos, ao do *tempus regit actum*, ao qual é geralmente imputado “o sentido de que os actos administrativos se regem pelas normas em vigor no momento em que são praticados, independentemente da natureza das situações a que se reportam e das circunstâncias que procederam a respectiva adopção”.⁹

Mais concretamente, é o momento da *perfeição do acto* aquele que fornece o critério temporal para a determinação da lei aplicável, aplicando-se a velha ou a nova lei, conforme aquele momento for anterior ou posterior ao começo de vigência desta.

Subjacente a este entendimento está, em larga medida, a ideia de que, em todo e qualquer procedimento, os interessados são colocados “*perante uma situação jurídica que se encontra em curso de constituição — uma factispecie de formação sucessiva —, mas que ainda não está cabalmente constituída, por ser ao acto administrativo que cabe produzir o efeito constitutivo. Até ao momento em que esse acto venha a ser praticado, ainda só existem, portanto, efeitos virtuais e o interessado ainda não é titular de qualquer direito, mas apenas de meras expectativas*”.¹⁰

Isto será necessariamente assim sempre que o momento determinante para a constituição do efeito jurídico coincide com o da emissão do acto administrativo que define a situação jurídica do interessado de forma definitiva.

Porém, em muitas situações, é possível identificar no decurso do procedimento administrativo “*um momento autónomo em que se antecipa a formação da decisão administrativa*”, em termos tais que se pode dizer que o interessado é já titular de uma posição jurídica que se constituiu em momento anterior ao da prática do acto, situação em que o acto que venha a pôr termo ao procedimento ou a definir a situação jurídica do interessado de forma definitiva se limita, tão-só, a formalizar um efeito que se constituiu em momento anterior, não podendo esta situação ser posta em causa pela superveniência, no decurso do procedimento, de novo direito.

⁸ Sobre esta imposição legal e constitucional vide Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 148 e 676..

⁹ Cfr. Almeida, Mário Aroso, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 706 ss.

¹⁰ Cfr. Almeida, Mário Aroso, *ob. cit.*, pp. 711-712.

Em causa está, nestes casos, aquilo que a doutrina designa por *pré-decisões*, que correspondem a actos que, precedendo o acto final de um procedimento ou o acto que define a situação jurídica do interessado no âmbito de outro procedimento, decidem já, peremptória ou vinculativamente sobre a existência de condições ou de requisitos de que depende a prática de tal acto.¹¹ Esta categoria genérica admite uma subdivisão, abrangendo as subcategorias dos *actos prévios* e dos *actos parciais*. Estes consistem em “*decisões constitutivas antecipadas no que respeita a uma parte ou a um aspecto da decisão (autorização) final global, com efeito ou carácter permissivo*” enquanto os actos prévios são aqueles que “*embora decidindo sobre um aspecto particular da decisão final, é dizer, da pretensão autorizatória formulada, não produzem qualquer efeito permissivo, não autorizam o interessado a realizar (mesmo que só parcialmente) a pretensão a que aspira.*”

Exemplo de escola dos *actos parciais* é a *licença parcial para a construção da estrutura* prevista no n.º 6 do artigo 23.º do RJUE, e dos actos prévios as informações prévias e as aprovações de projectos de arquitectura.¹²

Considerando o afirmado, terá de se concluir que, de acordo com as regras gerais de aplicação de normas no tempo, o plano não pode aplicar-se a situações juridicamente consolidadas antes da sua entrada em vigor, o que dito de outra forma significa que o plano, quanto entra em vigor, não afecta os actos de gestão urbanística que tenham definido, ainda que parcialmente, mas de forma definitiva, pretensões urbanísticas dos interessados.

Nesta categoria de actos integram-se as *licenças* e as *autorizações*, mas também, de acordo com grande parte da doutrina, as *pré-decisões*, embora, quanto a estes, a questão não seja completamente consensual.¹³

¹¹ Cfr. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Vol. I, Coimbra, 2004, p. 344.

¹² IDEM. Cfr. ainda Fernanda Paula Oliveira, «“Que direitos me dá, que direitos me recusas?” Reflexão em torno da questão da impugnabilidade das informações prévias desfavoráveis. Comentário ao Acórdão do STA, Processo n.º 0415/07, de 12 de Julho», in RevCEDOUA, n.º 20, 2008, p. 141 e ss.

¹³ Sobre a aprovação do projecto de arquitectura como acto constitutivo de direitos *vide* Fernanda Paula Oliveira, “Duas Questões no Direito do Urbanismo: Aprovação de Projecto de Arquitectura (Acto administrativo ou Acto Preparatório), e Eficácia de Alvará de Loteamento (Desuso?)”, Anotação ao Acórdão do STA de 5.5.1998, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 13, 1999, p. 42 e ss. e João Gomes Alves, “Natureza Jurídica do acto de aprovação municipal do projecto de arquitectura”, Anotação ao Acórdão do STA de 5.5.1998, *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 17, 1999, p. 14 e ss; e Mário Araújo Torres, “Ainda a (in)impugnabilidade da aprovação do projecto de arquitectura”, Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional de 29.6.2000, P. 2590, *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 27, 2001, p. 34 e ss.

Sobre a natureza das informações prévias e a sua não manutenção pela aplicação da regra do *tempus regit actum* quando o pedido de licenciamento ou de autorização que lhe sucede tenha de ser decidido já no âmbito de um novo e distinto normativo *vide*, OLIVEIRA, Fernanda Paula; NEVES, Maria José; LOPES, Dulce; MAÇAS, Fernanda, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, Comentado*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina,

β) Note-se, porém, que estas são as regras que valem, como referimos antes, *quando o plano nada determine a respeito da sua aplicabilidade*. É que, como afirmado, os instrumentos de planeamento, *como acontece como todas as restantes normas jurídicas*, podem regular expressamente a sua aplicação no tempo atendendo à transitoriedade das situações que regulam, podendo dispor, designadamente, em sentido contrário do que decorre daqueles princípios gerais. Particular relevo tem uma tomada de posição relativamente àquelas situações em relação às quais não existe consenso quanto à regra aplicável (como sucede com as pré-decisões).

A possibilidade de as referidas regras de aplicação das normas no tempo serem expressamente afastadas pelo plano decorre, desde logo, do disposto no artigo 143.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, que admite que o plano possa vir a afectar actos administrativos constitutivos de direitos emitidos antes da sua entrada em vigor, actos esses que, por aplicação dos princípios gerais, ficariam salvaguardadas, não fosse a opção do plano.

Com efeito, determina aquele artigo a necessidade de pagamento de indemnização sempre que o plano *faça caducar licenças prévias válidas*, previsão que deve ser extensível, de acordo com a doutrina, aos restantes actos constitutivos de direitos, nos quais se incluem as aprovações de projectos de arquitectura¹⁴.

Neste sentido já decidiu, aliás, o STA no seu Acórdão da 1ª Secção de 16 de Maio de 2001, Processo n.º 46.227¹⁵, no qual se equiparou a aprovação do projecto de arquitectura ao

2009, comentário ao artigo 17.º e Oliveira, Fernanda Paula, “Anotação ao Acórdão do STA de 20.06.2002, Proc. 142/02, 1ª Secção CA”, in. *Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, N.º 9 (2002).

Na jurisprudência, não obstante o STA venha recusando ao projecto de arquitectura a qualificação de acto administrativo impugnável, não tem dúvidas em reconhecer esta característica aos pedidos de informação prévia. Cfr. neste sentido o Acórdão do STA de 12 de Julho de 2007, Processo n.º 0415/07, no âmbito do qual se afirmou que “Com efeito, sendo a informação favorável a mesma, apesar de incapaz de fazer nascer imediatamente na esfera jurídica do Requerente o direito à construção, atribui-lhe, no entanto, o direito de exigir o deferimento do pedido de licenciamento se este se contiver dentro dos limites da informação prestada. E, concomitantemente, faz nascer na esfera jurídica da Câmara a obrigação de deferimento do futuro pedido de licenciamento desde que este, como se disse, não exceda o conteúdo daquela informação.” E não obstante a questão da natureza jurídica do acto de aprovação do projecto de arquitectura tenha sido tratada com alguma homogeneidade pelo Supremo Tribunal Administrativo, a verdade é que no âmbito do Recurso nº 19/09 de 22 de Janeiro de 2009, dada a sua relevância jurídica e social foi admitido o recurso de revista excepcional do acórdão do Tribunal Central Administrativo que, no domínio do CPTA, considerou contenciosamente impugnável o acto de aprovação do projecto de arquitectura.

¹⁴ Cfr. CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, p. 771 e ss, em nota.

¹⁵ Publicado nos Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 45, p. 20.

acto de licenciamento, para efeitos indemnizatórios, considerando-se que “...a deliberação camarária que... aprova o projecto de arquitectura, não sendo embora o acto final do procedimento de licenciamento... é, no entanto, constitutiva de direitos para o próprio particular requerente, criando em favor deste expectativas legítimas no licenciamento, que a partir daí... já não poderá ser recusado com fundamento em qualquer desvalor desse mesmo projecto...”. Refere-se este aresto aos “naturais efeitos constitutivos de direitos” do acto de aprovação do projecto de arquitectura e argumenta, quase que por maioria de razão, com a “inquestionável afirmação legal de que a informação prévia favorável é constitutiva de direitos para o interessado a quem é prestada”.¹⁶

Ora, se tivermos em consideração a regra geral da salvaguarda das decisões proferidas antes da entrada em vigor do plano, a caducidade dos direitos delas decorrentes apenas pode suceder quando o plano expressamente decida nesse sentido, embora determinando, de acordo com o disposto no n.º 3 do referido artigo 143º, o pagamento de uma indemnização.

E se é possível o plano afectar situações constituídas antes da sua entrada em vigor, o mesmo pode também, por maioria de razão, salvaguardar, devidamente ponderadas as respectivas consequências, situações jurídicas que, iniciadas à luz do anterior plano, não tenham ainda obtido uma decisão que se possa considerar definitiva sobre a pretensão urbanística a concretizar.¹⁷

χ) Sintetizando o que foi referido, se o plano nada dispuser quanto à sua aplicabilidade no tempo, aplicam-se as regras gerais nesta matéria que mandam salvaguardar licenças e autorizações (que a doutrina designa de *decisões*), havendo divergências na doutrina e na

¹⁶ António CORDEIRO, *Arquitectura e Interesse Público*, p. 291.

¹⁷ É inclusive possível que o plano, na definição das suas normas transitórias, salvaguarde da sua aplicação procedimentos que tenham atingido um estágio avançado de tramitação sem que tenham obtido, antes da respectiva entrada em vigor, uma decisão definitiva.

Na lógica referida no texto, terá de se considerar também que o estabelecido no n.º 1 do artigo 60.º do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação — o qual determina que as construções erigidas ao abrigo do direito anterior e as utilizações respectivas não são afectadas por normas legais e regulamentares supervenientes — é, naturalmente, um regime que vale na ausência de uma opção expressa em sentido contrário, designadamente pelos instrumentos de planeamento. Com efeito, e contrariando esta regra geral, o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial admite expressamente que os planos possam optar pela demolição de edifícios legalmente existentes (v.g. no caso dos planos de pormenor). Esta solução terá naturalmente de ser o resultado de uma justa ponderação de interesses públicos e privados que denote a proporcionalidade (e necessidade) do sacrifícios a impor aos privados, determinando sempre o pagamento de uma indemnização por se traduzir numa medida expropriativa.

jurisprudência quanto às aprovações de projectos de arquitectura e às informações prévias (normalmente designadas de *pré-decisões*).¹⁸

Estas situações ficarão, contudo, devidamente salvaguardadas se o plano determinar expressamente nesse sentido, ponderadas as consequências da sua manutenção e as decorrentes da respectiva caducidade, sendo certo que se a opção for neste último sentido, haverá necessariamente lugar a indemnização aos interessados.

Precisamente para garantir a ponderação destas informações prévias, de modo a fornecer ao município os dados necessários para que decida sobre a sua caducidade (com consequências indemnizatórias) ou a sua manutenção sem aquelas, a Portaria n.º 138/2005, de 2 de Fevereiro exige que as mesmas integrem o relatório e ou planta de compromissos que deve acompanhar o plano municipal.¹⁹

δ) Note-se que sendo estas as situações mais frequentes, não fica o município impedido de integrar nesta carta, como situações a manter à margem das normas do novo plano, situações de outro tipo, designadamente de natureza contratual (como as vendas em hasta pública), pelo qual o município assumiu, em determinadas circunstâncias, compromissos urbanísticos.

As hastas públicas assumem aqui particular relevo, porque se trata de situações em que foi o próprio município a alienar terrenos a privados para determinados fins e com

¹⁸ Esta caducidade das informações prévias por ausência da sua salvaguarda pelo novo plano apenas poderá considerar-se válida se resultar de uma ponderação dos direitos dos particulares. Tal caducidade determinará necessariamente o pagamento de uma indemnização aos titulares das mesmas.

¹⁹ De acordo com alguns, a prova de que as informações prévias não são actos constitutivos de direitos decorre do facto de esta sua característica já não constar expressamente da lei, a qual apenas se refere ao seu carácter vinculativo para a câmara municipal se o interessado iniciar um procedimento de licenciamento ou de comunicação prévia no prazo de um ano a contar da notificação da informação prévia e o projecto corresponder àquele que foi objecto de apreciação no âmbito deste. Note-se, porém, que o desaparecimento da menção ao carácter constitutivo de direitos destes actos de gestão urbanística na actual legislação se prende exclusivamente com o facto de o legislador ter, no âmbito do RJUE, alargado a legitimidade para o seu desencadeamento (extensível a qualquer interessado, independentemente de ser ou não titular de um direito que lhe permita, na sua sequência, formular o pedido de licenciamento ou de comunicação prévia. Como tivemos já oportunidade de referir a outro propósito *“Embora este alargamento facilite a possibilidade de um particular interessado na aquisição de um determinado prédio formular um pedido de informação prévia (o que, com o regime anterior, não era possível, visto tal pedido ter de ser sempre formulado pelo próprio proprietário ou titular de um qualquer direito que lhe conferisse a possibilidade de vir a construir no prédio), a verdade é que se o proprietário do prédio não estiver interessado na venda deste (ou na constituição de um qualquer direito que permita a concretização da operação urbanística), a informação prévia favorável de nada serve ao seu titular, visto que, não obstante esta, ele não terá direito ao licenciamento ou autorização se entretanto não tiver adquirido a titularidade de um direito que lhe confira legitimidade para o efeito.”* Apenas por esta razão não se pode afirmar agora, de forma genérica, que a informação prévia favorável é constitutiva de direitos (ao licenciamento ou autorização). Cfr. o nosso *“Que direitos me dá, que direitos me recusas?”*, cit.

determinados parâmetros urbanísticos, pelo que se não fossem salvaguardados pelo plano, para além do princípio da protecção da confiança, haveria violação de importantes princípios jurídicos como o da boa fé nas relações entre a Administração e os particulares, para além de que determinaria a obrigação do pagamento de uma indemnização por o particular não poder concretizar a operação que consta das condições da hasta pública, condições que valorizaram o terreno e pelas quais o privado pagou.

De igual modo se passam as coisas quando em causa estão *contratos para planeamento* os quais, não obstante apenas muito recentemente tenham vindo a receber expressa previsão legal, eram já admissíveis à luz dos princípios gerais do então Código do Procedimento Administrativo, designadamente do princípio liberdade contratual e da atipicidade dos contratos administrativos.

Com efeito, ainda que destes contratos não decorram, em regra, quaisquer direitos urbanísticos, os quais têm os seus efeitos dependentes da respectiva consagração no plano objecto de contratação, pode o seu não cumprimento originar, em certas situações, deveres indemnizatórios para a Administração.²⁰

A sua salvaguarda, por integração nas normas do tipo referido, obedece, por isso, ao mesmo tipo de lógica das restantes situações integradas na planta de compromisso.

ε) Tendo em conta o que foi referido, consideram-se devidamente justificadas, do ponto de vista jurídico, as soluções constantes das normas integradas nos planos directores municipais equivalentes ao artigo 6.º, n.º 2 do Regulamento do Plano Director Municipal da Maia.

Não faz, assim, qualquer sentido o afirmado pelos defensores das ilegalidade destas normas quanto à violação do disposto no artigo 67.º do RJUE, artigo que deve ser devida-

²⁰ Neste sentido *vide* OLIVEIRA, Fernanda Paula “Reflexões sobre Algumas Questões Práticas no Âmbito do Direito do Urbanismo”, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, 2002, e *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2003, OLIVEIRA, Fernanda Paula / LOPES, Dulce “O Papel dos privados no planeamento: Que formas de intervenção?”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 20, 2003, p. 43 e ss e, ainda, João Teixeira Freire, “A Contratação do Conteúdo do Plano Urbanístico – Reflexões em torno dos chamados Acordos de Planeamento entre o Município e os Particulares”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLV, n.ºs 1 e 2, 2004.

Sobre estes contratos já após o Decreto-Lei n.º 316/2008, cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula “As virtualidades das unidades de execução num novo modelo de ocupação do território: alternativa aos planos de pormenor ou outra via de concertação de interesses no direito do urbanismo?” In *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 2, Abril-Junho de 2008, “Contratação pública no direito do urbanismo”, in *Estudos de Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, CEDIPRE, 2008, p. 789 e ss, *Contratos para Planeamento. Da consagração legal de uma prática às dúvidas práticas do enquadramento legal*, Coimbra, Almedina, 2009.

mente compreendido quando determina que a validade dos actos de gestão urbanística se rege pelas normas que estiverem em vigor à data da sua prática.

Como é bom de ver, numa situação destas — em que a licença venha a ser emanada na vigência do novo plano tendo as respectivas informação prévia ou aprovação do projecto de arquitectura sido emanados antes da sua entrada em vigor —, estando em vigor normas do tipo referido, aquela não será nula por violação do plano, precisamente porque este contém uma norma expressa (uma norma sobre a sua aplicação no tempo) que permite a respectiva emissão.

É, por isso, ilógico afirmar-se haver violação de plano quando é o próprio plano que, ao regular uma situação transitória, expressamente admite a emissão da licença nos termos constantes dos actos prévios (aprovação do projecto de arquitectura e informação prévia favorável) que a condicionam.

c) Da legitimidade das regras referentes a ampliações de edifícios preexistentes

Como foi referido *supra*, consideram alguns que violam o disposto no n.º 2 do artigo 60.º do RJUE as normas dos planos directores municipais que estendem o seu regime, apenas previsto para obras de reconstrução e alteração, também às “ampliações”.

Ora, na nossa óptica, esta posição assenta num errado entendimento do sentido a atribuir ao artigo 60.º do RJUE, o qual deve ser feito em consonância com o afirmado quanto à aplicação de normas no tempo. Por este motivo o regime nele estatuído apenas *vale na ausência de uma opção expressa no plano*.

Uma leitura deste normativo que apontasse para o seu carácter imperativo e sem possibilidade de modelação por parte da Administração, implicaria uma impossibilidade de o plano formular as opções de ocupação do território que considerasse mais adequadas. Desde logo, impediria que o município *pudesse optar pela demolição de edifícios em determinadas áreas* (já que o n.º 1 do artigo 60.º determina que as edificações legalmente existentes não são afectadas por normas supervenientes), solução que, desde que cumpridos certos princípios jurídicos, como o da proporcionalidade, é expressamente admitida por lei dando tal solução lugar, naturalmente, a indemnização aos interessados por configurar uma autêntica expropriação acessória ao plano.

Por seu lado, o n.º 2 do artigo 60.º determina que, relativamente a edifícios previamente existentes, podem ser permitidas obras de reconstrução e de alteração (e não já ampliações) *que não cumpram as novas normas entretanto entradas em vigor*. Ora, isto não é claramente o que sucede na situação vertente na medida em que o plano director municipal, ao integrar uma norma daquele tipo, *passa a admitir expressamente ampliações*,

pelo que não está presente o pressuposto de que *as novas normas (no caso o novo plano director municipal) não permitirem estas operações*. Com efeito, não apenas o plano admite expressamente ampliações, como determina os parâmetros a que as mesmas devem obedecer.

Assim, e concluindo, o artigo 60.º apenas se aplica a edifícios previamente existentes *que não cumprem novas normas entretanto entradas em vigor*, situação que não se verifica na situação em análise, já que é o próprio plano que expressamente admite ampliações.

É também neste sentido que deve ser lido o disposto no artigo 67.º do RJUE: os actos de licenciamento (ou agora também as comunicações prévias) devem cumprir *as normas em vigor à data da sua prática: ora, se à data da sua prática estiver em vigor um plano que admite expressamente aquelas operações* (designadamente porque as salvaguardou num artigo como o aqui em referência), então o referido artigo não é posto em causa.

Nacionalidade como requisito de acesso ao notariado e não transposição da Directiva relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais pelo Estado português¹

João Nuno Calvão da Silva

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

No presente texto focaremos dois problemas, distintos mas intrinsecamente ligados: a nacionalidade enquanto condição de exercício da função notarial no ordenamento jurídico luso (I) e o eventual incumprimento do Estado português, em relação ao notariado, da obrigação de transposição da Directiva 89/48/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos (II).

I - Nacionalidade enquanto condição de exercício da função notarial no ordenamento jurídico luso

a) - O problema no ordenamento jurídico nacional

Em Portugal, o artigo 15º, nº 1, da Lei Fundamental, estabelece um princípio geral de igualdade, ou melhor, de extensão aos estrangeiros dos direitos conferidos aos portugueses:

¹ Texto publicado no sítio do CNUe (Conselho do Notariado da União Europeia) desde Dezembro de 2008. Entretanto, veja-se, mais recentemente, no âmbito da regulação dos serviços ao nível das profissões jurídicas e judiciais, incluindo o problema da nacionalidade como condição de acesso à actividade notarial, Marion Ho-Dac, “Les professions juridiques et judiciaires: ‘Par le marché intérieur des services, au-delà du marché intérieur des services’”, in *L’Europe des services – L’approfondissement du marché intérieur*, direcção de Olivier Dubos e Pascal Kauffmann, Editions A. Pedone, Paris, 2009, pág. 77 e ss.

“ Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.”

No entanto, o nº 2 do artigo 15º da Constituição da República Portuguesa consagra excepções a este princípio, dispondo:

“Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.”

De acordo com a melhor doutrina,

“como cláusula geral, ele [o princípio da equiparação] aplica-se aí onde não sejam decretadas expressamente exclusões ou restrições de direitos dos estrangeiros e estas não podem ser tais (ou tantas) que invertam o princípio.”² (parêntesis nosso)

Mais, as exclusões de direitos aos estrangeiros deverão ser determinadas através de lei formal da Assembleia da República (artigo 165º, nº 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa)³ e no respeito do princípio da proporcionalidade.

Ora, nos termos do artigo 25º do Estatuto do Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei nº 26/2004, de 4 de Fevereiro, são requisitos de acesso à função notarial:

- não estar inibido do exercício de funções públicas ou interdito para o exercício de funções notariais (alínea a));
- possuir licenciatura em Direito reconhecida pelas leis portuguesas (alínea b);
- ter frequentado o estágio notarial (alínea c));
- ter obtido aprovação em concurso realizado pelo Conselho do Notariado (alínea d)).

² Vide Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág.133.

³ Neste sentido, vide Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pág. 358.

Gomes Canotilho afirma inequivocamente:

“ Os direitos dos estrangeiros só podem ser definidos através de lei (cfr artigo 168º/b). Nestes termos, consideram-se inteiramente justas (...) duas conclusões fundamentais: (1) o exercício de funções públicas, sem carácter predominantemente técnico, está sempre vedado a estrangeiros, não podendo um ministro autorizar que eles as desempenhem; (2) o exercício de funções públicas meramente técnicas deve ser definido por lei, não tendo a administração a possibilidade de qualquer valoração própria ou de definição de critérios em tal matéria.” Vide Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, 3ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 419.

Pelo exposto, *prima facie*, em Portugal, a profissão do notariado parece não se encontrar reservada aos cidadãos portugueses, porquanto a nacionalidade não consta do elenco, taxativo, de pressupostos de acesso a esta actividade. Valeria, assim, a cláusula geral prevista no artigo 15º, nº1, da CRP.

Naturaliter, em nossa opinião, uma lei parlamentar podia ter permitido expressamente o acesso ao notariado apenas a portugueses, pois os notários praticam actos de autoridade em nome do Estado. Com este fundamento, teríamos uma restrição necessária, adequada e proporcional ao princípio da equiparação previsto no artigo 15º, nº1, da CRP.

No entanto, é o texto constitucional a excluir os estrangeiros do exercício da função notarial. Com efeito, o exercício do notariado configura um caso de exercício de funções públicas que não têm carácter predominantemente técnico (cfr artigo 15º, nº 2, da CRP): o notário, num quadro de privatização, não perde a sua condição de oficial público, conforme se encontra expressamente consagrado no artigo 1º, nº 2, do Estatuto do Notariado⁴, e a sua actividade envolve fundamentalmente o exercício de autoridade.

Como ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira, a propósito do que há-de entender-se por “funções públicas que não tenham um carácter predominantemente técnico”,

“a ideia constitucional deve, todavia, pretender excluir o exercício por estrangeiros de funções públicas que incluam o exercício de poderes públicos quer no âmbito interno da administração (funções de direcção e chefia), quer no respeitante a terceiros (actos de autoridade).”⁵

Destarte, estando a lei formal da Assembleia da República (artigo 165º, nº 1, alínea b), da CRP) heteronomamente vinculada ao disposto no artigo 15º da CRP, não poderia, por isso, conceber-se opção legal de exclusão do requisito da nacionalidade como condição de acesso à profissão de notário.

⁴ Dispõe o artigo 1º, nº 2, do Estatuto do Notariado:

“ O notário é, simultaneamente, um oficial público que confere autenticidade aos documentos e assegura o seu arquivamento e um profissional liberal que actua de forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados.”

⁵ Vide Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Ob cit*, pág. 358.

Em resumo: conforme decorre da Lei Fundamental portuguesa, os estrangeiros⁶ não podem ser notários em Portugal, mesmo quando verificados todos os requisitos de acesso à profissão estipulados pelo artigo 25º do Estatuto do Notariado.

b) – Da compatibilidade da solução nacional com o Direito Comunitário

1 – Direito de estabelecimento e artigo 45º TCE

Em nossa opinião, a solução do ordenamento jurídico português é perfeitamente compatível com a ordem jurídica comunitária, designadamente com o princípio do tratamento nacional num dos domínios integrantes da liberdade de circulação de serviços, o direito de estabelecimento⁷.

Na verdade, o direito de estabelecimento conhece restrições e excepções várias, destacando-se, para a questão que nos ocupa, a excepção constante do artigo 45º, parágrafo 1º, o qual estabelece:

“As disposições do presente capítulo não são aplicáveis às actividades que, num Estado-Membro, estejam ligadas, ainda que ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública”.

Tradicionalmente, entendia-se que esta excepção abrangia

⁶ Ao abrigo do artigo 12º do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, assinado em Porto Seguro em 22 de Abril de 2000,

“ Os portugueses no Brasil e os brasileiros em Portugal, beneficiários do estatuto de igualdade, gozarão dos mesmos direitos e estarão sujeitos aos mesmos deveres dos nacionais desses Estados (...)”.

Deste modo, os cidadãos brasileiros a quem tiver sido concedido o estatuto de igualdade, nos termos do Decreto-Lei nº 154/2003, de 15 de Julho, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres dos cidadãos portugueses, pelo que podem exercer funções notariais.

Esta possibilidade, excepcional, de cidadãos estrangeiros (brasileiros) serem notários em Portugal não viola a Lei Fundamental portuguesa, porquanto esta prevê no seu artigo 15º, nº3:

“ Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.”

⁷ Dispõe o artigo 43º do TCE:

“ No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta liberdade abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais e filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (...)”

“qualquer tarefa ou missão que por sua natureza incumbe aos poderes públicos, ainda que exercida por pessoa que não sendo funcionário público, cumpre tais funções por força de investidura ou por delegação de poderes públicos.”⁸

Actualmente, acrescenta-se:

“deve entender-se que não basta a prática casual de actos de autoridade pública – por exemplo, não basta o contacto ocasional com tribunais -, como pode suceder na advocacia.”⁹

Na verdade, o TJCE, no Acórdão *Reyners*¹⁰, defende que a reserva do artigo 45º do TCE (anterior artigo 55º) incluía somente as actividades

“que, por si só consideradas, constituem uma participação directa e específica no exercício da autoridade pública”

Neste aresto, o TJCE concretizou ainda:

“não se pode admitir tal extensão (da excepção do artigo 45º, 1º parágrafo) quando, no âmbito de uma profissão liberal, actividades que estejam eventualmente ligadas ao exercício da autoridade pública constituam um elemento cindível do conjunto da actividade profissional em causa.”¹¹

⁸ Vide Mota de Campos, *Direito Comunitário*, volume III, 7ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995, págs. 412 e 413.

⁹ Vide Miguel Gorjão – Henriques, *Direito Comunitário – Sumários desenvolvidos*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 494.

¹⁰ Cfr Acórdão Jean Reyners c. Reino da Bélgica, de 21/06/1974, processo 2/74, in www.eu.int. Sobre este aresto jurisprudencial e a excepção ao direito de estabelecimento constante do artigo 45º do TCE, vide Ana Maria Guerra Martins, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 556 e 557, João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, Tomo I – Parte Geral, Almedina, 2005, págs. 259 e 260, Paul Craig/Gráinne de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 3ª edição, Oxford University Press, págs. 769 a 771, e Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com poderes públicos – O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 92 e ss.

Para uma interessante comparação entre a liberdade de circulação de serviços no espaço comunitário e no Mercosul, vide Werter R. Faria, “ Livre circulação de serviços na Comunidade Europeia e no Mercosul”, in *Temas de Integração*, 5º volume, 1º semestre de 2000, número 9, Almedina, Coimbra, pág. 5 e ss.

¹¹ Pelo exposto em texto, o Tribunal concluiu pela não aplicabilidade da excepção do artigo 45º, parágrafo 1º, às “actividades mais típicas da profissão de advogado”: ainda quando as suas “prestações profissionais impliquem contactos, mesmo regulares e orgânicos, com os órgãos jurisdicionais, mediante a participação, mesmo obrigatória, no seu funcionamento, não constituem uma participação no exercício da autoridade pública”, porquanto não interferem “com a apreciação da autoridade jurisdicional e o livre exercício do poder jurisdicional.”

Mais recentemente, embora a propósito da livre circulação de trabalhadores e da excepção prevista para os empregos na administração pública (artigo 39º, nº 4, do TCE), importa recordar a posição do TJCE no Acórdão *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contra Administración del Estado*:

“No caso em apreço, há que referir que o direito espanhol confere aos comandantes e aos imediatos dos navios mercantes com bandeira espanhola, por um lado, prerrogativas ligadas à manutenção da segurança e ao exercício de poderes de polícia, designadamente em caso de perigo a bordo, acompanhados, eventualmente, de poderes de inquérito, de coerção ou de sanção, que vão além da simples contribuição para a manutenção da segurança pública pela qual qualquer indivíduo é responsável, e, por outro, atribuições em matéria notarial e de registo civil, que não podem ser explicadas unicamente pelas necessidades do comando do navio. Estas funções constituem uma participação no exercício de prerrogativas de autoridade pública para fins de salvaguarda dos interesses gerais do Estado da bandeira.” (negrito nosso)¹²

Desta forma, se o TJCE admite que as funções notariais exercidas por comandantes e imediatos constituem participação no exercício da autoridade pública, por maioria de razão, quando aquelas funções sejam exercidas pelos notários não poderá, em nossa opinião, o Tribunal chegar a diferente conclusão.

2 – Notariado português: exercício de autoridade pública?

2.1 – Notário: delegatário de autoridade pública?

No ordenamento jurídico português, o notário é, simultaneamente, oficial público e profissional liberal, sendo inseparáveis estas dimensões, conforme, aliás, decorre expressamente do artigo 1º, nº 3, do Estatuto do Notariado:

“A natureza pública e privada da função notarial é incindível.”

Deste modo, o notariado consubstancia uma função tipicamente de autoridade pública, embora praticada num contexto de privatização¹³. Nos termos do artigo 1º, nº 2, do Estatuto do Notariado,

¹² Cfr Acórdão *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contra Administración del Estado*, Processo C-405/01, de 30 de Setembro de 2003, parágrafo 42, in www.eu.int.

¹³ Trata-se, assim, de um verdadeiro serviço de interesse geral, isto é, um serviço público outrora desempenhado por agentes públicos e actualmente entregue a privados, por razões de eficiência e diminuição dos custos públicos. Estes privados estão, porém, sujeitos às denominadas obrigações de serviço público, impostas pelo Estado, em atenção aos interesses públicos subjacentes à sua actividade.

“O notário é, simultaneamente, um oficial público que confere autenticidade aos documentos e assegura o seu arquivamento e um profissional liberal que actua de forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados.” (negrito nosso)

Mutatis mutandis, no quadro de um sistema de notariado latino, o notário outorga a fé pública por delegação do Estado no contexto de uma profissão liberal. Enquanto oficial público, o notário é titular de prerrogativas de autoridade pública, simbolizadas no uso do selo branco (artigo 21º do Estatuto do Notariado¹⁴). A consagração de um *numerus clausus* no acesso à função (artigo 6º do Estatuto do Notariado), a delimitação territorial da competência (artigo 7º do Estatuto do Notariado), a definição do regime de substituições (artigos 9º e 48º do Estatuto do Notariado e artigo 9º do Estatuto da Ordem dos Notários) e a obrigação de subscrição de seguro profissional (artigo 23º, nº 1, alínea m), do Estatuto do Notariado) são também reveladores da regulação estadual da actividade notarial e da preocupação em garantir a realização dos valores servidos pela fé pública.

No âmbito da vertente de oficial público, relativamente à fiscalização e disciplina, o notário depende do Ministério da Justiça, concentrando a Ordem dos Notários a sua acção na

Por isso, no contexto do coevo Estado Regulador, os notários encontram-se sujeitos a apertada regulação estadual, constituindo também caso claro de entidades privadas que exercem poderes públicos.

Sobre os SIG, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, Manuel Lopes Porto, “Serviços públicos e regulação em Portugal”, *in Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, ano 1, nº 3, Editora Fórum, Belo Horizonte, Julho/Setembro 2003, e Vital Moreira, “Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia”, *in Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, ano 1, nº 1, Editora Fórum, Belo Horizonte, Abril/Junho 2003.

Especificamente, sobre o desenvolvimento do fenómeno regulatório no quadro do processo de integração comunitária, *vide* Luís Silva Morais, “A Função reguladora e as estruturas de regulação na União Europeia”, *in A Europa e os desafios do século XXI*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 323 e ss. Em geral, sobre a ideia de constituição económica comunitária, *vide* Paz Ferreira, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2003, pág. 295 e ss.

¹⁴ Dispõe o artigo 21º do Estatuto do Notariado, sob a epígrafe de “Prerrogativa de uso de símbolo da fé pública”:

1. O notário tem direito a usar, como símbolo da fé pública, selo branco, de forma circular, representando em relevo o escudo da República Portuguesa, circundado pelo nome do notário e pela identificação do respectivo cartório, de acordo com o modelo aprovado por portaria do Ministério da Justiça.
2. O notário tem ainda direito a usar o correspondente digital do selo branco, de acordo com o disposto na lei reguladora dos documentos públicos electrónicos.
3. O selo branco e o seu correspondente digital, pertença de cada notário, são registados no Ministério da Justiça e não podem ser alterados sem autorização do Ministro da Justiça.
4. Em caso de cessação definitiva de funções, o Ministério da Justiça deve ser informado de imediato, podendo autorizar o uso do selo branco e o do seu correspondente digital pelo substituto designado pela direcção da Ordem dos Notários, devendo, nesses casos, fazer-se expressa menção da situação em que é usado o selo branco ou o seu correspondente digital.” (negrito nosso)

esfera deontológica dos notários (cfr preâmbulo e artigo 57º e ss do Estatuto do Notariado e artigos 28º, nº 2, alínea h), 41º e ss do Estatuto da Ordem dos Notários)¹⁵.

Também a responsabilidade do Ministério da Justiça na abertura dos concursos de licenciamento (artigo 34º do Estatuto do Notariado), a atribuição das licenças de instalação de cartório notarial por despacho do Ministro da Justiça (artigo 35º do Estatuto do Notariado) e o início da actividade notarial ter lugar com a tomada de posse perante este governante e o bastonário da Ordem dos Notários (artigo 38º do Estatuto do Notariado) desnudam a função pública do notário, assente numa relação de confiança deste com o Estado.

Numa palavra: o notário, em Portugal, é um depositário do *ius imperium* estadual, ou, na expressão do preâmbulo do Estatuto do Notariado, um “delegatário da fé pública, consultor imparcial e independente das partes, exercendo uma função preventiva de litígios”.

Por último, em nossa opinião, contestar a “participação directa e específica na autoridade pública” pelo notariado é incongruente, porquanto em inúmeras fontes de direito comunitário a especificidade da função notarial, atenta a sua natureza de poder público, é reconhecida¹⁶.

¹⁵ Estabelece o artigo 42º do Estatuto da Ordem dos Notários:

“1 - A responsabilidade disciplinar prevista no artigo anterior [responsabilidade disciplinar dos notários perante a Ordem dos Notários] é independente da responsabilidade civil ou criminal e ainda da responsabilidade disciplinar dos notários enquanto oficiais públicos.

2 - O procedimento disciplinar previsto neste Estatuto pode ser suspenso até ser proferida decisão noutra jurisdição.” (parêntesis e negrito nossos)

¹⁶ Destaque-se o disposto na Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos serviços no mercado interno, considerando-se os notários, enquanto serviço de interesse geral, não abrangidos no seu âmbito de aplicação (artigo 2º, nº 2, alínea l)). E isto, apesar das resistências britânicas...! Sobre esta e outras excepções à “Directiva dos serviços”, vide João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado...*, cit, pág. 274 e ss.

A título de exemplo, lembrem-se igualmente o artigo 1º, parágrafo 5º, alínea d), da Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000 (Directiva sobre o comércio electrónico), o artigo 57º, parágrafo 1, do Regulamento CE nº 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000, o documento de trabalho da Comissão SEC (2005) 1064 de 5 de Setembro de 2005, onde se reconhece que o “notariado latino” participa na “emissão de actos autênticos e executa funções quase judiciais.” (parágrafo 71, ponto 33), o artigo 1º da Directiva 77/249/CEE, de 22 de Março de 1977, tendente a facilitar o exercício efectivo da livre prestação de serviços pelos advogados e o artigo 5º da 98/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, tendente a facilitar o exercício permanente da profissão de advogado num Estado-Membro diferente daquele em que foi adquirida a qualificação profissional.

2.2 – Competências notariais: exercício de autoridade pública?

Embora o sentido do conceito de autoridade pública do artigo 45º do TCE tenha de ser determinado nos termos do direito comunitário pelo TJCE, importa averiguar as funções e competências notariais previstas na legislação nacional de cada Estado-Membro.

No dizer da Comissão, “Para se responder à questão de saber o que é ‘autoridade pública’, na acepção do artigo 45º CE, é necessário, por um lado, seguir o entendimento nacional sobre a matéria. Actividades que num Estado-Membro não constituam exercício da autoridade pública não podem ser invocadas para efeitos da excepção, mesmo que as mesmas actividades, noutros Estados-Membros, se incluam no exercício da autoridade pública. Por outro lado, o sentido e âmbito do conceito de autoridade pública do artigo 45º CE têm de ser determinados nos termos do direito comunitário e o seu significado tem de ser interpretado autónoma e unitariamente pelo Tribunal de Justiça.”¹⁷

Destarte, do Código Civil português resulta que a declaração feita pelo notário no uso das suas competências, na prossecução da sua actividade documentadora e com base na sua percepção, goza de *força probatória plena*, servindo para, por si só, demonstrar os factos por ele atestados (cfr artigos 369º, nº 1, 370º, nº 1 e 371º, nº 1).

Por outro lado, os documentos elaborados ou autenticados por notário que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação constituem *título executivo* à semelhança de qualquer sentença condenatória (cfr artigo 46º, nº 1, alínea b), do Código de Processo Civil).

Por fim, ao conceder *fé pública* a actos jurídicos e contratos (artigo 1º, nº 1, do Estatuto do Notariado, e artigo 1º, nºs 1 e 2, do Código do Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei nº 207/95, de 14 de Agosto), *a actividade notarial pressupõe aconselhamento jurídico, não se podendo separar ambas as tarefas*: o esclarecimento da vontade das partes e a assessoria jurídica são dimensões da actividade notarial indissociáveis da prática de actos de autoridade pública pelo notário.

Pelo exposto, o notariado luso deve ser enquadrado na excepção ao direito de estabelecimento prevista no artigo 45º do TCE, porquanto as prerrogativas de autoridade pública atribuídas aos notários portugueses não são meramente acessórias ou marginais¹⁸; tipi-

¹⁷ Cfr Processo C-54/08, Comissão das Comunidades Europeias/República Federal da Alemanha, acção intentada em 12 de Fevereiro de 2008, que se encontra pendente.

¹⁸ Em relação ao notariado alemão, concluindo no mesmo sentido, *vide* Nicola Preuss, “Kompetenzkonflikt zwischen Europäischer Union und Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Notarrechts”, *in* GPR, 1/08, em especial pág. 8 e ss.

camente, a actividade notarial, em Portugal, para cumprir os interesses públicos de que está incumbida tem de recorrer, necessariamente, ao exercício da *potestas* pública¹⁹.

Naturaliter, a actividade do notário não pode ser comparada com a do juiz²⁰. Diferentemente deste, aquele não impõe decisões a terceiros, o que não significa a inaplicabilidade do artigo 45º do TCE ao notariado: a celebração de escrituras públicas (incluindo a emissão das respectivas certidões), representativa de 70% da actividade dos cartórios notariais lusos, não pode deixar de ser considerada como participação directa e específica no exercício de autoridade pública²¹; os poderes coercitivos não esgotam as prerrogativas exorbitantes do direito comum características do *ius imperium* estadual.

¹⁹ Segundo informação da Ordem dos Notários, a elaboração de escrituras públicas (incluindo a emissão das correspondentes certidões), paradigma do acto autêntico, corresponde a cerca de 70% da actividade dos cartórios notariais em Portugal, isto é, sem essa tarefa a função notarial praticamente não existiria.

Dito de outro modo: a celebração de escrituras públicas é prática principal e essencial da actividade dos notários portugueses, os quais exercem, assim, a autoridade pública de modo regular e habitual.

No Acórdão *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contra Administración del Estado*, Processo C-405/01, de 30 de Setembro de 2003, o TJCE, a propósito da livre circulação de trabalhadores, considerou:

“O artigo 39º, nº 4, TCE deve ser interpretado no sentido de que só autoriza um Estado-Membro a reservar os empregos de capitão e de imediato dos navios mercantes com a sua bandeira aos seus nacionais na condição de as prerrogativas de autoridade pública atribuídas aos capitães e aos imediatos destes navios serem efectivamente exercidas de maneira habitual e não representarem uma parte muito reduzida das suas actividades.

Com efeito, o alcance desta derrogação à livre circulação de trabalhadores no que respeita aos empregos na Administração Pública deve ser limitado ao estritamente necessário para a salvaguarda dos interesses do Estado-Membro em causa, a qual não pode ser posta em causa se as prerrogativas de autoridade pública apenas forem exercidas de maneira esporádica, ou mesmo excepcional, pelos nacionais de outros Estados-Membros:”

Em termos similares, cfr Acórdão Anker (Processo C-47/02, ponto 63) e, mais recentemente, Acórdãos Comissão/França (Processo C-89/07, ponto 14), de 11 de Março de 2008, e Comissão/Itália (Processo C-447/07, ponto 21), de 11 de Setembro de 2008.

Destarte, de acordo com o TJCE, o requisito da nacionalidade como condição de acesso a qualquer actividade (trabalho ou prestação de serviços) pode ser exigido desde que as prerrogativas públicas atribuídas aos profissionais sejam exercidas de forma não episódica. Como sucede com os notários...

²⁰ A título de exemplo, veja-se a argumentação da Comissão na acção intentada em 12 de Fevereiro de 2008 contra a República Francesa:

“Segundo a Comissão, as funções que são atribuídas aos notários franceses revestem, no entanto, um grau de participação tão reduzido para esse exercício [exercício de autoridade pública] que não podem cair no âmbito de aplicação desse artigo [artigo 45º do TCE] e justificar semelhante entrave à liberdade de estabelecimento.

Com efeito, por um lado, essas tarefas [tarefas notariais] não conferem aos notários reais poderes de vinculação e as funções e estatutos respectivamente de juiz e de notário são efectivamente diferentes.” (parêntesis nossos).

²¹ No acórdão Comissão contra Itália, de 13 de Dezembro de 2007, relativo à aplicação do artigo 45º do TCE, afirma o TJCE:

Noutros termos: a reserva para os nacionais do exercício da actividade notarial não pode, em nossa opinião, deixar de ser considerada legítima do ponto de vista do direito comunitário; sugerir “a sujeição dos operadores em causa [notários] a condições estritas de acesso à profissão, a deveres profissionais especiais e/ou a uma fiscalização específica” em vez do requisito de nacionalidade porque aquelas são “medidas menos restritivas” do direito de estabelecimento²², parece-nos intromissão abusiva (e errada) em domínios reservados à opção estadual. Com efeito, a condição da nacionalidade não se prende directamente com a aptidão dos candidatos ao exercício da função notarial, não visando garantir a aptidão pessoal e profissional dos candidatos à profissão; o objectivo do requisito da nacionalidade para o acesso ao notariado consiste apenas no estabelecimento de relação leal e estreita dos notários com o respectivo Estado.^{23/24}

II - Não transposição da Directiva 89/48/CEE

A Directiva 89/48/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, visava criar um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos no espaço comunitário. Tratava-se de instrumento de direito comunitário derivado que procurava abolir obstáculos à livre circu-

“quanto à argumentação relativa ao valor probatório dos autos de notícia levantados pelos guardas particulares ajuramentados, deve referir-se que, como reconheceu, de resto, a própria República Italiana, os referidos autos de notícia não fazem fé plena, ao invés dos que são levantados no pleno exercício da autoridade pública, em particular pelos agentes da polícia judiciária.” (negrito nosso)

Ora, nos termos do artigo 371º, nº 1, do Código Civil português,

“Os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pelo autoridade ou oficial público respectivo, assim como os factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade documentadora; os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador”.

Numa palavra: o TJCE admite, expressa e inequivocamente, que os actos autênticos (*v.g.*, escrituras públicas) são revestidos de “pleno exercício da autoridade pública”.

²² Exemplificativamente, cfr Processos C-47/08 (acção intentada em 11 de Fevereiro de 2008 - Comissão das Comunidades Europeias/Reino da Bélgica), C-50/08 (acção intentada em 12 de Fevereiro de 2008 - Comissão das Comunidades Europeias/República Francesa), C-51/08 (acção intentada em 12 de Fevereiro de 2008 - Comissão das Comunidades Europeias/Grão Ducado do Luxemburgo), C-54/08 (acção intentada em 12 de Fevereiro de 2008 - Comissão das Comunidades Europeias/Alemanha), *in www.eu.int*.

²³ Ora, como ensina Pedro Gonçalves, “O sentido da excepção do artigo 45º é o de permitir aos Estados-membros reservar a nacionais seus o acesso a actividades associadas ao exercício de poderes através dos quais se manifesta a autoridade pública estadual e que, por isso, reclamam exigências particulares de legitimação, de confiança e de lealdade de quem as desempenha para com o Estado.” *Vide* Pedro Gonçalves, *ob cit*, pág. 96.

²⁴ Para uma análise de posição contrária, adoptada pela Comissão, *vide* C. Nourissat, “Avis motive? Sur la condition de nationalité des notaires – Une tempête dans un verre d’ eau? Pás si sûr...”, *in JCP N*, 2006, págs. 1931-1935.

lação de pessoas e serviços, através do estabelecimento de mecanismos que permitissem aos nacionais dos Estados-Membros exercer profissão independente ou assalariada noutro Estado-Membro que não aquele onde haviam adquirido as respectivas qualificações profissionais.

Esta Directiva, porém, considerava que

“o sistema geral de reconhecimento de diplomas do ensino superior em nada prejudica a aplicação do nº 4 do artigo 48º e do artigo 55º do Tratado” (cfr considerando nº 12),

pelo que ela não se aplicava ao notariado, entendido como actividade ligada de forma directa e específica ao exercício de autoridade pública.

Actualmente, encontra-se em vigor a Directiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, a qual, nos termos do seu artigo 62º, revoga, com efeitos a partir de 20 de Outubro de 2007, a Directiva 89/48/CEE.

Ora, no considerando nº 41 da Directiva 2005/36/CE, e na linha do considerando nº 12 da Directiva 89/48/CEE, diz-se expressamente:

“ A presente directiva não prejudica a aplicação do nº4 do artigo 39º e do artigo 45º do Tratado, designadamente no que diz respeito aos notários.”

Deste inciso, só pode retirar-se uma de duas conclusões:

- a) a Directiva 2005/36/CE quis eliminar dúvidas e incluir os notários no âmbito da excepção do artigo 45º do TCE, afastando, assim, a aplicação da sua regulamentação ao notariado;
- b) a Directiva 2005/36/CE, apesar de a inclusão da função notarial no âmbito da excepção do artigo 45º do TCE poder ser considerada controvertida, quis eliminar quaisquer equívocos quanto à não aplicação das suas disposições (v.g., artigos 13º e 14º) ao notariado.

Pelos argumentos invocados ao longo do presente estudo e em razão do elemento literal (“designadamente”), somos da opinião de que o considerando nº 41 da Directiva 2005/36/CE pressupõe a aplicação do artigo 45º do TCE à actividade notarial e subtraiu esta, de forma expressa e inequívoca, do âmbito da Directiva referida²⁵.

²⁵ De acordo com jurisprudência constante do TJCE, os considerandos, ao precisarem a vontade do legislador comunitário, constituem elemento determinante de interpretação do direito comunitário. Exemplificativamente, cfr acórdãos Michel, processo 76/72, de 11 de Abril de 1973 e Garcia, processo C-238/94, de 23 de Março de 1996.

Em qualquer das hipóteses, porém, em relação ao notariado, não tem o Estado português de transpor a Directiva 2005/36/CE, não se verificando incumprimento estadual sindicável pela Comissão ao abrigo da acção de incumprimento, prevista nos artigos 226º a 228º do TCE²⁶.

²⁶ Não compreendemos, por isso, a acção por incumprimento proposta contra Portugal pela Comissão a 12 de Fevereiro de 2008, tendo por base a seguinte fundamentação:

“A Comissão considera que o Estado português, não permitindo aos notários de outros Estados-Membros o exercício da profissão em Portugal, se tiverem o direito de a exercer num Estado-Membro em que for uma profissão regulamentada ou se a tiverem exercido, nos termos previstos, num Estado-Membro em que não for uma profissão regulamentada, não dá cumprimento aos deveres que lhe incumbem por força do artigo 13º da Directiva 2005/36.

Em qualquer caso, exigindo aos candidatos a notário a licenciatura em Direito por universidade portuguesa ou habilitação académica equivalente face à lei portuguesa, o Estado português também não dá cumprimento aos deveres que lhe incumbem por força dos artigos 13º e 14º da mesma directiva.

Por outro lado, exigindo aos candidatos a notário antes da frequência do estágio, a aprovação em provas públicas destinadas a testar os seus conhecimentos gerais de Direito, o Estado português também não dá cumprimento aos deveres que lhe incumbem por força dos artigos 14º, nº 3, e 3º, alínea h), da Directiva 2005/36.

A Comissão considera assim que o Estado português não procedeu à transposição da Directiva 2005/36 no que respeita à profissão de notário.”

Na verdade, a Comissão, em nossa opinião, parte de pressuposto errado: o da aplicabilidade da Directiva 2005/36/CE, em relação aos notários. Não conseguimos vislumbrar, com efeito, porque se há-de omitir por completo o considerando nº 41 desta Directiva, acima transcrito, tratando o notariado como qualquer outra profissão regulamentada, em relação à qual a Directiva é plenamente aplicável. Qual é então o efeito útil do considerando mencionado?

Somos da opinião de que o considerando nº 41 da Directiva 2005/36/CE não oferece margem para diferentes interpretações: os notários são excluídos do âmbito de aplicação desta Directiva. Diferentemente do que sucedia com o considerando nº 12 da Directiva 89/48/CEE, aquele considerando afasta, expressa e inequivocamente, a profissão de notário do elenco de profissões regulamentadas sujeito à Directiva 2005/36/CE.

A haver acção por incumprimento contra Portugal, esta deveria ter sido intentada por causa da exigência da nacionalidade portuguesa como condição de acesso à profissão de notário, à semelhança do que foi invocado em acções contra a Alemanha (cfr Processo C-54/08) e a França (cfr Processo C-50/08). Ao contrário das leis notariais destes países, do Estatuto do Notariado português não consta a nacionalidade como requisito de acesso à profissão de notário, mas, como procurámos demonstrar *supra* (cfr I, a)), tal exigência decorre da Constituição da República Portuguesa.

Pensamos que a razão pela qual a Comissão não propôs acção por incumprimento contra Portugal com fundamento na imposição do requisito da nacionalidade para o acesso à profissão de notário foi a de não considerar o notariado como função pública sem carácter predominantemente técnico (cfr artigo 15º, nº 2, da CRP) e, por isso, não configurar outros requisitos para ser notário para além dos previstos no artigo 25º do Estatuto do Notariado, acima transcrito. Todavia, como temos tentado demonstrar, o notariado português, porque envolve, no grosso das suas actividades, o exercício da autoridade pública, não pode deixar de ser enquadrado no âmbito das “funções públicas sem carácter predominantemente técnico” e ser, por isso, necessariamente reservado a nacionais.

Após a publicação do presente texto no sítio da CNUE, em Dezembro de 2009, a Comissão iniciou o procedimento previsto no artigo 226º do TCE contra Portugal com fundamento na exigência da nacionalidade como requisito de acesso ao notariado. A Comissão justificou assim este passo: “ficou recentemente claro

Nota final:

Na base das acções intentadas contra a Bélgica (C/47/08), França (C/50/08), Luxemburgo (C/51/08), Portugal (C/52/08), Áustria (C/53/08) e Alemanha (C/54/08) não está apenas em causa a compatibilidade da condição da nacionalidade para o acesso ao notariado com o direito comunitário ou a não transposição da Directiva 89/48/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988. No fundo, estas questões não são mais do que meros pretextos para dissimular o essencial: a tentativa anglo-saxónica de comunitarizar o seu modelo de notariado.

Na verdade, a aplicação à função notarial da liberdade de prestação de serviços, a eliminação do requisito da nacionalidade e a rejeição da aplicabilidade do artigo 45º do TCE foram bandeiras levantadas pelo Reino Unido (*v.g.*, ingleses e galeses)²⁷ ... Mais recentemente, este país requereu intervir no âmbito da acção proposta contra a Alemanha pela Comissão Europeia, apoiando esta. Vale por dizer: em causa, neste e em todos os processos análogos, está a contraposição entre o modelo de notariado anglo-saxónico e escandinavo, por um lado, e o sistema continental europeu, de matiz latina, por outro.

Como ensina Joaquim Barata Lopes²⁸, o notariado do tipo latino, de influência romano-germânica,

“caracteriza-se, basicamente, por ser de justiça preventiva, em que o Estado intervém logo aquando da titulação dos negócios jurídicos, através do oficial público que é o notário, que como delegatário da fé pública do Estado, confere autenticidade aos documentos que elabora e aos actos que pratica ou em que intervém.

É o notário – simultaneamente, oficial público pelas funções públicas que exerce e profissional liberal, pela forma como presta o seu serviço – que assim dá forma legal à vontade das partes, que conforma a vontade das partes à lei, que controla e assegura a legalidade.

É o Estado que, desta forma, dá garantias de verdade, de certeza, de segurança jurídica.”

que as autoridades estão a interpretar a Constituição portuguesa de modo a restringir o acesso à profissão de notário aos nacionais portugueses.”

²⁷ Cfr relatório publicado pelo notariado britânico no sítio www.notaries.org.uk, consultado a 22/02/08.

²⁸ Vide Joaquim Barata Lopes, “Nota Introdutória à 2ª edição do Código do Notariado Anotado”, in *Código do Notariado Anotado – Legislação complementar e formulários*, 2ª edição (actualizada), *Quid Iuris*, 2007, pág. 9.

Em termos semelhantes, mas apresentando classificação diferente, Fernando Neto Ferreirinha e Zulmira Neto Lino da Silva apresentam três sistemas de notariado: latino, anglo-saxão e administrativo. Vide Fernando Neto Ferreirinha e Zulmira Neto Lino da Silva, *Manual de Direito Notarial – Teoria e Prática*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 23-24.

Por outra banda, continua o mesmo autor, nos sistemas de *common law*,

“os respectivos Estados entendem que não se justifica a sua intervenção, logo aquando da titulação dos negócios jurídicos, reservando a intervenção pública para uma fase posterior, se e quando surgirem os conflitos, em que exercerá o *ius imperii* para os dirimir.

(...) O que acontece é que em países como os Estados Unidos ou o Reino Unido, as partes contratantes tentam garantir a conformidade da sua vontade negocial à lei e a segurança jurídica dos seus negócios e das suas transacções imobiliárias, em particular, através da contratação de assessores jurídicos, de coberturas de seguros dos títulos, de tal forma que esses objectivos serão tanto mais conseguidos quanto maior for a capacidade económica das partes”

Mutatis mutandis, nos países com modelo de matriz latina, os actos jurídicos com consequências pessoais ou patrimoniais importantes são submetidos a controlo jurídico preventivo, assegurado, designadamente, pelo notário, na sua qualidade de oficial público. Trata-se de um sistema de justiça preventiva que visa garantir a segurança jurídica e prevenir litígios.

Por outro lado, no espaço da *common law* e nos países escandinavos, a administração da justiça estadual repousa exclusivamente na jurisdição contenciosa, isto é, no dirimir judiciário dos pleitos. No sistema legal anglo-americano, os *notaries* são inteiramente alheios à produção dos documentos, não se reconhecendo o instituto do acto autêntico.

Apesar de o notariado latino existir em 21 dos 27 Estados – Membros da Comunidade Europeia, a Comissão é claramente apologista da anglo-saxonização da função notarial. Em documento de trabalho oficial apresentado à OCDE (cfr ponto 6), a Comissão Europeia confessa, no âmbito do contencioso sobre o requisito da nacionalidade no acesso ao notariado, expressa e inequivocamente:

“O número e a localização dos notários são controlados de forma apertada de acordo com certos critérios objectivos. Isto baseia-se na premissa de que os notários são titulares de uma função pública e exercem autoridade pública. (...) A Comissão não aceita porém a asserção de que as actividades notariais consubstanciem o exercício de autoridade pública e a questão está actualmente em discussão em várias acções por incumprimento intentadas pela Comissão com fundamento nas regras do Mercado Interno da Comunidade Europeia (liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços) contra cláusulas de nacionalidade encontradas em diversos países de notariado latino, segundo as quais apenas os nacionais dos respectivos países podem ser notários. Pelo contrário, a Comissão defende que as actividades notariais (...) caiam no âmbito de aplicação da Constitui-

ção económica do TCE, incluindo a política de concorrência comunitária e as regras sobre o mercado interno. Consequentemente, a profissão notarial não deve ser tratada diferentemente de qualquer outra profissão.”

Em Portugal, as modificações legais ocorridas nos últimos anos apontam indubitavelmente no sentido da aproximação ao sistema de notariado da *common law*. A desvalorização do papel de oficial público do notário e a concomitante equiparação da sua intervenção ao de qualquer outro profissional liberal revelam influências britânicas (macaenses?) evidentes.

Não sendo esta a sede adequada para reflectir criticamente sobre a mudança de paradigma do notariado em curso no nosso país, não podemos deixar de questionar a ânsia dos responsáveis governamentais em tão apressadamente porem em causa tradições jurídicas ancestrais e profundamente enraizadas na cultura social lusa. Num contexto de funcionamento moroso e deficiente dos tribunais, temos dúvidas sobre a mais valia de muitas medidas simplificadoras e tememos pela segurança do comércio jurídico²⁹. □

²⁹ Considerando várias medidas legislativas recentes atentatórias da segurança e certeza jurídicas, *vide* João Nuno Calvão da Silva, “Procuração (artigo 116º do Código do Notariado e artigo 38º do Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de Março)”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, II, Lisboa, Setembro, 2007, pág. 731 e ss, em especial, pág. 750.

Breves reflexões sobre os novos regimes das Associações de Municípios e das Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto

João Pacheco Amorim

Professor da Faculdade de Direito do Porto

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza jurídica das associações públicas de municípios; em especial, as Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto. 3. A estrutura orgânica dos municípios: o regime local de separação de poderes; o presidencialismo municipal. 4. Os novos regimes das associações de municípios e das Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto face aos limites decorrentes do modelo constitucional de articulação orgânica e funcional entre os municípios e as suas associações. 5. Considerações finais.

1. Introdução

1.1. Propomo-nos começar o presente apontamento com uma breve resenha das principais alterações trazidas pelos novos regimes jurídicos das associações de municípios (Lei 45/2008, de 27.08) e das Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto (Lei 46/2008, de 27.09).

De seguida, procuraremos situar as associações de municípios (AM incluídas) no âmbito do Poder Local, determinando a respectiva natureza jurídica e a sua articulação, a montante, com o Estado, e a jusante, com os municípios que as integram – confrontando nomeadamente as Áreas Metropolitanas (AM) com a figura geral da associação de municípios, e umas e outra com os próprios municípios.

Uma específica abordagem merecerá ainda a base em que assenta afinal a legitimidade das associações de municípios, ou seja, o município e a respectiva estrutura orgânica:

daremos aqui um particular enfoque ao regime de separação de poderes legalmente instituído a partir da Lei Fundamental.

Finalmente, procederemos ao confronto das recentes alterações legislativas com o regime constitucional do Poder Local, em especial com o princípio da autonomia das autarquias locais.

1.2. A Lei 45/2008, de 27.08 – que «*Estabelece o regime jurídico do associativismo municipal, revogando as Leis 10/2003 e 11/2003, de 13 de Maio*» – começa por prever no seu artigo 2.º («Tipologia, natureza e constituição») a existência de dois tipos de associações de municípios: as de «fins múltiplos», denominadas «Comunidades Intermunicipais» (que são “*peessoas colectivas de direito público constituídas por municípios que correspondam a uma ou mais unidades territoriais definidas com base nas Nomenclaturas das Unidades Territoriais Estatísticas de nível III – NUTS III*”) e as de «fins específicos», estas últimas simples “*peessoas colectivas de direito privado criadas para a realização em comum de interesses específicos dos municípios que as integram*”.

As associações de municípios de direito público e fins múltiplos (as «Comunidades Intermunicipais – CIM») herdam a designação das anteriores «comunidades intermunicipais de direito público» criadas pela extinta Lei 10/2003, de 13.05, passando a nova figura a abranger também as ex-Áreas Metropolitanas (quer as «pequenas», denominadas «Comunidades Urbanas – ComUrb», quer as «grandes», constituídas ao abrigo da referida Lei 11/2003) – à excepção da Grande Lisboa e do Grande Porto, pois, como melhor veremos, a lei voltou a considerar estas últimas como sendo as duas únicas (grandes) «Áreas Metropolitanas» do país, sujeitando-as por isso de novo a um regime privativo.

No que respeita às atribuições das CIM (artigo 5º) e às competências dos seus órgãos (artigos 13.º e 16.º), e em geral à respectiva estrutura orgânica, poucas alterações de relevo há a assinalar relativamente ao regime das Leis 10/2003 e 11/2003.

Desde logo, muda a designação do órgão executivo: em vez do «Conselho Directivo» das antigas CIM e da «Junta» das extintas ComUrb e GAM¹, temos agora o «Conselho Executivo» – órgão de direcção da CIM, constituído pelos presidentes das câmaras municipais de cada um dos municípios integrantes (artigo 15.º). O mesmo se passa com o «Secretário-Geral» das antigas CIM (artigo 16.º da Lei 11/2003) e com o «Administrador Executivo» das extintas ComUrb e GAM (artigo 21.º, n.º 2): o artigo 19.º prevê agora no seu n.º 1 a figura de um «Secretário Executivo» (doravante SE).

¹ Designação que se mantém apenas para o órgão de direcção política das AM de Porto e Lisboa.

1.3. O Secretário Executivo (SE) das associações públicas de municípios continua a ser uma instância facultativa, que mantém as funções da gestão corrente dos assuntos da CIM e da direcção dos respectivos serviços, sendo as suas tarefas claramente de carácter técnico-administrativo² e não políticas; é investido nessas funções por nomeação (a qual compete à Assembleia Intermunicipal, sob proposta do Conselho Executivo – al. *n*) do artigo 13.º), e não por eleição, e reporta fundamentalmente ao Conselho Executivo.

No novo regime ora em apreciação mantém-se a natureza do SE de cargo de confiança política: ele exerce as suas funções durante o período do mandato dos órgãos da CIM, e pode ser exonerado a todo o tempo (n.º 3 do artigo 19.º) também pela Assembleia Intermunicipal, sob proposta da Junta (al. *n*) do artigo 13.º).

Importa assinalar duas importantes alterações no que concerne a esta figura, e que são, por um lado, o fim da necessidade de delegação expressa e com objecto determinado para o desempenho das tarefas de gestão corrente, e por outro lado, a possibilidade de o Presidente do Conselho Executivo delegar e subdelegar o exercício das suas competências no SE.

O SE já se configura pois como um verdadeiro órgão administrativo (individual), e não como um mero agente (por definição um indivíduo que por qualquer título exerce uma actividade ao serviço das pessoas colectivas de direito público, sob a direcção dos respectivos órgãos³), ainda que um órgão *secundário*, e não *primário*: sempre que lhe sejam delegados poderes, passa a estar habilitado a praticar verdadeiros actos administrativos, tal como definidos no artigo 120.º do CPA, e já não apenas os actos instrumentais (preparatórios, integrativos de eficácia e de execução) necessários ao exercício das funções de natureza meramente técnica e administrativa que traduzem a ideia de gestão corrente da CIN.

1.4. Quanto às associações de municípios de fins específicos e direito privado, há que sublinhar previamente o serem elas de dois tipos, consoante as funções essenciais que lhes sejam legal e estatutariamente atribuídas: de *defesa e representação de interesses comuns junto dos órgãos de soberania* (função de representação de interesses – cfr. os casos da Associação Nacional de Municípios Portugueses e Associação Nacional de Freguesias, uma e outra criadas ao abrigo do regime instituído pela Lei 54/98, de 18.08) e de

² MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo – Volume II*, 9.ª edição (2.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1983, pp. 643.

³ Recuperamos pois a noção de agente administrativo de MARCELLO CAETANO (*Manual...*, cit., pp. 641), em detrimento da noção corrente (de funcionário submetido ao regime da função pública mas sem estabilidade ou permanência – ainda que com expectativa de nomeação definitiva) que se nos afigura ter hoje um carácter residual e muito pouco relevante.

cooperação em comum das suas atribuições próprias (função de cooperação propriamente dita)⁴.

Ora, a Lei 45/2008 apenas prevê e regula as associações privadas de municípios de tipo *cooperativo* (cooperação em comum das respectivas atribuições próprias), continuando a subsistente Lei 54/98 a regular as associações de municípios (e de freguesias) de tipo *sindical*⁵.

Não obstante a sua natureza privada (n.º 4 do artigo 2.º da Lei 45/2008), importa salientar que, relativamente ao respectivo regime jurídico, estão as associações privadas de municípios reguladas pela referida Lei 45/2008 sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, à tutela administrativa do Governo e ao Código dos Contratos Públicos (artigo 37.º, n.º 1) – sendo que, quanto a este, se lhe encontram submetidas enquanto «contraentes públicos», e não apenas como «entidades adjudicantes», ou seja, estão abrangidas também pela parte III do CCP (onde se estabelece o regime substantivo dos contratos administrativos).

Note-se, ainda, que os dois últimos regimes referidos (tutela governamental e parte substantiva do CCP) aplicam-se em regra apenas aos tradicionais entes públicos menores – o que de algum modo desvirtua a natureza privada que o regime organizatório ora objecto da nossa análise atribui às associações de municípios de fins específicos.

1.5. A Lei 46/2008, de 27.09, traz importantes alterações, cujos traços essenciais se passa a enunciar.

Desde logo, voltam a existir apenas as duas Grandes Áreas Urbanas que a legislação autárquica portuguesa contemplava até à Lei 10/2003, de 13.05, ou seja, as tradicionais AM de Lisboa e Porto, agora obrigatoriamente integradas pelos municípios abrangidos pelas NUTS III da Grande Lisboa e da Península de Setúbal e do Grande Porto e de Entre-Douro e Vouga, respectivamente (artigo 1.º, n.º 1)⁶.

O legislador abstém-se de dar qualquer tipo de indicação sobre a natureza jurídica destas entidades, limitando-se a qualificá-las como «*pessoas colectivas de direito público*» que

⁴ Cfr. VITAL MOREIRA, *Associações intermunicipais e Áreas Metropolitanas*, in «Direito Regional e Local», Out.-Dez. 2007, Cejur.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Todas as demais entidades de 2.º grau previstas nas revogadas leis 10/2003 e 11/2003 (as restantes «Grandes Áreas Metropolitanas», as «Comunidades Urbanas», as Comunidades Intermunicipais e as «Associações Públicas de Municípios de Fins Específicos») passaram a ser, no âmbito da lei geral sobre associações de municípios (Lei 45/2008), ou associações de municípios de fins específicos (só que de natureza jurídico-organizatória privada), ou associações públicas de municípios de fins múltiplos.

«constituem uma forma específica de associação dos municípios abrangidos pelas unidades territoriais definidas com base nas NUTS III da Grande Lisboa e da Península de Setúbal, e do Grande Porto e de Entre Douro e Vouga, respectivamente» (artigo 2.º, n.ºs 1 e 2).

1.6. No que respeita à sua estrutura orgânica, para além da Junta (onde continuam a ter assento os Presidentes das Câmaras dos municípios envolvidos) e da Assembleia Metropolitana, eleita por sufrágio indirecto e constituída (obrigatoriamente) por 55 membros eleitos pelas assembleias dos municípios da AM (artigo 9.º, n.º 2), é criado um novo órgão executivo atípico e de carácter obrigatório, a Comissão Executiva Metropolitana.

Quanto à Junta, ela continua a ser composta pelos presidentes de câmara dos municípios que integram a AM, sendo (nessa medida, justamente) definido como «*órgão representativo das câmaras municipais da AM*», os quais elegem, de entre si, um presidente e dois vice-presidentes. Cabe-lhe propor à Assembleia a eleição, demissão colectiva ou substituição individual dos membros da CEM, definir as «linhas orientadoras» da actuação desta, «coordenar a actuação dos municípios no âmbito metropolitano» e «acompanhar» o trabalho da Junta (artigo 14.º) em reuniões promovidas para o efeito pelo seu (do Conselho) Presidente (al. c) do n.º 1 do artigo 15.º).

No que se refere à novel Comissão Executiva Metropolitana, trata-se de “*uma estrutura permanente da AM responsável pela execução das deliberações da assembleia metropolitana e das linhas orientadoras definidas pela Junta*” (artigo 16.º, n.º 1), onde têm assento entre três e cinco elementos designados (e demitidos ou individualmente substituídos, sendo caso disso - artigo 11.º, al. g) e h)) pela Assembleia Metropolitana, sob proposta da Junta (artigo 5.º, n.º 2) – sendo um deles Presidente e outro Vice-Presidente (artigo 16.º, n.º 2, *in fine*). Não podem integrar este órgão presidentes de câmara ou vereadores em exercício de funções (artigo 16.º, n.º5).

A Junta mantém várias das competências que dantes lhe eram conferidas pela Lei 10/2003, nomeadamente nas relações com o Governo e com os municípios (cabe-lhe “*coordenar a actuação dos municípios no âmbito metropolitano*” – al. d) do n.º 1 do artigo 14.º), relações essas cujo exclusivo mantém (cfr. também as al. c), f), e q), assim como o n.º 2 do mesmo artigo); torna-se todavia um órgão mais deliberativo do que executivo – passando o cerne das funções executivas para a Comissão Executiva Metropolitana.

Mas façamos o cotejo das competências atribuídas a um e outro órgão (Junta e CEM), matéria a matéria.

Desde logo, enquanto à Junta cabe agora «*estabelecer as linhas de opção política e estratégica da AM a serem submetidas à aprovação da assembleia metropolitana*» (al. b) do

n.º 1 do artigo 14.º), à CEM compete, enquanto “*estrutura permanente da AM*”, a “*execução das deliberações da assembleia metropolitana e das linhas orientadoras definidas pela Junta*” (artigo 16.º, n.º 1) – linhas essas já aprovadas também pela assembleia metropolitana (o que significa que a CEM é directamente responsável perante a assembleia quer pela execução das suas (dela assembleia) deliberações, quer pelo acatamento das ditas linhas orientadoras.

Por outro lado, a Junta deixa de dirigir (ou sequer de superintender) os serviços técnicos e administrativos, passando essa competência para a CEM (al. *a*) do n.º 2 do artigo 17.º); e este órgão torna-se o responsável pela arrecadação dos impostos municipais que constituam receitas próprias da AM (al. *c*) do n.º 2 do artigo 17.º).

É à Junta a quem aparentemente a lei encarrega de «*elaborar e submeter à assembleia metropolitana*» o Plano de Acção da AM, a proposta de orçamento e respectivas revisões e as propostas elaboradas pela CEM em matéria de contratação de empréstimos (al. *g*), *l*) e *p*) do .º 1 do artigo 14.º): mas é à CEM que a lei incumbe preparar tais documentos e pedidos, bem como executar os orçamentos, assim como aprovar as suas alterações (al. *b*) e *d*) do n.º 2, e *a*) do n.º 3 do artigo 17.º). A Junta limita-se, aqui como mero «pombo-correio», a remeter à assembleia metropolitana (depois de dar o seu *nihil obstat*) estes documentos e propostas de iniciativa da CEM.

Em matéria de planeamento, compete à CEM elaborar todos os instrumentos de planeamento: de ordenamento do território, ambiental, de desenvolvimento regional, de protecção civil, mobilidade e transportes. E mais uma vez a Junta figura como mera intermediária entre a CEM e a assembleia metropolitana (al. *i*) do n.º 1 do artigo 14.º).

Note-se, finalmente, a inusitada importância que assume o Presidente da CEM, verdadeiro «primeiro-ministro» da AM: cabe-lhe “*executar as deliberações da comissão executiva metropolitana e coordenar a respectiva actividade*” (al. *b*) do n.º 1 do artigo 18.º), “*autorizar a realização de despesas orçamentadas até ao limite estipulado por lei ou por delegação da comissão executiva*” (al. *c*)), “*autorizar o pagamento de despesas realizadas*” (al. *d*)), e, sobretudo, a competência que é apanágio, sem excepção (e fora obviamente o caso do Estado) dos presidentes das pessoas colectivas públicas, de “*representar a AM em juízo e fora dele*” (al. *f*)).

Em contraponto, o papel de “*representação política da Junta*” (não da AM!) atribuído ao Presidente da Junta pela al. *d*) do n.º 1 do artigo 15.º mais se assemelha à função moderadora e (meramente) representativa do Presidente num regime parlamentar!

2. Natureza jurídica das associações públicas de municípios; em especial, as Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto

2.1. Como é sabido, existem três tipos de autarquias locais universais ou necessárias: a *freguesia*, o *município* e a *região administrativa*. Mas para além destas, a Constituição prevê a existência de outras figuras afins, agora de carácter facultativo.

Assim, no Capítulo III («Município») do Título VIII, dispõe o artigo 253.º («Associação e federação») que “*os municípios podem constituir associações e federações para a administração de interesses comuns, às quais a lei pode conferir atribuições e competências próprias*”.

Também nos «Princípios Gerais» do mesmo Título VIII («Poder Local»), nomeadamente no n.º 3 do artigo 236.º («Categorias de autarquias locais e divisão administrativa»), estipula a lei fundamental que “*nas grandes áreas urbanas e nas ilhas, a lei poderá estabelecer, de acordo com as suas condições específicas, outras formas de organização territorial autárquica*”. Os termos desta disposição são suficientemente amplos, no sentido de admitirem a criação quer de novas autarquias locais, quer de meras associações de municípios com um regime especial (desde logo de cariz obrigatório).

Esclareça-se, enfim, que só a propósito dos municípios é que poderemos falar verdadeiramente de Poder Local, pois as freguesias desempenham um modestíssimo papel no todo da administração pública e as regiões ainda não foram implementadas⁷: como bem dizem Gomes Canotilho & Vital Moreira, “em certo sentido, falar de poder local é falar de poder municipal”⁸.

2.2. Importa agora indagar, com base nas indicações constitucionais e nas pertinentes disposições dos regimes ora objecto da nossa análise, qual a natureza jurídica das associações públicas de municípios e, em especial, das AM.

Comece-se por se ter presente que a descentralização que dá origem às autarquias locais não é apenas «administrativa» mas política: “a ordem jurídica estadual concede à colectividade local, sobre o seu território, uma parcela do poder estadual, de regulamentação e administração”, reconhecendo-lhe “uma esfera de autonomia «política»”⁹.

⁷ ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das autarquias locais*, Coimbra, 1993, p. 298.

⁸ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 904.

⁹ J. BURMEISTER, *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie*, Munique, 1977, p. 105, *apud* P. Mahon, *La décentralisation administrative: étude de droit public français, allemand et suisse*, Genebra, 1985, p. 203.

Desta fundamental premissa decorrem sérias limitações ao legislador, no momento da concretização do figurino das autarquias locais – nomeadamente no respeitante à distribuição de tarefas e poderes entre elas e à sua estrutura orgânica, em especial no que concerne à articulação entre as autarquias de diversos graus, às relações de cooperação entre as do mesmo grau, ao sistema de interdependência dos seus órgãos, e sobretudo, à necessária correspondência entre poderes e legitimidade democrática das entidades e órgãos criados.

Com efeito, a dimensão e significado políticos das autarquias locais chamam à colação, nestas matérias, princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como o princípio democrático, o princípio da autonomia local e o princípio da tipicidade das instâncias de poder constitucionalmente previstas.

2.3. Isto posto, sublinhe-se que não apenas as associações públicas de municípios (como melhor se verá adiante), mas também e ainda as AM, tal qual a Lei 46/2008 as configura, não podem ser consideradas autarquias locais, na medida em que não possuem órgãos directamente eleitos pelos cidadãos, como postula o artigo 239.º, n.º 2 CRP.

Nas palavras de Freitas do Amaral, e no que respeita especificamente às AM, “permitindo a Constituição a criação, nas grandes áreas urbanas (e nas ilhas), de «outras formas de organização territorial autárquica», conforme dispõe o n.º 3 do artigo 236.º, impõe-se a leitura conjugada deste preceito com o artigo 235.º, n.º 2, da Lei Fundamental, onde se define o conceito de autarquia local”; ora, “é aqui a todos os títulos relevante a menção da existência obrigatória, nas autarquias locais, de «órgãos representativos» das populações respectivas”¹⁰. A noção de autarquia local, enquanto expressão do poder local, “é inseparável da vertente democrática da sua constituição”; pois bem, “as AM não prevêm qualquer método de designação democrática dos seus órgãos, maxime do deliberativo”¹¹.

Pelo menos a assembleia deliberativa da autarquia local tem que ser eleita por sufrágio directo, universal e secreto dos cidadãos recenseados residentes na respectiva área (n.º 2 do artigo 239.º CRP). Já o executivo municipal pode – se essa for a opção do legislador – sair da Assembleia (sendo o seu presidente o primeiro nome da lista mais votada para a mesma Assembleia); ou seja, a respectiva eleição pode-se processar indirectamente, como resulta do disposto no n.º 3 do mesmo artigo¹².

¹⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª edição, Coimbra, 2007, p. 631.

¹¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, op. cit., loc. cit..

¹² MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, *Governo e Administração Local*, Coimbra, 2004, p. 327.

Em suma, carecem as nóveis AM (continuam elas a carecer, na sua actual configuração legal) da legitimidade democrática directa que constitui incontornável atributo das autarquias locais¹³.

Não significa tal que, a nosso ver, outra não pudesse ter sido a opção do legislador, ao abrigo nomeadamente do n.º 3 do artigo 236.º CRP – mais, que não devesse mesmo ter sido outra a escolha do legislador (do ponto de vista do mérito), como tem defendido com denodo uma respeitável corrente doutrinária¹⁴. Com efeito, o referido preceito permite ao legislador estabelecer nas “*grandes áreas urbanas e nas ilhas*”, de acordo com as suas condições específicas, “*outras formas de organização territorial autárquica*”. Ora, repita-se, os conceitos utilizados são de tal forma abertos que não se pode deixar de considerar incluída no leque de opções do legislador a faculdade de criação, nas áreas urbanas de Lisboa e Porto, de novas autarquias locais de âmbito supra-municipal – inclusive (hipótese que não é de excluir) em (parcial ou total) substituição dos municípios que hoje agregam as populações dessas áreas¹⁵.

Não podendo as actuais AM de Lisboa e Porto ser qualificadas como autarquias locais, não resta outra hipótese que não a de terem elas a natureza de associações públicas de

¹³ Cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *A Democracia Local (aspectos jurídicos)*, Coimbra, 2005, p. 25.

¹⁴ Destaca-se, nesta corrente, FERNANDA PAULA OLIVEIRA: a autora sublinha (i) a diminuição da legitimidade democrática desta forma institucionalizada de cooperação intermunicipal, causadora de um certo distanciamento entre os respectivos órgãos e a população, (ii) a ausência de verdadeiros poderes de decisão por parte destas entidades (não sendo as suas tarefas de coordenação e articulação dos municípios nos domínios sujeitos a uma actuação conjunta facilmente exequíveis, pela prática possibilidade de os municípios não acatarem as orientações dos órgãos da entidade intermunicipal sempre que tal não corresponda aos respectivos interesses «individualizados» ou egoísticos), e (iii) a falta de capacidade tributária (“um dos pontos mais débeis do sistema português”, que a autora identifica como a principal causa do seu “débil nível de intervenção”, com diminuição da respectiva “capacidade de desenvolver qualquer orientação” (*Breve referencia a la política de las grandes ciudades y de las áreas metropolitanas en Portugal*, in «Gestión y Análisis de Políticas Públicas», n.º24, Mai.-Ago. 2002, INAP, Madrid, pp. 62-63).

¹⁵ FERNANDA PAULA OLIVEIRA sustenta que o n.º 3 do art.º 236.º CRP “aponta (...) para a instituição de uma nova autonomia de carácter supramunicipal”, deixando entender que a opção do nosso legislador nas grandes áreas urbanas pelo “sistema de associação especial (obrigatória) de municípios” poderia ser de duvidosa constitucionalidade (*Breve referencia...*, cit., pp. 62-63). Por sua vez, para GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, o entendimento desta expressão suscitaria fundadas dúvidas, pois ela tanto poderia significar *outras formas*, “além das expressamente previstas na Constituição, como outras, em *substituição* dessas” – não estando excluído, na opinião dos autores, que a previsão do preceito “abarque ambas as coisas” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, 1993, p. 884). Não acompanhamos o entendimento de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, atenta a sua manifesta falta de apoio na letra do preceito constitucional em questão: uma coisa é o ser a opção do legislador discutível do ponto de vista do mérito, outra coisa é a colocação do problema também no plano da legitimidade constitucional.

municípios (personalizadas e por isso distintas dos municípios que as integram) – com a particularidade de se tratar de associações de cariz obrigatório¹⁶.

Relativamente à Grande Lisboa e ao Grande Porto preferiu pois o legislador (voltar a) impor uma associação de cada um destes municípios com os municípios limítrofes – sem que todavia qualquer deles se extinga ou perca a sua autonomia: apenas terão que “cooperar para a resolução dos seus problemas comuns”¹⁷.

Como explica Fernanda Paula Oliveira, deve-se esta opção (tomada em 1991, ano de criação das Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto, com o DL 44/91, de 02.08, e no essencial mantida até agora) ao facto de ser a solução associativa «reforçada» a única fórmula institucional suficientemente flexível para permitir a respectiva adaptação “ao futuro modelo regional que o país viesse a consagrar”¹⁸.

Com efeito, a criação de duas novas autarquias supramunicipais nas grandes áreas urbanas de Lisboa e Porto, com uma legitimidade e poderes reforçados (com assembleias – e porventura executivos – eleitas por sufrágio universal e directo dos cidadãos nelas residentes), não só implicaria a jusante um substancial enfraquecimento dos municípios (tornando-se causa de permanentes conflitos entre os dois níveis de poder), como (e pela mesma ordem de razões) dificultaria muito a montante a respectiva integração nas futuras (e mais amplas) regiões administrativas a instituir (constituindo mais um obstáculo à prevista regionalização do continente)¹⁹.

2.4. Uma vez que concluímos, sem margem para dúvidas, o traduzirem as nóveis AM de Lisboa e Porto um regresso ao formato «puro» da associação pública de municípios (ainda que de carácter obrigatório), importa retirar daí as mais relevantes consequências, à luz

¹⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL, na 2.ª edição do vol. I do seu «Curso de Direito Administrativo», p. 513, procedia a idêntica qualificação, no respeitante às antigas AM de Porto e Lisboa (as anteriores à Lei 10/2003 – figuras ora ressuscitadas, como vimos): “não são autarquias locais, mas sim associações públicas: associações obrigatórias de municípios”; subscreve esta opinião CARLOS ABREU AMORIM, em *Áreas Metropolitanas – Desconstituição legal de um conceito. Análise das novas entidades da organização administrativa local*, «Cadernos de Estudos Municipais», n.º 17/18, Arquivo Distrital de Braga, Universidade do Minho, Jun.-Dez. 2002, pp. 69-101, p. 81, nota 16.

A nosso ver, o carácter obrigatório da pertença a estas associações constitui uma legítima excepção ao regime constitucional da figura das associações (e federações) de municípios prevista no art.º 253.º, a qual assenta no seu carácter voluntário – excepção essa fundada precisamente no n.º 3 do art.º 238.º.

Em qualquer outro caso, note-se, a pertença à associação (ou federação) de municípios só pode ser voluntária, dependendo do consentimento dos municípios interessados (GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 908).

¹⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª edição, Coimbra, 2007, p. 620.

¹⁸ *Breve referencia...*, cit., p. 62.

¹⁹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *ibidem*.

da Lei Fundamental. O tema que nos ocupa é agora, por conseguinte, a figura genérica da associação de municípios (de direito público e fins múltiplos) prevista no artigo 253.º CRP, AM incluídas (não obstante o regime especial a que estão submetidas).

Há que determinar antes do mais o lugar que cabe às associações públicas de municípios no âmbito do Poder Local, para podermos traçar os limites constitucionais a que o legislador está sujeito no momento da enunciação dos poderes destas entidades, do desenho da sua estrutura orgânica e da definição das relações jurídico-organizatórias internas (dos seus órgãos entre si) e externas (das entretecidas com as outras instâncias territoriais, quer, a montante, com o Estado – e apenas com o Estado, uma vez que as Regiões Administrativas ainda não foram criadas –, quer, a jusante, com os municípios que as integram).

Neste capítulo, comece-se por se sublinhar, parafraseando Jorge Miranda, que as associações de municípios (mesmo as de carácter obrigatório, como as renascidas AM de Lisboa e Porto), “apesar de inseridas no domínio do poder local, nem por isso se confundem com autarquias locais”; com efeito, “o que as caracteriza é a agregação de certas pessoas colectivas territoriais ou uma delimitação em razão do território, não o exercício de qualquer poder sobre o território (que não exercem)”: estamos perante entes *locais*, mas não *territoriais*²⁰.

A associação de municípios constitui, pois, uma nova instância de poder local não *supramunicipal* mas *intermunicipal*, mais concretamente *uma forma jurídica de cooperação intermunicipal* – ainda que, sem dúvida, a de maior alcance, por se tratar de uma cooperação institucionalizada²¹. O mesmo é dizer que *elas constituem ainda uma manifestação da autonomia municipal*, traduzindo a possibilidade dos municípios se associarem numa entidade de 2.º grau para actuarem concertadamente em níveis ou escalas territoriais superiores.

É que esta institucionalização – o mesmo é dizer, o reconhecimento à associação de uma personalidade jurídica de direito público, própria e distinta dos municípios que a compõem – garante-lhe desde logo a autonomia em relação aos municípios indispensável à realização do seu objecto²².

²⁰ JORGE MIRANDA, *As Associações Públicas no Direito Português*, Lisboa, 1985, p. 23. Este entendimento é ainda subscrito expressamente por ALVES CORREIA, em *Formas Jurídicas...*, cit., p. 45.

²¹ Nesta matéria, ver por todos ALVES CORREIA, *Formas Jurídicas...*, cit..

²² ALVES CORREIA, *Formas Jurídicas...*, cit., p. 45.

Elas são, por conseguinte, e no âmbito do poder local, pessoas colectivas públicas *derivadas, secundárias e eventuais* – por confronto com os municípios que as compõem, que são as pessoas colectivas originárias, primárias e necessárias que as legitimam e suportam constitucionalmente.

2.5. Não obstante o que se acaba de dizer, a qualificação de uma associação de municípios como pessoa colectiva pública tem por sequela quer o reconhecimento de prerrogativas inerentes a tal natureza (como a capacidade ou competência genérica para a prática de actos administrativos e para a celebração de contratos administrativos, para o gozo de privilégios fiscais e outros, etc.), quer a sujeição aos correspondentes deveres e limitações a que estão vinculados os entes públicos²³.

Acresce que desde a revisão de 1997 passou a estar prevista no artigo 253.º CRP a possibilidade de a lei conferir às associações de municípios atribuições e competências próprias – para além portanto das que o Estado ou os municípios lhes deleguem –, abrindo-se assim caminho a uma “descentralização territorial de atribuições estaduais que, por falta de escala territorial dos municípios isoladamente considerados, não poderiam ser conferidas a estes”²⁴.

Fazemos nossas estas palavras de Vital Moreira – juntando-lhes todavia duas ressalvas que não são de somenos importância. A primeira é a de que nunca estaremos perante um fenómeno de (verdadeira) descentralização – como aconteceria se a associação de municípios fosse uma autêntica autarquia local –, mas antes perante um mecanismo de mera devolução de poderes. E a segunda é a de que o princípio constitucional da subsidiariedade (consagrado no artigo 6.1 CRP) funciona aqui a favor dos municípios, impedindo mesmo (juridicamente) o Estado de transferir atribuições e competências para associações de municípios que possam ser exercidas tão ou mais eficazmente pelos próprios municípios que as compõem. O mesmo é dizer que o princípio da subsidiariedade obriga o Estado nesse caso a transferir para os municípios tais atribuições e competências, num processo de verdadeira descentralização.

Tenha-se sobretudo presente que também na nossa Constituição – tal como na Lei Fundamental alemã – as autarquias locais (maxime os municípios) gozam de uma tutela distinta daquela que é conferida às suas associações: com efeito, “enquanto para os municípios estão garantidos todos os assuntos da comunidade local, para as associações de municípios não está fixado constitucionalmente um critério relativamente ao seu âmbito

²³ Ibidem.

²⁴ VITAL MOREIRA, *O Poder Local na Constituição da República Portuguesa de 1986*, p. 291, in «30 anos de Poder Local na Constituição da República Portuguesa», Cejur, Braga, 2007.

de tarefas”²⁵, para lá dos que se podem deduzir do seu carácter de associação (que a nossa constituição refere expressamente)²⁶.

Ora, esta garantia de universalidade da actuação municipal obriga a outorgar a primazia à autonomia municipal *stricto sensu* – ou seja, aos próprios municípios –, só sendo por conseguinte a associação de municípios competente para tratar dos assuntos locais *a título meramente subsidiário*. A garantia constitucional dos municípios e do respectivo âmbito de actuação salvaguarda-os mesmo face às suas associações, permitindo-lhes uma «defesa circular» que “actua não apenas contra o Estado, mas também dentro do sector municipal”²⁷.

2.6. Especial importância reveste para o que ora se discute a questão dos fins ou interesses prosseguidos por estas entidades: por não serem as associações de municípios verdadeiras autarquias locais, elas não podem “ter como objecto um fim genérico ou global semelhante ao das autarquias locais”²⁸.

Registe-se entretanto que quer as associações públicas de municípios quer as AM desenhadas nas leis 45 e 46/2008 – diferentemente do que sucedia com as antigas entidades constituídas ao abrigo das Leis 10 e 11/2003 (essas sim, pelo menos quanto a este aspecto, qualificáveis como *supramunicipais*)²⁹ – já não estão configuradas *ab initio* como instâncias supramunicipais para a realização de fins gerais^{30/31}.

²⁵ KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Madrid, 1987, p. 721.

²⁶ Enquanto o art.º 28.2, § 2 da «Grund Gezets» dispõe que “*será garantido aos Municípios o direito de resolver, sob responsabilidade própria e de acordo com as leis, todos os assuntos da comunidade local*”, o art.º 235.1 da nossa Constituição define as autarquias locais como entes territoriais “*que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas*”.

No que respeita às associações de municípios, o art.º 28.2, § 3 GG refere que “*dentro dos limites das suas atribuições legais, e com observância das leis, as Associações de Municípios gozarão de autonomia administrativa*”; e de modo similar, diz o art.º 253.º CRP que “*os municípios podem constituir associações e federações para a administração de interesses comuns, às quais a lei pode conferir atribuições e competências próprias*”.

²⁷ KLAUS STERN, *Derecho del Estado...*, cit., loc. cit...

²⁸ ALVES CORREIA, *Formas Jurídicas...*, cit., p. 46, e FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., cit., pp. 630-633.

²⁹ Segundo o art.º 2.º da Lei 10/2003, “*As AM são pessoas colectivas públicas de natureza associativa e de âmbito territorial e visam a prossecução de interesses comuns aos municípios que as integram*”.

³⁰ ALVES CORREIA, *Formas Jurídicas...*, cit., p. 46, e FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., cit., pp. 630-633.

³¹ Nesta matéria, e nomeadamente sobre a (in)constitucionalidade das entidades supramunicipais criadas pelas Leis 10 e 11/2003, precisamente por prosseguirem fins gerais, ver, desenvolvidamente, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., cit., pp. 630-633.

É que sendo as autarquias locais por (constitucional) definição “*peças colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas*” (artigo 235.º, n.º 2 CRP) – interesses por definição gerais – o mesmo já não se passa com as associações públicas de municípios: não existe (mesmo no caso das AM), uma «comunidade intermunicipal», representada pelos órgãos da respectiva área intermunicipal, não podendo por isso estas entidades visar os «interesses próprios» de tal comunidade. Em suma, inclusive as actuais AM, enquanto associações de municípios, “não são peças colectivas territoriais que, tal como os municípios, tenham como atribuições tudo o que disser respeito aos interesses das respectivas populações”³².

Sem prejuízo do que se acaba de dizer, note-se, não apenas subsistem nas leis 45/2008 e 46/2008, aqui e ali, conceitos ambíguos, como o de «fins múltiplos» – conceitos esses resultantes de um intento moderador do legislador em relações aos anteprojectos de 2007³³, ou ainda porventura inadvertidamente «transportados» da redacção das Leis 10 e 11/2003 –, como continua a ser afirmada explicitamente (cfr. artigo 10.º da Lei 45/2008 e artigo 8.º da Lei 46/2008) a supremacia decisória das associações públicas de municípios (e das AM) sobre os municípios que as compõem (ainda que apenas no exercício das competências legal ou estatutariamente previstas).

Ora, uma coisa é certa: não há – não pode constitucionalmente haver – uma relação de supremacia/sujeição das associações de municípios relativamente aos municípios: aquelas limitam-se a *coordenar* (e não a dirigir ou orientar) a actuação destes em empreendimentos comuns relativos a atribuições que não deixam de ser municipais. Como refere Fernanda Paula Oliveira, relativamente às Áreas Metropolitanas, não estamos propriamente no âmbito das suas atribuições próprias e específicas, já que a maior parte das matérias a que se referem tais empreendimentos “são próprias e específicas da cada um dos municípios, cabendo à Área Metropolitana uma tarefa mais limitada de articulação da actuação de cada um deles nessas áreas”³⁴. Outra coisa não significa de resto o serem as associações de municípios simples *formas jurídicas de cooperação intermunicipal*, por

³² ALVES CORREIA, op. cit., loc. cit..

³³ É o que parece acontecer com o conceito de «fins múltiplos», que caracteriza na legislação ora em análise as associações públicas de municípios: no anteprojecto de 2007, a expressão que aparecia, em vez daquela, era a de «fins gerais» (por contraposição aos «fins específicos» próprios das associações privadas de municípios). O uso desta expressão «fins gerais» suscitou um coro de críticas, por não se demarcar o anteprojecto suficientemente dos objectivos da malograda «Reforma Relvas», de transformação das associações de municípios em verdadeiras autarquias supramunicipais (nomeadamente numa vintena de mini-regiões administrativas).

³⁴ *Breve referencia...*, cit., pp. 62-63.

contraposição a (às) instâncias *supramunicipais*, como as regiões administrativas (se e quando vierem a ser implementadas).

Não quer isto dizer, obviamente, que, por um lado, o legislador não possa conferir atribuições e competências próprias às associações de municípios (isso mesmo está previsto de resto no artigo 253.º CRP); e que, por outro lado, estas entidades não estejam vocacionadas e legitimadas para a realização de quaisquer interesses compreendidos nas atribuições dos municípios que as integram. Pelo contrário, e no que a este último aspecto se refere, será sempre possível aos municípios encarregar a respectiva associação de prosseguir tais interesses, com delegação dos necessários poderes de autoridade, “de acordo com as circunstâncias concretas e a sua vontade política” – apenas se excluindo aqueles interesses que, “por natureza ou disposição de lei, devam ser realizados directamente pelos municípios”³⁵.

2.7. Importa esmiuçar um pouco mais a lógica da articulação entre as atribuições e competências (i) do Estado, (ii) das associações públicas de municípios – categoria a que se reconduzem também as AM – e, enfim, (iii) dos próprios municípios.

Como continua a decorrer das leis que estabelecem o regime jurídico das associações públicas de municípios e das AM de Lisboa e Porto (leis 45/2008 e 46/2008) – as quais, em matéria de atribuições e competências, não introduzem alterações substanciais à legislação anterior –, e como não podia deixar de ser, uma vez que elas estão configuradas como associações públicas (ainda que com poderes algo reforçados), *não dispõem (não podem dispor) estas entidades, à partida, e em rigor, de atribuições (matérias) subtraídas pela via legislativa aos municípios que as compõem.*

As associações de municípios estão (ou são) antes vocacionadas (e «prontas») para *coordenar* a actuação de municípios vizinhos a uma escala maior em determinadas matérias. E poderão porventura fazê-lo em colaboração com o Estado e outras instâncias de poder envolvidas – justificando-se nessa medida o substantivo «participação» com que se inicia cada um dos «fins» que lhe são cometidos), «recebendo» se necessário atribuições e competências quer (a montante) do Estado, quer (a jusante) dos municípios.

Tal não representa de *per si* alguma forma de compressão da autonomia dos municípios, ou (numa perspectiva de cedência voluntária) uma renúncia destes às suas atribuições próprias³⁶: com efeito, a permissão do artigo 236.º, n.º 3 da Constituição não anula o fac-

³⁵ ALVES CORREIA, *Formas Jurídicas...*, cit., p. 47.

³⁶ Neste sentido, cfr. MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, *Governo e Administração Local*, Coimbra, 2004, p. 325.

to de a transferência de atribuições de cada município para a respectiva associação pública depender também de um acto voluntário de delegação³⁷.

Refira-se desde já que não há qualquer constrangimento no plano constitucional à transferência de atribuições por lei do Estado para estas entidades. Trata-se todavia, e quanto a nós, repita-se, não de uma verdadeira descentralização, mas de uma – por definição, sempre reversível ... – *devolução de poderes*. O mesmo já não se passa, contudo, com eventuais transferências de atribuições municipais para as respectivas associações públicas de municípios, pela via legislativa: tal hipótese não é a nosso ver admissível, pois aqui o legislador está limitado pela garantia institucional de que gozam os municípios enquanto titulares privilegiados da autonomia local constitucionalmente consagrada, mesmo face às respectivas associações, como vimos³⁸.

De todo o exposto se retira, entre outras consequências, que o veículo adequado de transferência de atribuições e competências dos municípios para as respectivas associações públicas é o do *acto (ou contrato)*³⁹ de *delegação de poderes*, ao qual se aplica, *mutatis mutandis* (com as devidas adaptações – que são muitas e muito significativas!)⁴⁰ o regime fixado nos artigos 35.º a 40.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Tenha-se presente que a assunção das tarefas executivas de coordenação/articulação, neste caso, não depende de qualquer acto de delegação dos executivos municipais envolvidos: com efeito, nos termos dos citados preceitos, é um fim ou atribuição própria das associações públicas de municípios (ou das AM) a articulação dos investimentos municipais de carácter intermunicipal, sem necessidade (acrescente-se) de qualquer prévio acto de delegação de poderes.

Tal só acontecerá se a associação pública de municípios (ou a AM) pretender assumir não apenas a coordenação de determinadas atribuições municipais, mas também (as) competências dos próprios municípios nas matérias em questão – ambicionando substituir-se

³⁷ Note-se que nas demais associações de municípios começa por ser a própria integração dos municípios em tais entidades a assentar numa base voluntária – o que já não acontece com as AM, que são (podem ser) de constituição obrigatória.

³⁸ Também VITAL MOREIRA afina, à partida, por este diapasão: “em princípio isso só deve acontecer em relação a novas tarefas, transferidas do Estado, não em relação àquelas que os municípios já exercem” (*Poder local...*, cit., p. 295).

³⁹ Públicos ou administrativos.

⁴⁰ Tenha-se presente, desde logo, que o regime da delegação de poderes consagrado no CPA está pensado em termos de *delegação intra-subjectiva* (e não *intersubjectiva*, como a que ora nos ocupa) – partindo por isso (dado o modo hierárquico de estruturação dos órgãos e serviços que integram cada pessoas colectiva pública) do pressuposto próprio deste tipo de delegação (ainda que não explicitamente enunciado) da *posição supraordenada do delegante relativamente ao delegado*.

por conseguinte aos ditos municípios envolvidos no que respeita às faculdades e competências dos respectivos órgãos.

Mas neste caso os órgãos da associação pública de municípios (ou da AM), sempre que actuam ao abrigo dessa delegação, já o fazem na qualidade de órgãos indirectos ou secundários dos próprios municípios delegantes. Estamos aqui perante uma mera desconcentração de poderes – melhor dizendo, de uma «reconcentração» de poderes – e não de uma descentralização (*rectius*, de uma «recentralização»)⁴¹.

2.8. Refira-se, *in fine*, que num substancial conjunto de casos (nomeadamente no que respeita às «áreas» previstas no n.º 2 do artigo 5.º da Lei 45/2008 n.º 2 do artigo 4.º da Lei 46/2008) já se poderia, de algum modo, falar em atribuições (também) próprias das associações públicas de municípios (ou das AM) – sendo neste caso tais entidades porventura titulares em potência das referidas atribuições, em concorrência com os respectivos municípios.

Mas mesmo aqui é necessária, de todo modo, a prática de um acto descondicionador por parte dos municípios que pretendam transferir/delegar (ainda que parcial e temporariamente) o desempenho de tais tarefas, de forma a possibilitar a estas associações de municípios um exercício, no respectivo âmbito territorial, no fundo, dos mesmos poderes dispositivos de que são titulares os seus municípios no âmbito de tais atribuições. E assim sendo, tal acto *já não transfere atribuições* (não é um acto de delegação de atribuições), *mas apenas competências*: estamos pois perante uma *delegação de poderes intersubjectiva*.

Ora, voltamos ao mesmo: esta *delegação intersubjectiva* não se confunde com uma verdadeira *transferência* de atribuições dos municípios para a respectiva associação pública de municípios (ou AM) – como aliás (note-se) os pertinentes normativos enunciam explicitamente, pois falam de (delegação de) competências, e não de atribuições.

3. A estrutura orgânica dos municípios: o regime local de separação de poderes; o presidencialismo municipal

3.1. De tudo o que se vem de dizer resulta a imprescindibilidade de uma prévia análise da estrutura orgânica dos municípios, antes da final abordagem às associações de municípios, e em particular às nóveis Áreas Metropolitanas, isto para podermos determinar até

⁴¹ Tal possibilita desde logo uma ratificação pelas assembleias de actos de delegação praticados pelos executivos municipais, pois que de uma delegação de meras competências se trata – e não de uma transferência de atribuições.

que ponto a primeira condiciona juridicamente (melhor dizendo, jusconstitucionalmente) a segunda. É o que se passa a fazer no presente ponto.

Na nossa Lei Fundamental, preside aos princípios que se acaba de formular “a ideia de democracia local e de governo local democrático, visto que as autarquias locais têm os seus órgãos próprios eleitos, tal como a nível do Estado, em termos genuinamente democráticos, que o Estado não pode demitir, a não ser por grave violação da lei”⁴².

Pois bem, e como sublinha ainda Vital Moreira, de modo idêntico ao que se passa com a democracia estadual, também a democracia local assenta num regime de separação de poderes, entre um órgão colegial representativo com poderes sobretudo normativos e um órgão colegial executivo («dualismo orgânico»)⁴³.

Acontece que a Constituição prevê no seu artigo 239.º, n.º 3⁴⁴ a possibilidade de ambos os órgãos – Assembleia e Executivo – gozarem de uma legitimidade democrática própria, podendo um e outro ser eleitos por sufrágio directo, secreto e universal, pelo método proporcional.

Tal sistema foi adoptado para os municípios, constituindo uma especificidade do seu regime legal que não se repete nos regimes infraconstitucionais das restantes autarquias (Freguesia e Região Administrativa): nestas últimas só há eleições para as Assembleias representativas, «saindo» os respectivos executivos das Assembleias eleitas⁴⁵.

Faça-se, ainda, o seguinte reparo, quanto à legitimidade democrática directa das assembleias representativas: é que, no que se refere à Assembleia (pelo menos à Assembleia Municipal e à Assembleia Regional), já esta legitimidade se encontra algo enfraquecida, porquanto – porventura em homenagem à tradição da relação de integração orgânica entre as autarquias locais provinda da anterior ordem constitucional (integração das autarquias locais de grau inferior nas de grau superior)⁴⁶ – instituiu a actual Constituição

⁴² VITAL MOREIRA, *O Poder Local na Constituição da República Portuguesa de 1986*, p. 285, in «30 anos de Poder Local na Constituição da República Portuguesa», Cejur, Braga, 2007.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ “O órgão executivo colegial é constituído por um número adequado de membros, sendo designado presidente o primeiro candidato da lista mais votada para a assembleia ou para o executivo, de acordo com a solução adoptada na lei, a qual regulará também o processo eleitoral, os requisitos da sua constituição e destituição e o seu funcionamento”.

⁴⁵ No que respeita às freguesias, o respectivo executivo é eleito pela Assembleia, mas com a excepção do Presidente, que é sempre o primeiro nome da lista ganhadora. Tal já não acontece nas regiões administrativas: nos termos da respectiva lei-quadro (Lei n.º 56/91, de 13.08), todos os membros da Junta Regional são eleitos indirectamente, ou seja, pela Assembleia – o que levanta obviamente problemas de constitucionalidade, por contrariar frontalmente o disposto no n.º 3 do art.º 239.º CRP.

⁴⁶ *Ibidem*.

na composição deste órgão deliberativo uma componente de representação orgânica, através da pertença por inerência à Assembleia Municipal e à Assembleia Regional, respectivamente, dos Presidentes de Junta das freguesias do Município, e dos Presidentes de Câmara dos municípios da Região.

Tal componente de «democracia orgânica» enfraquece ainda mais a legitimidade da assembleia, correspondendo por isso, *ipso facto*, a um reforço da legitimidade do executivo municipal, o que ainda acentua mais a supremacia do executivo face ao deliberativo.

3.2. Da descrição da estrutura orgânica dos municípios que se acaba de fazer resulta, no que respeita a estas nucleares autarquias locais, um notável enfraquecimento da legitimidade (democrática) das respectivas assembleias, com correspondente fortalecimento da legitimidade (e por conseguinte do poder próprio) dos executivos municipais.

Desde logo, é por demais eufemístico, no que respeita aos municípios, o princípio da responsabilidade do órgão executivo colegial perante a «assembleia dotada de poderes deliberativos» consagrado no n.º 2 do artigo 239.º: uma vez que os executivos municipais possuem uma legitimidade democrática própria, sendo eleitos por sufrágio directo, secreto e universal, não são em rigor responsáveis perante as respectivas assembleias (que desde logo nunca os podem derrubar), mas perante a população que os elegeu⁴⁷.

Sublinhe-se ainda que o sistema de governo municipal, mais do que «camaralista», é «presidencialista» – falando-se por isso, as mais das vezes criticamente, de uma (excessiva) *presidencialização* da vida municipal⁴⁸.

Note-se, entremendes, que a enorme importância que os presidentes dos executivos autárquicos acabam por ter na Constituição de 1976 (não obstante a sua desvalorização formal, visto que não constam do elenco dos órgãos de qualquer das três autarquias universais⁴⁹) não se confina aos municípios.

⁴⁷ Como sublinha e bem – criticamente – VITAL MOREIRA (*Poder local...*, cit., p. 294).

⁴⁸ Cfr. VITAL MOREIRA, *Poder local...*, cit., p. 290 e 294-295.

⁴⁹ VITAL MOREIRA explora esta contradição em *Poder local...*, cit., p. 296 – atribuindo contudo a nosso ver demasiada importância a uma omissão em boa medida formal, que apenas pretende sublinhar a (justa) supremacia, em última *ratio*, dos órgãos colegiais e que mais não fez afinal do que retomar a tradição da nossa administração municipal (apenas interrompida durante o período do Estado Novo) de não mencionar o Presidente da Câmara como órgão do município (cfr. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais*, Coimbra, 1993, pp. 309 e 315, texto e nota 652). O Professor de Coimbra chega mesmo ao ponto de inverter os termos de um problema que começa por equacionar correctamente, ao acabar por falar no presidencialismo municipal como uma situação fáctica de desvio ao «programa constitucional respeitante ao poder local»! (ibidem).

Com efeito, a nossa lei fundamental, ao prever no seu artigo 239.º, n.º 3 que o presidente do órgão executivo colegial autárquico será “o primeiro candidato da lista mais votada para a assembleia ou para o executivo” (conforme a opção do legislador), em vez de consagrar as «eleições presidenciais» separadas das eleições para a assembleia municipal próprias dos regimes presidencialistas, institui desta forma não um mero presidencialismo, “o qual pressupõe a separação entre a assembleia representativa e o órgão executivo (permitindo aos eleitores diferentes escolhas), mas sim um «superpresidencialismo», em que o presidente do executivo é eleito solidariamente com a própria assembleia representativa”⁵⁰.

A esta luz, dir-se-á que, no respeitante ao município, se atenua inclusive tal «superpresidencialismo» local, uma vez que aqui o legislador optou – como a Constituição lhe permite – pelas eleições separadas para o executivo e para a assembleia.

Mas não obstante esta opção moderadora do legislador, a verdade é que no regime legal dos municípios a definitiva adopção do «modelo presidencialista», em consonância com a directiva constitucional, é por demais evidente⁵¹.

Como sublinha António Cândido de Oliveira, o «presidencialismo local» exprime-se neste regime sobretudo pelo poder de “decidir sobre a existência de vereadores em regime de tempo inteiro e meio tempo”, de “fixar o seu número dentro dos limites legais” e de “escolher livremente, dentro do número estabelecido, os vereadores a tempo inteiro e a meio tempo e fixar as respectivas funções”; e “mesmo em câmaras onde tenha maioria, é o presidente quem nomeia os vereadores a tempo inteiro ou meio tempo e lhes fixa funções, tendo também o poder de pôr termo a essa nomeação e à fixação de funções”⁵².

Acresce o facto de a lei estabelecer que o presidente da câmara “é coadjuvado pelos vereadores, no exercício da sua competência e no da própria câmara, podendo incumbi-los de tarefas específicas”, assim como delegar-lhes competências próprias e subdelegar-lhes competências que a Câmara lhe haja delegado⁵³.

Enfim, nos termos do artigo 69.º da Lei n.º 169/99, de 18.09, estão os vereadores obrigados a dar conta ao presidente da execução das tarefas de que tenham sido incumbidos⁵⁴.

⁵⁰ VITAL MOREIRA, *Poder local...*, cit., p. 295.

⁵¹ ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *A Democracia Local (aspectos jurídicos)* Coimbra, 2005, pp. 123 e 146.

⁵² ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *A Democracia Local*, cit., p. 145.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *A Democracia Local*, cit., p. 2005, p. 146.

4. Os novos regimes das associações de municípios e das Áreas Metropolitanas de Lisboa e Porto face aos limites decorrentes do modelo constitucional de articulação orgânica e funcional entre os municípios e as suas associações

4.1. Importa agora analisar com mais detalhe se os novos regimes legais das associações públicas de municípios (das CIM) e das áreas metropolitanas constituem ou não um desvirtuamento ou de algum modo uma ultrapassagem – ou se pelo contrário traduzem uma observância – da matriz e dos limites constitucionais deste tipo de entes, nomeadamente no que respeita à sua articulação orgânica e funcional com os municípios que as compõem.

Comece-se por se relembrar o facto de as associações de municípios serem, por um lado, meras formas jurídicas de *cooperação intermunicipal*, ainda que *institucionalizadas*; e que o mesmo se passa no que concerne especificamente às AM, não obstante o traduzirem estas últimas uma *cooperação forçada* (e de um modo geral *reforçada*) dos municípios que as integram (os da Grande Lisboa e do Grande Porto).

Mas a verdade é que, por outro lado, elas estão habilitadas também a receber da lei atribuições e competências próprias (distintas por conseguinte das do Estado e das dos municípios que as compõem) – o que requer desde logo, em termos de estrutura orgânica e de representatividade dos seus órgãos, um particular cuidado no sentido de não poder ser posta em causa a já referida garantia institucional de que gozam os municípios que as integram enquanto titulares privilegiados da autonomia local constitucionalmente consagrada.

O que se acaba de dizer não chega a pôr em questão a premissa de serem (terem que ser) as associações de municípios, por assim dizer, meras *emanações* (ainda que personalizadas) dos municípios – estes sim, os verdadeiros e únicos titulares, afinal, de todo o poder por aquelas exercido (com excepção, claro está, das atribuições e competências transferidas pelo Estado). De algum modo, elas (associações) *são* os municípios, e não (repita-se) novas e distintas autarquias locais.

Mas expliquemo-nos melhor. Como se sabe, a pessoa colectiva constitui uma ficção jurídica: são os seus *órgãos*, servidos por sua vez por *titulares físicos ou individuais*, os centros de imputação dos direitos, deveres e poderes que lhe são abstractamente atribuídos pela lei ou com base na lei. É através dos órgãos que se forma a vontade da pessoa colectiva, que esta actua e se manifesta, interagindo com os demais sujeitos de direito. Podemos dizer por conseguinte e em suma que a pessoa colectiva *é*, nesse sentido, o conjunto dos seus órgãos, que ela *se identifica* em última análise com os respectivos órgãos.

Ora, no caso que nos importa das pessoas colectivas de população e território (Estado, Regiões Autónomas e também Autarquias Locais), é através dos concernentes órgãos, e com base na sua *legitimidade democrática* – única legitimidade em que assentam forçosamente todas as instituições políticas no moderno Estado Democrático de Direito – que se forma e manifesta a respectiva *vontade política*.

Assim sendo, e não obstante a distinção subjectiva implicada pela personalidade jurídica própria da associação de municípios, forçoso é concluir que a composição, representatividade e legitimidade dos seus órgãos estão fortemente condicionadas pela composição, representatividade e legitimidade dos órgãos dos próprios municípios que as constituem. Tudo isto na medida em que, recorde-se, as ditas associações de municípios são, no âmbito do poder local, pessoas colectivas públicas derivadas, secundárias e eventuais – por confronto com os municípios que as compõem, que são as entidades originárias, primárias e necessárias que justificam a sua existência e onde verdadeiramente reside a sede do respectivo poder (delas associações), e que por conseguinte legitimam e suportam constitucionalmente aquelas instâncias de segundo grau.

4.2. As mais significativas alterações da estrutura orgânica das ex-comunidades intermunicipais e comunidades urbanas (actuais associações públicas de municípios) e das duas sobreviventes áreas metropolitanas (AM de Lisboa e Porto) processam-se ao nível das suas instâncias puramente executivas: às antigas figuras do secretário-geral e do administrador executivo respectivamente das ex-comunidades intermunicipais e das ex-comunidades urbanas sucede o actual secretário executivo das agora associações públicas de municípios), e à do extinto administrador executivo (ou conselho executivo) das AM de Porto e Lisboa sucede um segundo e sobreposto órgão executivo colegial (para além da Junta Metropolitana) designado Comissão Executiva Metropolitana.

Não levantando o reforço da figura do SE das associações públicas de municípios quaisquer questões no plano da respectiva constitucionalidade, o mesmo já não sucede com o novo órgão executivo colegial das AM – a Comissão Executiva Metropolitana.

Como se constatou, os presidentes das câmaras (e vereadores) não apenas deixam de integrar, por inerência, o órgão que é agora o verdadeiro executivo metropolitano (a CEM), como são mesmo impedidos de o fazer, passando a constituir o dito órgão executivo um colectivo de três a cinco membros designados pela Assembleia Metropolitana.

As consequências são óbvias: o grosso das competências executivas das AM (quer as transferidas pelo Estado – por lei ou acto, ou contrato administrativo – e de que os municípios não beneficiam directamente por falta de escala, quer as delegadas pelos próprios

municípios) passarão a ser da responsabilidade não dos executivos municipais, ou de um órgão da confiança política destes (o mesmo é dizer, por estes designados e cujos membros possam ser por estes demitidos, em caso de perda de confiança), mas de uma Comissão que nem sequer responde perante as Assembleias Municipais (pois apenas tem que prestar contas perante uma outra assembleia cujos membros se limitam a ser designados por aqueles órgãos deliberativos de 1.º grau).

Para todos os efeitos o verdadeiro governo das AM – a CEM – (e por arrastamento a própria AM) passa a ser uma entidade estranha aos executivos municipais. O mesmo é dizer que o novo executivo metropolitano, e em boa medida a própria AM, tornam-se, numa substancial medida, entidades estranhas ou terceiras relativamente aos próprios municípios.

A gravidade disto é que não se trata, como até agora, de uma operação de soma zero, em que as Câmaras delegam poderes seus, renunciando ao respectivo exercício, mas que recuperam de imediato, na medida em que os delegados... são afinal os próprios delegantes, ou seja, os presidentes, colectivamente considerados (pois eles eram, enquanto membros da Junta, o próprio executivo metropolitano!).

Doravante, e diferentemente, toda a delegação será uma alienação, todas as atribuições e competências que o legislador ou o Governo transfiram ou confirmam *ex novo* às AM, serão em boa medida (isto é, na vertente executiva), e por definição, *poderes subtraídos às Câmaras Municipais* – e por conseguinte aos próprios municípios.

Dir-se-á que as «novas» CEM «são» também Poder Local, e mais do que isso, «são» também Poder Municipal, na medida em que se mantém uma cadeia de legitimação (só que com mais elos!) – cadeia essa que começa afinal nas Assembleias Municipais, as assembleias representativas por excelência do mesmo Poder Local.

Mas esta asserção não é verdadeira, pelas duas (fortes) razões explanadas nos pontos seguintes.

4.4. Em primeiro lugar, e sem prejuízo do papel fiscalizador das assembleias municipais relativamente aos respectivos executivos, a verdade é que as Câmaras são directamente eleitas pelas populações locais, e é como vimos perante a comunidade municipal que elas respondem politicamente, que prestam contas pelo exercício do seu mandato.

Ou seja, funções executivas que em princípio caberiam aos executivos municipais, e que apenas são transferidas para interposta pessoa – uma instância de mera cooperação intermunicipal – a fim de se conseguir a articulação exigida por uma escala superior à municipal, *não podem sair materialmente da órbita dos próprios executivos municipais*.

Logicamente, por se tratar de funções executivas verticalmente seccionadas, *qualquer cadeia de legitimação que «acompanhe» e fundamente esse seccionamento tem que ser também vertical, ou seja, tem que partir dos executivos municipais, e não das assembleias municipais* – o que só pode acontecer se aqueles (através dos seus presidentes) constituírem o próprio executivo da associação de municípios em questão (como acontecia), ou então se o mesmo executivo for por eles designado e responder perante eles (o que já aconteceu no passado⁵⁵).

Repita-se, num sistema de poder municipal em que o executivo e o deliberativo ostentam a mesma legitimidade democrática directa – nenhum podendo derrubar o outro, pois um e outro respondem apenas, em *ultima ratio*, perante a comunidade que os elegeu –, a cadeia de legitimação que sustente (pretenda sustentar) uma instância intermunicipal (não uma nova e distinta autarquia local supramunicipal) é (só pode ser), no que respeita aos respectivos órgãos (à respectiva estrutura orgânica), *vertical*, ou seja, tem que passar de executivo a executivo (e de deliberativo a deliberativo).

Tal cadeia de legitimação nunca pode ser *transversal* ou *oblíqua*, pois as assembleias municipais não têm legitimidade suficiente para «suportar», pela (indirecta) via da assembleia metropolitana, um executivo intermunicipal, mas tão só (e quando muito...) a correspondente assembleia intermunicipal.

Constitui uma entorse ao sistema de separação de poderes de âmbito local constitucionalmente garantido um executivo intermunicipal (de uma mera associação de municípios) que (e por definição) vai buscar o grosso das suas funções aos executivos municipais, que constitui, pode-se dizer, uma mera emanção dos mesmos executivos municipais ... mas que, paradoxalmente (e no que respeita à designação dos respectivos titulares), não assenta neles, não «parte» deles de uma forma ou outra, mas antes (e indirectamente) das assembleias municipais.

4.5. Em segundo lugar, as «novas» CEM não «são» também Poder Local, nem sequer Poder Municipal, na medida em que a suposta cadeia de legitimação democrática em que pretendem assentar (e que parte das assembleias municipais da respectiva AM) sofre não uma, mas *duas significativas quebras* – quebras essas que por incontornável imperativo

⁵⁵ Referimo-nos à primeira lei sobre associações de municípios – DL 266/81, de 15.09, com as alterações introduzidas pelo DL 99/84, de 28.03. Nos termos deste diploma, a assembleia intermunicipal era constituída apenas pelos presidentes das câmaras dos municípios associados ou pelos vereadores seus substitutos; e o conselho administrativo – antecessor da actual Junta – era composto por sua vez por um número ímpar de membros a definir pela assembleia intermunicipal, sendo os respectivos mandatos temporalmente coincidentes com os mandatos dos órgãos dos municípios.

constitucional lhes retiram qualquer possibilidade de «receber» atribuições e competências cujo exercício caiba em «primeira mão» aos órgãos municipais.

A primeira quebra resulta da eleição indirecta da assembleia metropolitana. Com efeito, a assembleia metropolitana, na sua qualidade de assembleia intermunicipal, não é eleita por sufrágio directo, secreto e universal – o que limita e muito os respectivos poderes, como bem sublinha Freitas do Amaral, em virtude do princípio da tipicidade da noção de autarquia consagrado no artigo 236.º, n.º 2 CRP⁵⁶.

E a segunda quebra resulta de a própria CEM por sua vez não ser ela eleita também pelas assembleias municipais, mas – e pior do que isso – designada pela (e como acabamos de ver) já muito enfraquecida (em termos de legitimidade democrática) assembleia metropolitana.

É sintomático aquilo que sublinha a melhor doutrina, nomeadamente o não poderem estas entidades prosseguir os fins gerais que são apanágio das pessoas colectivas públicas de população e território, ou entes territoriais, assim como o estar o legislador impedido de conferir qualquer poder regulamentar *praeter legem* aos seus órgãos deliberativos (o que – sublinhe-se – fere de inconstitucionalidade a al. I) do artigo 11.º da Lei 46/2008⁵⁷).

A anterior estrutura orgânica das AM e restantes associações de municípios – que se inseria numa ininterrupta tradição legislativa nesta matéria desde a entrada em vigor da Constituição Portuguesa de 1976, e que qualificamos sem hesitação como uma verdadeira *garantia institucional* da autonomia do Poder Municipal (impondo-se por conseguinte, de *per si*, ao próprio legislador) – é de resto modelarmente explicada por Alves Correia na sua obra de referência nesta matéria, num tempo em que a própria assembleia intermunicipal assentava nos executivos municipais (não tendo contudo sofrido qualquer desactualização o fundamento dessa solução institucional, como se constata):

“Estabelece a lei um sistema em que os membros da assembleia são recrutados nos executivos municipais, precisamente por se entender que as tarefas associativas corresponderão, na maioria dos casos, à gestão de serviços ou em geral ao exercício de actividades que caberiam às câmaras municipais. Aliás, estas são directamente eleitas pelas popula-

⁵⁶ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., cit., pp. 630-633.

⁵⁷ Inconstitucionalidade essa que não é afastada pelo poder de iniciativa na matéria atribuído à Junta: “*Compete à assembleia:*” (...) “I) Aprovar, sob proposta da Junta, os regulamentos aplicáveis no âmbito das AM”. Sobre a inconstitucionalidade – por estas mesmas razões – já do anterior regime jurídico das AM, ver FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., loc. cit..

ções e têm, por isso, legitimidade para conferir «representatividade» aos órgãos da associação”⁵⁸.

As alterações ao regime das AM de Lisboa e Porto trazidas pela Lei 46/2008 são, a nosso ver, inconstitucionais, por violação do princípio democrático, do princípio da autonomia local (nomeadamente da autonomia dos municípios) e do princípio da tipicidade das autarquias locais, isto na medida em que atribuem funções executivas que em rigor constituem por definição uma extensão dos poderes executivos das Câmaras Municipais a entidades cujos órgãos não gozam da necessária legitimidade democrática em que assenta (também) todo o (verdadeiro) Poder Local.

Não se diga também, por fim, que o «prémio de consolação» que a proposta oferece aos executivos municipais e aos seus presidentes, arrumando-os numa «prateleira dourada» – a hoje esvaziada (de competências) Junta – de algum modo compensa ou sequer atenua o citado *deficit* de legitimidade democrática destas novas entidades e dos respectivos órgãos.

Com efeito, a Junta é agora uma entidade política e juridicamente muito pouco relevante: trata-se de um híbrido impotente, espartilhado entre o executivo e o deliberativo, que (como não podia deixar de ser) não logra encaixar-se em qualquer categoria de órgãos de entes territoriais conhecidos quer na nossa história constitucional e jurídico-administrativa, quer no direito comparado⁵⁹.

É a nosso ver claramente insuficiente o poder de iniciativa da Junta, de propor à Assembleia a nomeação, demissão colectiva ou substituição individual dos membros da CEM. Com efeito, e pesem as limitações advenientes de um processo de co-decisão deste tipo para ambos os órgãos, cabe à Assembleia o poder final de designação dos membros da CEM – podendo aquele órgão deliberativo bloquear sucessivamente as propostas da Junta até lhe ser apresentado um elenco de nomes do seu agrado.

Quanto à função da Junta de «*coordenar a actuação dos municípios no âmbito metropolitano*», trata-se de uma disposição claramente fantasista. Nem sequer se pode falar aqui numa sobreposição de competências (entre a Junta e a CEM), pois quem coordena por

⁵⁸ FERNANDO ALVES CORREIA, *Formas Jurídicas de Cooperação Intermunicipal*, Coimbra, 1986, p. 56.

⁵⁹ A propósito do anteprojecto de 2007, conclui VITAL MOREIRA o ser esta peregrina solução “assumidamente inspirada no sistema de governo da União Europeia”, correspondendo a CEM à Comissão Europeia” (*Associações intermunicipais...*, cit., p. 18, nota 6). Particularmente elucidativa, nesse sentido, era sobretudo a (felizmente abandonada) previsão, no anteprojecto de 2007, de uma presidência rotativa (por períodos anuais) de cada um dos presidentes de câmara dos municípios integrantes da área metropolitana.

definição a actuação dos municípios é o executivo metropolitano, ou seja, a CEM – *quod est demonstrandum...*

Outra sobreposição (desta feita entre a Junta e a Assembleia) ocorre também com as missões da Junta de «estabelecer as linhas de opção política e estratégica da AM», (al. b) do n.º 1 do artigo 14.º) e de «acompanhar» o trabalho do órgão executivo em reuniões promovidas para o efeito (al. c) do n.º 1 do artigo 15.º) – sobreposição essa também susceptível de gerar conflitos positivos de competências com a assembleia metropolitana (se é que um órgão como este, com congénita impotência de que padece, consegue sustentar qualquer conflito seja com quem for...)

Sem bem virmos, no que respeita às competências executivas propriamente ditas, restam à Junta as erráticas tarefas de «pombo-correio» entre a CEM e a Assembleia metropolitana – as quais não são apenas irrelevantes, pois, e muito pior do que isso, apoucam a dignidade e o estatuto dos Presidentes que integram este órgão.

5. Considerações finais

5.1. Não podemos deixar de assinalar, *in fine*, um facto de difícil compreensão, e que é o afastar-se a estrutura orgânica das AM do regime geral das associações de municípios estatuído na Lei 45/2008, que mantém a normal estrutura destas entidades de 2.º grau. Porquê duas medidas – uma para as AM de Lisboa e Porto e outra para o resto do País?

Dir-se-á que militam a favor da solução orgânica perfilhada na presente lei razões que têm a ver com a necessária eficácia do governo das AM, requerendo os titulares dos respectivos órgãos executivos, precisamente por serem órgãos executivos, um perfil mais técnico do que político, ponderação esta que, concorde-se ou não (acrescentar-se-á, na mesma hipótese académica) se situa na (ampla) zona da discricionariedade legislativa, sendo por isso o seu conteúdo insindicável em sede de fiscalização da constitucionalidade.

Acontece que o princípio da eficácia da Administração Pública não tem o condão de justificar o desrespeito por princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como o princípio democrático e o princípio da autonomia local – e muito menos verdadeiras regras (algumas das quais condensadoras destes últimos princípios, como é o caso das que ora se discutem) como a da tipicidade das autarquias locais.

5.2. É certo que as grandes áreas urbanas como a Grande Lisboa e o Grande Porto apresentam problemas específicos que podem requerer soluções institucionais diferentes (no

sentido de uma maior integração, e do aumento de poderes das instâncias metropolitanas) das gizadas pela lei para o resto do país.

Mas, como vimos, o legislador constituinte foi sensível a essa problemática, permitindo soluções diferenciadas para essas AM que passam pela criação de associações públicas de municípios com regimes especiais (desde logo assentes na obrigatoriedade de pertença dos municípios abrangidos). E mais do que isso – como constatámos também supra – permite o n.º 3 do artigo 236.º CRP ao legislador estabelecer nessas “*grandes áreas urbanas e nas ilhas*”, de acordo com as suas condições específicas, “*outras formas de organização territorial autárquica*” – em *ultima ratio*, novas verdadeiras autarquias locais de âmbito supra-municipal, com órgãos eleitos por sufrágio directo, secreto e universal, inclusive (hipótese que não é de excluir) em (parcial ou total) substituição dos municípios que hoje agregam as populações dessas áreas.

Entendeu o legislador não dar o passo de criar uma nova autarquia local que a Constituição lhe permite.

Mas então tem que se conformar com as limitações inerentes ao formato mais modesto que escolheu.

O que não é possível é «ter sol na eira e chuva no nabal», ou seja, *falsas autarquias supramunicipais* (porque carentes da imprescindível legitimidade democrática que é apátrio do Poder Local), mas *com todos os atributos das verdadeiras autarquias* (porque possuidoras de órgãos supra-ordenados relativamente aos executivos municipais, com um estatuto de separação e de considerável autonomia face aos mesmos executivos). Pois é a tais espúrias entidades que a presente lei confere poderes (e meios financeiros) que em boa medida apenas cabem por direito próprio (por imperativo constitucional) aos municípios.

5.3. Mesmo que não fossem consideradas as razões que se acabam de aduzir, o formato orgânico em questão nunca seria de todo o modo adequado a dar resposta às (acrescidas) exigências de eficácia e tecnicidade do funcionamento dos executivos metropolitanos.

Com efeito, no sistema abolido (e porventura com a excepção do edil que ocupava a presidência da Junta) não eram obviamente os presidentes de câmara que geriam o dia-a-dia do executivo metropolitano, mas o *administrador executivo*.

De certo modo, a Junta propriamente dita exercia sobre o dito administrador executivo, nas suas reuniões mensais, a função supervisora que a proposta de lei pretende agora (continuar) a atribuir à Junta relativamente à nova CEM de cariz executivo.

O problema é que tal arremedo de supervisão perde agora toda a sua eficácia, na medida em que o órgão tutelado deixa de responder perante os Presidentes de Câmara, que não o podem destituir por perda de confiança pessoal e política. A quem ele tem que prestar (boas) contas (sob pena de sofrer as consequências) é a um outro órgão colegial «democraticamente impróprio», como é o caso da assembleia metropolitana.

Dir-se-á que a figura do administrador executivo já é claramente insuficiente no caso das AM. Mas nesse caso tal administração executiva, um tal colégio de administradores com perfil técnico e executivo (no sentido mais de gestor) *tem que continuar a responder essencialmente – e este é o ponto – perante um órgão dotado da devida legitimidade democrática no sistema do Poder Local, como é, só pode ser (e como tem sido entendido e bem até agora) o órgão que integra os presidentes dos executivos municipais, ou seja, a Junta*. O mesmo é dizer que tal Administração deverá sempre ser nomeada e demitida (livremente) pelo colectivo dos presidentes das Câmaras.

5.4. Ainda sob o ponto de vista da eficácia da solução institucional ora preconizada para as AM, diga-se, por fim, que seria difícil imaginar solução mais inadequada para o problema que se pretende resolver.

Na verdade, as nefastas consequências da criação desta nova instância de poder (da CEM) já estão à vista: é que, e independentemente das questões de (in)constitucionalidade aqui levantadas, a maioria dos presidentes manifestou ao longo do processo legislativo (com ou sem razão – a nosso ver, pelo menos do ponto de vista jusconstitucional, que é o que nos interessa, com toda a razão) o seu receio face à real possibilidade de as CEM usurparem funções que lhes cabem⁶⁰.

E poderão por isso não lhes prestar a colaboração de que elas carecem (não lhes delegando desde logo quaisquer poderes). *Isto se as não boicotarem activamente...* Ora, sobretudo neste último caso (em que passaremos a ter nas AM um governo bicéfalo, mas com as duas cabeças a guerrearem-se mutuamente) a intrínseca fragilidade institucional destas estruturas não resistirá a uma tal guerrilha política.

Em vez do clima de (voluntária) cooperação – própria aliás da natureza associativa das AM (e demais associações de municípios) – que de uma forma geral tem existido até agora (mesmo entre presidentes de diferentes quadrantes políticos), corremos o risco de assistir a uma eclosão de conflitos domésticos (no seio próprio seio do Poder Local), com

⁶⁰ A propósito do anteprojecto de 2007, refere precisamente VITAL MOREIRA o ter deparado esta solução institucional “com a oposição geral das forças partidárias, por retirar o poder executivo das AM aos presidentes de CM, que têm legitimidade democrática, confiando-a a um órgão técnico sem legitimidade política” (*Associações intermunicipais...*, cit., p. 18, nota 6).

todas as consequências daí advenientes de perda de eficácia e de operacionalidade quer dos executivos metropolitanos, quer dos próprios municípios que os integram. □

**Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos:
a experiência portuguesa nos sectores das energias, comunicações,
transportes, abastecimento de água e saneamento**

Manuel Porto

Professor Faculdade de Direito de Coimbra

1. Introdução

Quando se fala em modelo ou modelos europeus não se tem por vezes em conta a diversidade que se encontra no ‘velho’ continente.

Em alguns casos, designadamente nos casos da prestação de serviços públicos (e da regulação), tende a confundir-se o modelo europeu com a experiência francesa, quando são bem diversas as experiências de país para país ¹.

Tem designadamente facetas peculiares o caso português, que em medida assinalável foi reflectindo ao longo das décadas a evolução política que ia ocorrendo no país.

Em traços largos, pode recordar-se que em áreas de grande relevo a prestação de serviços públicos essenciais (designadamente a prestação de serviços em rede) começou a ser feita por empresas privadas, algumas delas com capital estrangeiro (em especial capital

¹ A acrescer à valiosa literatura do que já se dispõe, foram levados a cabo dois projectos de investigação comparando as experiências dos países da União Europeia, um deles coordenado por Franck Moderne e Gérard Marcou (com o título genérico de *Law of Regulation, Public Service and Regional Integration*, a editado pela L’Harmattan, Paris) e o outro coordenado por Jacques Vandamme e François Van der Mensbrugge (*The Orchestration of the Public Services in Europe*). Em ambos os casos foi relator sobre o caso português o autor deste artigo, com a colaboração de Teresa Almeida.

Sobre a experiência francesa podem ver-se Commissariat Général du Plan (2000), Braconnier (2003) e Du Marais (2004), ou ainda Moderne e Marcou, ed. (2001) e Henry e Quinet, coord. (2003), referindo igualmente outras experiências. Considerando em maior medida a experiência do Reino Unido, onde nos anos mais recentes mais se avançou no sentido das privatizações, pode ver-se Newbery (2001). A experiência brasileira, v.g. comparando-a com a dos Estados Unidos, é analisada por exemplo por Cuéllar e Bockmann Moreira (2004). Com uma análise geral do caso português ver Gouveia (2001).

inglês). A iniciativa privada verificou-se por exemplo no transporte ferroviário, no transporte urbano em Lisboa, no abastecimento de gás nesta cidade, nos telefones de Lisboa e Porto e no transporte aéreo. Mas em todos estes casos teve lugar com concessões públicas, não em mercado livre, com acesso aberto e concorrência ².

A transferência de alguns destes serviços para o Estado teve lugar com o Estado Novo (1928-1974), um regime de direita mas de corporativismo de Estado, com enorme crença nas virtudes da intervenção pública.

Em tal quadro, a intervenção privada permaneceu na produção e na distribuição da electricidade (neste caso, só a rede fixa pertencia ao Estado), no transporte rodoviário interurbano (em ambos os sectores os serviços eram prestado por muitas empresas) e no transporte aéreo regular no país (prestado quase só pela TAP) ³.

Em todos os casos, não só nestes, o regime corporativo português era caracterizado também por uma regulação fortemente intervencionista⁴. Era uma regulação com uma filosofia totalmente diferente da actual, com o objectivo de diminuir ou impedir mesmo a concorrência no mercado.

Os passos seguintes estiveram também estreitamente ligados à filosofia política que foi prevalecendo no país.

Assim aconteceu com a ‘revolução’ de 1974, abrindo caminho nos anos seguintes à intervenção do Estado em todos os serviços de interesse geral: com a nacionalização de todos os sectores básicos da economia portuguesa, aos quais a iniciativa privada não podia ter acesso. A título de exemplo, como se verá melhor adiante, foram nacionalizados todo o sector eléctrico (pelo decreto-lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril), a maior parte das empresas rodoviárias (num total de 92, incluindo todas as de maior dimensão, nacionalizadas em 1975 através de diversos diplomas) e a TAP.

A proibição geral de intervenção privada nos sectores principais da economia portuguesa foi determinada pela lei n.º 46/77, de 8 de Julho. De acordo com ela (artigo 4º), a iniciativa privada não podia ter acesso a actividades de “produção, transporte e distribuição de energia eléctrica para consumo público”, “produção e distribuição de gás para consumo

² Ver por exemplo Vasconcelos (2004) e Santos, Gonçalves e Marques (2006, p. 14) .

³ Havendo a referir uma ou outra experiência de transportes regionais. Os transportes entre os países eram por seu turno feitos pelas respectivas companhias ‘majestáticas; pela TAP e pela Ibéria os voos com a Espanha, pela TAP e pela Air France os voos com a França, pela TAP e pela Lufthansa os voos com a Alemanha ou ainda por exemplo pela TAP e pela British Airways os voos com o Reino Unido.

Nos sectores da banca, dos seguros e do audiovisual, não considerados neste artigo, havia intervenção pública e privada.

⁴ Feita designadamente pelos ‘organismos de coordenação económica’ (ver Ferreira, 2001, pp. 403-4).

público através de redes fixas”, “captação, tratamento e distribuição de água para consumo público através de redes fixas”, “saneamento básico”, “comunicações por via postal, telefónica e telegráfica”, “transportes regulares aéreos e ferroviários”, “transportes públicos colectivos urbanos de passageiros nos principais centros populacionais” (com excepção dos táxis) e “exploração de portos marítimos e aeroportos”.

‘Protegendo’ estas situações, o artigo 83º da Constituição de 1976 foi muito claro, dispondo que “todas as nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974 são conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras”.

Como seria de esperar, com esta intervenção pública abrangente e exclusiva não havia regulação independente, não havendo além disso lugar para a promoção da concorrência. A intervenção estadual era em grande medida determinada por um propósito ideológico, de imposição de um regime socialista. Mas havia além disso então a crença de que sendo prestados pelo Estado ou outras entidades públicas os serviços satisfaziam em melhores condições os cidadãos, designadamente com preços mais baixos para os consumidores (não se tendo em conta os custos orçamentais para os contribuintes, com um ónus inevitável para os mais pobres, sendo deficitários).

Só nos anos 80 foram dados os primeiros passos para a reprivatização ou a privatização destes sectores básicos, designadamente dos sectores que foram públicos durante o *Estado Novo*.

Passos mais relevantes exigiam uma mudança constitucional, face à ‘protecção’ referida há pouco. Mas o artigo 83º não foi alterado pela revisão de 1982, sendo por isso mais limitados os passos dados. Não deixaram todavia de ser relevantes os passos dados pela lei n.º 406/83, de 19 de Novembro, que reduziu o número dos sectores proibidos à iniciativa privada (foi então aberta à banca, aos seguros e a dois sectores industriais).

Passos com especial significado nas áreas consideradas neste artigo foram dados uns anos depois, pela lei n.º 110/88, de 29 de Setembro, e pelo decreto-lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro, que abriu a iniciativa privada não só a todos os sectores industriais (com a excepção das armas) como a alguns serviços mais: electricidade e gás para consumo público, telecomunicações e transportes aéreos e terrestres.

Em 1989 procedeu-se a uma revisão mais alargada da Constituição, em grande medida determinada pela adesão de Portugal às Comunidades Europeias: com implicações, a par de outros domínios, no reforço do papel da propriedade e da iniciativa privadas. Com maiores implicações para os sectores que estão em análise, o artigo 83º foi substituído por um novo artigo, o artigo 85º, de acordo com o qual “a reprivatização da titularidade

ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974 só poderá efectuar-se nos termos de lei-quadro aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções”. Embora nestas condições, estava aberta a porta para um movimento mais alargado de privatizações.

Por fim, volta a ter implicações no nosso tópico a revisão constitucional de 1997⁵. De acordo com o novo artigo 84º (n.º 3), “a lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado...”. O que antes era regra, a propriedade pública dos sectores básicos, a partir de 1997 passou a ser excepção.

Com estas mudanças institucionais Portugal passou a poder seguir, sem restrições, o movimento de privatizações e concorrência que ia tendo lugar nos demais países.

Actualmente as principais excepções à intervenção privada estão consagradas na lei n.º 88-A/97, que através do artigo 5º revogou a lei n.º 46/77. De acordo com o artigo 1º, entidades privadas (ou similares) não podem intervir, salvo em caso de concessão, no abastecimento de água e saneamento (incluindo a captação e o tratamento respectivos), nos serviços postais, nos transportes ferroviários e na exploração dos portos de mar, se estas actividades são prestadas como “serviços públicos”. Se não for o caso, já pode haver intervenção privada.

Como seria de esperar, os passos de privatização foram acompanhados por medidas de regulação: garantindo a concorrência no mercado, quando estão várias entidades a operar, e em todos os casos assegurando o cumprimento de objectivos socialmente desejáveis⁶.

⁵ A revisão de 1992 foi determinada principalmente pelo Tratado de Maastricht: em especial, pela necessidade de mudar o que se dispunha acerca do papel do Banco de Portugal na política monetária.

⁶ Trata-se de temática a considerar em artigo a publicar no próximo número.

Nos termos do n.º 1 do artigo 86º da Constituição, o Estado controla o cumprimento pelas empresas das suas obrigações legais, especialmente quando são empresas que prosseguem “actividades de interesse económico geral”.

Definindo objectivos a serem atingidos deve ser feita referência à lei n.º 23/96, de 26 de Julho. Trata-se de lei com o propósito de protecção dos consumidores (utilizadores, em termos mais gerais) de serviços públicos essenciais: de fornecimento de água, electricidade, gás e telefone (tendo o artigo 13º previsto a extensão das regras estabelecidas a serviços avançados de telecomunicações e aos correios).

Os princípios a seguir no fornecimento destes serviços são mencionados em diferentes artigos: devendo designadamente ser fornecidos com ‘boa fé’, de acordo com a sua natureza e com os interesses dos consumidores (artigo 3º), haver informação completa e clara (artigo 4º), haver continuidade, sendo admitidas apenas poucas excepções (artigo 5º), e serem respeitados padrões de qualidade (artigo 7º).

São naturalmente princípios (estes e outros) mencionados também nas leis que estabelecem e regulam os serviços de cada sector.

2. A evolução dos sectores considerados

Será interessante vermos, em traços largos, como se foi processando a prestação dos serviços nos sectores considerados neste artigo.

Energia

São muito diferentes as ‘histórias’ ocorridas na produção, no transporte e na distribuição de energia, entre os sub-sectores da electricidade e do gás, continuando a verificar-se algumas diferenças nos nossos dias.

a) Electricidade

Na produção e na distribuição de electricidade tínhamos antes de 1975 empresas públicas, privadas e cooperativas, mais de 150, algumas destas com participação pública⁷.

Com o movimento de nacionalizações, feitas em especial através do decreto-lei n.º 205-G/75, a concessão da produção, do transporte e da distribuição de electricidade foi atribuída a uma só empresa, a EDP (Electricidade de Portugal), criada pelo decreto-lei n.º 502/76, de 30 de Junho. Mesmo a distribuição domiciliária, feita antes em muitos casos pelas autoridades locais, ficou limitada então à EDP.

Fora desta empresa ficaram as empresas de electricidade dos Açores e da Madeira, a Insular de Electricidade e a Electricidade da Madeira. No continente ficaram de fora apenas os casos de auto-produção, todos eles de dimensão muito pequena.

Só treze anos depois foi permitida nova participação de iniciativa privada (além das excepções acabadas de mencionar) no sector da electricidade: como se disse, através da lei n.º 110/88 e do decreto-lei n.º 449/88. Num primeiro passo, o decreto-lei n.º 7/91, de 8 de Janeiro, transformou a EDP de pessoa colectiva de direito público em pessoa colectiva de direito privado, numa sociedade anónima só com capital público⁸. Depois, o decreto-lei n.º 99/91, de 2 de Março, começou a reestruturação do sector da electricidade.

⁷ De acordo com o decreto-lei n.º 49211, de 27 de Agosto de 1964, foi atribuído um papel principal à Companhia Portuguesa de Electricidade (CPE), com a atribuição do monopólio para o transporte da electricidade em todo o território português. Já em muitos casos a distribuição aos consumidores era feita pelos municípios ou por associações de municípios.

A organização do sector da electricidade em Portugal havia sido estabelecida pela lei n.º n.º 2002, de 26 de Dezembro de 1944 (desenvolvida anos depois pelo decreto-lei n.º n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960).

⁸ Nos termos do preâmbulo, “... 14 anos depois da sua criação, a EDP não foi ainda capaz de dar uma resposta pronta e eficaz ao desenvolvimento de um sector eléctrico eficiente”.

O quadro para a reestruturação da EDP foi restabelecido por decreto-lei 131/94, de 19 de Maio, levando à desintegração vertical da empresa⁹: com diferentes empresas para a produção, uma empresa para o transporte e diferentes empresas para a distribuição¹⁰. A desintegração horizontal foi também prevista, com a criação de novas empresas para o desenvolvimento de outras actividades (cfr. Penedos, 2001, p. 11). Além disso, tendo sido transformada numa empresa de capital público, em 1997 começou o processo de privatização da EDP.

Um novo quadro base para o sector da electricidade foi estabelecido pelo decreto-lei n.º 182/85, de 27 de Julho (em relação ao Continente, não em relação aos Açores e à Madeira, revogou o decreto-lei n.º 99/91): contendo as ‘bases do sistema eléctrico nacional’ (BSEN; ver também os decretos-leis n.ºs 183/95 a 186/95, do mesmo dia).

Nos seus termos, temos simultaneamente um Sistema Eléctrico Público (SEP) e um Sistema Eléctrico Independente (SEI). O primeiro tem principalmente a responsabilidade pela Rede Nacional de Transporte (RNT), sendo responsável também por outras infraestruturas. No segundo, virado para um mercado de concorrência, temos o Sistema Eléctrico Não Vinculado (SENV), a produção de energia em instalações hidroeléctricas com menos de 10 MWA, energias renováveis (com excepção de outras produções hidroeléctricas) e a produção em unidades de co-geração (artigo 3º).

Uma referência especial deve ser feita à separação entre a gestão da rede fixa e o fornecimento de electricidade¹¹.

De acordo com o artigo 64º a exploração da rede fixa, a Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica (RNT), foi atribuída a uma empresa pública, a Rede Eléctrica Nacional (REN), com a concessão em exclusivo (decreto-lei n.º 198/2000, de 24 de Agosto).

Algumas obrigações de serviço público são também estabelecidas no decreto-lei n.º 184/95, da mesma data, dizendo respeito à distribuição da electricidade.

De acordo com as bases do sistema (BSEN), devem ser atingidos os objectivos seguintes: qualidade, cobertura completa do território português, continuidade na oferta e limitação

⁹ A Resolução do Conselho de Ministro n.º 112/82, de 20 de Maio, havia expressado dúvidas sobre a integração vertical da EDP; tendo já neste mesmo ano sido dados alguns passos no sentido de um novo relacionamento com as autoridades locais. Assim, nos termos do decreto-lei n.º344-B/82, de 1 de Setembro, a distribuição da electricidade em baixa tensão passou a ser competência dos municípios, directamente ou em concessão (ver Moreira, 2001 a, p. 238).

¹⁰ Nos termos do n.º 3 do artigo 28º, a distribuição da electricidade foi atribuída a quatro empresas ‘regionais’: a Electricidade do Norte (EN), a Electricidade do Centro (CENEL), a Electricidade de Lisboa e Vale do Tejo (LTE) e a Electricidade do Sul (SLE) (ver Sousa e Cruz, 1995, p. 275 e Penedos, 2001, pp. 11/19).

¹¹ Tal como anteriormente, a propriedade da rede fixa pertence ao Estado, como ‘domínio público’.

dos preços, com estabelecimento de valores máximos. A palavra ‘universal’ não é mencionada na lei, mas tem-se o entendimento de que ‘serviço público’ é ‘serviço universal’¹².

Finalmente, é de referir o já referido acordo a que se chegou recentemente entre os governos da Espanha e de Portugal, a concretizar em 2005, nos termos do qual é formado um mercado ibérico de electricidade (NIBEL). Neste mercado são garantidas oportunidades iguais a todos os operadores, devem ser identificados e afastados todos os obstáculos à convergência entre os sistemas eléctricos dos dois países, as entidades reguladoras devem organizar também em conjunto para ambos um modelo organizacional de mercado, e deve ser estabelecido um plano detalhado para a concretização das necessárias medidas organizacionais e técnicas.

b) Gás

Durante mais de um século só na cidade de Lisboa houve o fornecimento de gás através de rede fixa. Como se disse, assim aconteceu no início através de uma empresa inglesa, que alguns anos depois foi transformada numa empresa pública portuguesa. Além deste caso, o conjunto do país tem sido fornecido de gás butano através de botijas.

Na União Europeia Portugal acabava por ser o único país sem fornecimento de gás natural numa parcela significativa do seu território (era pequeno o fornecimento na Grécia).

O quadro geral para o fornecimento deste tipo de gás, abrangendo a maior parte da população e das actividades económicas do país, foi estabelecido pelo decreto-lei n.º 374/89, de 25 de Outubro, definindo o regime de importação, transporte e distribuição através de redes fixas.

De acordo com este diploma o fornecimento de gás, como um serviço público em exclusividade, deveria ser feito através de uma concessão conseguida num concurso (n.º 2 do artigo 2º). Todavia na cidade de Lisboa, tendo-se em conta a rede já existente, deu-se uma concessão directa à Lisboagás (artigo 4º do decreto-lei n.º 333/91, de 8 de Setembro); e, depois de alguns adiamentos, o mesmo procedimento acabou por ser seguido em relação à rede nacional principal, de alta pressão, atribuída em concessão directa à Transgás (decreto-lei n.º 374-A/93, de 4 de Agosto). Um procedimento de concurso público acabou pois por ser seguido apenas em relação aos outros concessionários ‘regionais’ (artigo 3º do decreto-lei n.º 33/91), levando às concessões atribuídas à Portgás, à Lusitaniagás, à Beiragás, à Tagusgás e à Setgás.

¹² Sobre a precisão de cada uma destas noções, face ao direito comunitário, ver Lopes (2003) e Gonçalves e Martins, com a colaboração de Lopes (2004), ou C.Silva (2008)..

Portugal pôde ‘beneficiar’ de um atraso de dez anos até estar totalmente obrigado às regras de total concorrência, considerando-se que neste domínio se tratava de um ‘mercado emergente’. Não ficámos pois obrigados desde o começo ao conjunto das regras estabelecidas para o ‘mercado único de energia’.

Trata-se naturalmente de condições apenas para o transporte e a distribuição de gás através de redes fixas. O negócio do fornecimento de gás em botijas (butano), com a mais longa tradição, continua a ser livre.

Um mercado ibérico está previsto também para o gás, não só para a electricidade (ver o preâmbulo do decreto-lei n.º 97/2002, de 12 de Abril).

Comunicações

Há também diferenças muito importantes na história e na situação presente de duas áreas das comunicações, as telecomunicações e o correio¹³.

a) Telecomunicações

Como se disse, o serviço de telefones em Lisboa e no Porto começou por ser prestado, em 1882, por uma empresa privada, a *Edison Gower Bell Telephone Company*; seguida em 1887 pela *Anglo-Portuguese Telephone Company* (APT) (que deu lugar depois à empresa Telefones de Lisboa e Porto, TLP). Diferentemente, a cobertura pelos serviços de telefones e de telex em todas as demais áreas do país foi feita desde o início por uma entidade pública, também responsável pelos serviços de correio: os Correios, Telégrafos e Telefones (CTT)¹⁴.

Tendo a empresa de Lisboa e Porto (TLP) sido transformada numa empresa pública em 1969 (permanecendo públicos, os CTT foram transformados também numa empresa pública), não se verificou mudança na natureza da propriedade com a evolução política verificada depois de 1974¹⁵. O que se estabeleceu na lei n.º 46/77 (e na Constituição) con-

¹³ Neste artigo não tratamos também do audio-visual, com participações pública e privada na televisão, na rádio e na imprensa escrita (com referências breves ver Porto, 2006, pp. 1045-6, 2009^a, p. 290 ou 2009b, p. 191).

¹⁴ Para as comunicações sem fio com países e territórios portugueses de outros continentes em 1925 foi dada uma concessão de serviço público à *Companhia Portuguesa Rádio Marconi*, SA (sobre a história das telecomunicações em Portugal ver Santos, 1991, Gonçalves, 1999, pp. 67ss e Simões, 2002, pp. 43ss).

¹⁵ A *Companhia Portuguesa de Rádio Marconi* permaneceu como uma empresa privada. Mas em 1965 todo o seu capital (todas as acções) foi adquirido pela *Portugal Telecom*.

firmou apenas a situação já existente: uma situação de ausência de intervenção privada nos serviços de comunicações telefónicas, telegráficas e postais.

Um diploma de 1981 respeitante aos dois sub-sectoros, o decreto-lei n.º 188/81, de 2 de Julho, estabeleceu os quadros gerais de intervenção. Com ele foram estabelecidos um Conselho Nacional de Telecomunicações (artigo 6º) e o Instituto de Comunicações de Portugal (ICP) (artigo 7º): o primeiro com competências apenas na áreas das telecomunicações e o segundo com competências em ambas as áreas, das telecomunicações e dos correios. Como se disse atrás, a possibilidade de haver de novo intervenção privada no sector foi proporcionada apenas pela lei n.º 88/89, de 11 de Setembro, com a primeira Lei de Bases de Telecomunicações, Infraestruturas e Serviços.

No final de 1992 a actividade de telecomunicações que cabia aos CTT foi separada e atribuída à Telecom Portugal, incluída na holding CN, Comunicações Nacionais. Desde então os CTT ficaram só com os serviços postais.

Com o propósito de racionalização do sistema, em 1994 o decreto-lei n.º 122/94, de 14 de Maio, criou as condições para a fusão da Telecom Portugal (TP), Telefones de Lisboa e Porto (TLP) e Teledifusora de Portugal (TD)¹⁶, levando no dia 23 de Julho do mesmo ano à criação da Portugal Telecom, PT, tendo sido revogada a lei n.º 88/99.

Na sequência da abertura permitida pela lei n.º 88-A/97, o capital da PT foi aberto à participação privada em fases sucessivas: 26% em 1997, 13,5% em 1999 e o maior parte do restante em 2000, com o Estado a manter uma *golden share* (com 500 acções da classe A).

Uma nova base para o mercado das telecomunicações foi estabelecida em 1997, pelo decreto-lei n.º 91/97, de 1 de Agosto, com uma nova lei sectorial: a nova Lei de Base das Telecomunicações (LBT).

Antes deste diploma foi todavia publicado o decreto-lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro, aprovando as bases do contrato de concessão do serviço público de telecomunicações à Portugal Telecom. Tratou-se de concessão que lhe deu o exclusivo da exploração dos serviços fornecidos através da rede fixa por um período de trinta anos (artigo 6º da concessão; ver também o n.º 1 do artigo 23º do decreto-lei n.º 458/99, de 5 de Novembro). Um ano mais tarde o decreto-lei n.º 219/2000, de 9 de Setembro, autorizou a transferência da concessão da Portugal Telecom para a PT Comunicações.

¹⁶ A Marconi não foi incluída.

Com este exclusivo foi pois em alguma medida retardada a liberalização completa do mercado, estabelecida pela lei n.º 1/87 (artigo 7º) ¹⁷.

De acordo com o artigo 8º, o Estado português assegura o fornecimento de um serviço ‘universal’ em todo o território do país incluindo a colocação de telefones fixos, serviço que pode ser fornecido pela entidade pública ou em concessão por uma empresa privada.

Uma especificação mais alargada foi feita pelo decreto-lei n.º 458/99, de 5 de Novembro. De acordo com o n.º 2 do artigo 1º o princípio da universalidade inclui igualdade, continuidade e preços baixos; acrescentando no artigo 3º os objectivos de conexão com a rede fixa, de colocação de cabines públicas e de distribuição de listas telefónicas ¹⁸.

De acordo com o artigo 5º, a infraestrutura da rede fixa era de propriedade público (‘domínio público’).

A possibilidade de ser privatizada e vendida a uma empresa privada foi aberta recentemente pela lei n.º 29/2002, de 6 de Dezembro; tendo sido de facto vendida pelo Governo português à Portugal Telecom.

Tomando em consideração determinações da União Europeia, o princípio da abertura da rede fixa está totalmente aceite na nossa legislação. Trata-se pois de rede que tem de estar aberta a diferentes operadores (ver o decreto-lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro e o decreto-lei n.º 415/98, também de 30 de Dezembro).

b) Correios

Neste sector tivemos desde o começo intervenção do Estado¹⁹, cobrindo todo o território com um serviço universal. O departamento público que o prestava, os Correios, Telégrafos e Telefones (CTT), transformado mais recentemente numa empresa pública, cobriu desde sempre também as áreas de Lisboa e Porto. Como se disse atrás, nestas duas áreas o serviço de telefones era proporcionado pelos TLP. Mas também aí, portanto em todo o território nacional, o serviço postal era proporcionado pelos CTT.

Um novo regime específico para este sector foi estabelecido pela lei n.º 102/99, de 26 de Junho, com a Lei de Base dos Serviços Postais ²⁰.

¹⁷ Trata-se de situação fortemente criticada por Gonçalves (2002, p. 25).

¹⁸ Mencionando outros textos legais portugueses neste domínio, alguns deles incorporando textos comunitários, ver Gonçalves (2002, pp. 25-79) e Simões (2002, pp. 116-23).

¹⁹ O começo do serviço de correios em Portugal remonta ao rei D. Manuel I, no século XVI.

²⁰ Com uma excepção, revogou o decreto-lei n.º 188/81, de 2 de Julho.

Através deste diploma foram estabelecidos os princípios de universalidade, igualdade, adaptabilidade, concorrência, resolução de conflitos, participação e transparência (artigo 2º).

Como se disse, de acordo com a lei n.º 88-A/97, o serviço público de correios é um dos casos excepcionais em que não podemos ter intervenção privada em Portugal (empresas privadas ou similares só podem proporcionar este serviço através de concessão)²¹. É todavia assim apenas para a prestação de 'serviço público' (ou 'reservado'), sendo definido por lei o que é abrangido nestas circunstâncias.

A concessão geral para a prestação do serviço de correios foi atribuída aos CTT, pelo decreto-lei n.º 448/99, de 4 de Novembro, por um período de vinte anos.

A evolução mais recente aponta para um alargamento sensível dos serviços proporcionados pelas estações da empresa, muito para além do serviço tradicional de correios, parecendo perspectivar-se além disso a privatização dos CTT²².

Transportes

Histórias e situações presentes muito diferentes verificam-se também entre os vários modos de transporte.

a) Transportes terrestres

As bases actuais para os transportes terrestres foram estabelecidas na lei n.º 10/90, de 17 de Março, a Lei de Bases do Sistema de Transportes Terrestres (LBTT, que substituiu a lei n.º 2008, de 7 de Setembro de 1945). De acordo com o artigo 2º devem ser atingidos dois objectivos principais: desenvolvimento económico e bem-estar das populações. Aos utilizadores são garantidos, entre outros, os princípios de liberdade de escolha, da igualdade de tratamento e da concorrência larga e justa.

Há todavia diferenças importantes entre a história e a situação presente nos caminhos de ferro e nos transportes rodoviários: tanto no que diz respeito à prestação dos serviços como no que diz respeito à regulação.

²¹ Também não podem ser privados os equipamentos utilizados na prestação dos serviços (artigo 3º).

²² Sobre esta evolução e sobre esta perspectiva pronunciou-se em entrevista o Presidente dos CTT, Carlos Horta e Costa (no *Expresso* de 9 de Outubro de 2004).

Alguns passos mais no sentido de uma maior abertura à concorrência foram dados pelo decreto-lei n.º 116/2003, de 12 de Junho, transpondo para a ordem jurídica portuguesa a directiva n.º 2002/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Junho.

Transporte ferroviário

Durante muitos anos os investimentos e a exploração dos serviços ferroviários foram feitos por várias empresas privadas e públicas, podendo lembrar-se dois ou três dos passos dados. Em 1927 a infraestrutura ferroviária da companhia pública Caminhos de Ferro do Estado foi arrendada à Companhia Portuguesa de Caminhos de Ferro (CP). Na sequência de outros casos, em 1946 deu-se um *merger* das velhas companhias Nacional, Norte de Portugal, Vale do Vouga e Beira Alta pela CP. Finalmente, em 1951 foi assinado um acordo de concessão em exclusividade entre o Governo e a CP (aprovado pelo decreto-lei n.º 38246, de 9 de Maio).

O sector ferroviário é um caso típico de monopólio natural, em que não pode haver concorrência livre nos investimentos em infraestruturas. São investimentos caríssimos, não sendo rentável explorar mais do que uma infraestrutura (é bem conhecida a dificuldade de se evitarem défices só com uma linha...). Mas mesmo que não fosse assim, seria inaceitável ter duplicações ou multiplicações na ocupação do espaço, com mais do que uma via ligando as mesmas cidades.

Durante muito tempo a CP teve competência para a actividade transportadora e para a construção e a manutenção da rede ferroviária. O Estado era (e é ainda hoje em dia) o proprietário da infraestrutura física nacional²³, mas os investimentos e a sua gestão eram feitos pela CP: nos termos de uma concessão única prevista na lei n.º 2008, de 9 de Setembro de 1945.

A situação da CP como uma empresa pública com exclusivo foi confirmada pela lei n.º 46/77, de acordo com a qual a iniciativa privada não podia ter acesso à actividade de transporte ferroviário.

Esta limitação foi afastada em 1991 pela lei n.º 28/91, de 17 de Julho: permitindo ao Governo o estabelecimento de condições para a intervenção de empresas privadas (o decreto-lei n.º 116/92, de 20 de Junho, admitiu a sub-concessão da exploração de algumas linhas a operadores privados, sendo a CP concessionária da rede). Actualmente têm já o estatuto de empresas privadas a FERTAGUS – Travessia do Tejo, Transportes, SA (ligação Norte-Sul) e os metropolitanos ligeiros de superfície: o metropolitano do Porto e os que estão em construção e em vias de construção na margem sul do Tejo e em Coimbra (o ser-

²³ É a própria Constituição que estabelece que a infraestrutura física dos caminhos de ferro pertence ao domínio público (al. e) do n.º 1 do artigo 84º).

viço de metropolitano em Lisboa é prestado por uma empresa pública, o Metropolitano de Lisboa).

A competência para estabelecer os preços para a sua actividade tem sido atribuída sempre à CP.

A possibilidade de acesso de operadores internacionais foi estabelecida pelo decreto-lei n.º 252/91, de 23 de Setembro (incorporando as directivas n.º 91/440/CEE, de 29 de Julho, e 95/181-EC e 95/19/EC, ambas de 19 de Julho).

A ideia de separar a exploração da infraestrutura física da prestação do serviço de transportes havia sido considerada já na Lei de Bases do Sistema de Transportes Terrestres (lei n.º 10/90). Uma empresa pública com o objectivo de exploração da rede nacional, a Rede Ferroviária Nacional, REFER, EP, foi criada em 1997 pelo decreto-lei n.º 104/97, de 29 de Abril.

Uma definição recente de regras para a gestão das redes fixas foi feita pelo decreto-lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, adoptando o *Pacote Ferroviário I* (Railways Package I), de acordo com as directivas n.ºs 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE, de 26 de Fevereiro.

Transporte rodoviário

Neste caso e até 1974 tivemos apenas iniciativa privada nos transportes nacionais não urbanos.

Verificou-se pois uma mudança muito sensível quando em 1975 foram nacionalizadas 92 empresas, todas as mais importantes, dando lugar à criação da Rodoviária Nacional: a empresa que ficou com uma situação quase monopolística até aos anos 90.

Só então se verificou a oportunidade de haver de novo intervenção privada no mercado. Entre 1992 e 1993 os vários ramos ‘regionais’ da rodoviária nacional foram transformados em empresas independentes e vendidos a grupos privados. Agora, nas condições estabelecidas pelo Estado, está aberta a possibilidade de concorrência, entre empresas já existentes e empresas que venham a formar-se

A situação tem sido muito diferente para os transportes públicos urbanos. Depois de uma intervenção privada inicial, por uma empresa inglesa, nos transportes urbanos de Lisboa (a Companhia Carris de Lisboa, operando serviços de eléctricos e de autocarros), deram-se intervenções públicas importantes: com a nacionalização desta companhia e, desde o começo, com a iniciativa pública em outras cidades, por exemplo com o Serviço de Trans-

portes Colectivos do Porto (STCP), na cidade do Porto e com serviços municipais em Coimbra, Braga, Setúbal, Aveiro e Barreiro.

b) Transporte aéreo

Durante muito tempo só uma companhia, Transportes Aéreos Portugueses (TAP), fornecia transporte aéreo regular no nosso país. Era uma companhia privada, mas podia operar sozinha, com o exclusivo concedido pelo Estado ²⁴.

Em 1976 foi nacionalizada e, de acordo com a lei n.º 46/77, os transportes aéreos regulares foram excluídos de intervenção privada.

O afastamento desta limitação foi feito pela lei n.º 110/88 (ver também o decreto-lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro e a lei n.º 28/91, de 17 de Julho), abrindo caminho para a intervenção de empresas privadas nesta área de actividade.

Tal como em outros sectores, têm todavia de ser cumpridos requisitos de serviço público, incluindo a prestação de serviços com preços baixos em áreas pouco povoadas ou a satisfação de exigências de conforto e segurança (sendo esta última de especial importância com este modo de transporte). Será de acrescentar que o transporte aéreo tem um papel muito especial como condição de coesão social e económica para regiões insulares (ou regiões continentais muito afastadas).

Enquanto nos territórios há alternativas mais ou menos aceitáveis (por exemplo entre o transporte ferroviário e o transporte rodoviário), o transporte aéreo é a única forma de se ter contacto com ilhas distantes a que não pode chegar-se com rapidez através de qualquer outro modo de transporte (no caso, através de transporte marítimo). Assim se compreende que o regulamento (CE) 2408/92 do Conselho, de 23 de Julho, e em Portugal o decreto-lei n.º 138/99, de 23 de Abril (artigos 3º a 6º), tenham estabelecido objectivos específicos de serviço público para o transporte aéreo servindo regiões periféricas.

De acordo com o artigo 1º, deverão ser servidas as seguintes ligações: entre o território continental e as ilhas, entre as ilhas, no interior de cada arquipélago, bem como ainda em geral com regiões periféricas e com baixa densidade de tráfego.

Tendo em conta não só as más condições de acesso como também os graus de atraso destas regiões, o compromisso de cumprimento de obrigações de serviço público com o transporte aéreo é um meio muito importante de promoção da coesão económica e social. Temos por isso aqui ainda algumas excepções à concorrência total dos transportes

²⁴ Sobre as ligações com os outros países recorde-se o que dissemos na nota 3.

aéreos, aceites pelo artigo 4º do regulamento 2408/92. A compensação pelo cumprimento destes objectivos é feita através de subsídios atribuídos aos preços dos bilhetes (designadamente para os residentes das ilhas ou para pessoas que têm aí compromissos oficiais) ou através da cobertura directa dos défices (artigos 7º e ss. do decreto-lei n.º 138/99).

Na maior parte dos casos o transporte aéreo é contudo usado em ligações entre países diferentes. As regras aplicadas têm por isso de ser estabelecidas por organizações internacionais: no caso do espaço da União Europeia, tratar-se-á de regras comunitárias. Com especial relevo temos as regras aprovadas para o estabelecimento do ‘mercado único’, tal como aconteceu com as directivas de liberalização aprovadas até ao final de 1992.

c) Transporte marítimo

Uma referência especial deve ser feita à exploração dos portos de mar; um caso em que de acordo com a lei n.º 88-A/97 não pode haver intervenção em empresas privadas (só através de concessão).

O regime do transporte marítimo (designadamente de cabotagem) foi estabelecido pelo decreto-lei n.º 194/98, de 10 de Julho: fixando as regras para os transportes marítimos em Portugal, entre portos do continente, entre o continente e os arquipélagos dos Açores e da Madeira e entre as ilhas destes arquipélagos.

Abastecimento de água e saneamento

Tradicionalmente o abastecimento de água (incluindo a captação, o tratamento e a distribuição) e o saneamento (incluindo a recolha e o tratamento de efluentes e resíduos sólidos) eram feitos em Portugal pelos municípios. Mas em Lisboa vem de longa data uma empresa pública, a Empresa Pública das Águas de Lisboa (EPAL), havendo também casos de intervenção privada em outras áreas do país.

Como se disse, qualquer intervenção privada foi proibida pela lei n.º 46/77, e mesmo com a lei n.º 88-A/97 o abastecimento de água e o saneamento permaneceram como sectores em que não podem intervir entidades privadas (ou similares), se se trata de ‘serviços públicos’ (se não for assim pode já haver intervenção privada). Mais tarde, o decreto-lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, permitiu o acesso de capital privado a actividades de tratamento de esgotos, e os decretos-lei n.ºs 207/94, de 6 de Agosto, e 319/94, de 24 de Dezembro, estabeleceram o regime de sistemas multimunicipais de captação, tratamento e fornecimento de água, bem como de saneamento, permitindo a participação privada

através de concessões (v.g. intervindo 'em alta', a montante da distribuição de água ou a jusante da colecta de esgotos e dos sistemas de tratamento de resíduos sólidos).

A nível nacional, em iniciativas mais alargadas intervém a empresa Águas de Portugal, aberta agora também à participação privada.

Referências

Braconnier, Stéphane

2003 – *Droit des Service Publiques*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris.

Commissariat Général du Plan.

2000 – *Services Publiques en Réseau : Perspective de Concurrence et Nouvelles Régulation*, La Documentation Française, Paris.

Cuéllar, Leila e Bockmann Moreira, Egon

2004 – *Estudos de Direito Económico*, Editora Forum, Belo Horizonte.

Ferreira, Eduardo Paz

2001 – *Direito da Economia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Gonçalves, Pedro

1999 - *Direito das Telecomunicações*, Almedina, Coimbra.

2002 – *Regulação das Telecomunicações*, CEDIPRE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado).

Gonçalves, Pedro e Martins, Licínio Lopes (com a colaboração de Dulce Lopes).

2004 – *Os Serviços Públicos e a Concessão no Estado Regulador*, CEDIPRE, Faculdade de Direito, Coimbra.

Gouveia, Rodrigo

2001 – *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra.

Henry, Claude e Quinet, Émile (coord.).

2003 – *Concurrence et Service Public*, L' Harmattan, Paris.

Lopes, Dulce

2003 – *O Nome das Coisas: Serviço Público, Serviços de Interesse Económico Geral e Serviço Universal no Direito Comunitário*, em *Temas de Integração*, Revista do Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito, n.º 15, Almedina, Coimbra.

Moderne, Franck e Marcou, Gérard (ed.)

2001 – *L' Idée de Service Publique dans le Droit des États de l' Union Européenne*, L' Harmattan, Paris.

Moreira, Vital

2001 – *Serviço Público e Concorrência. A Regularização do Sector Eléctrico*, em *Studia Jurídica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, pp. 223-47.

Moreira, Vital e Maçãs, Fernanda

2001 – *Estudo e Projecto de Estatutos do Instituto das Comunicações de Portugal (ICP)* (policopiado).

Newbery, David M.

2001 – *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, The MIT Press, Cambridge (Mass.) e Londres.

Penedos, José

2001 - *A Estrutura do Sector da Energia em Portugal. O Sector Eléctrico*, comunicação apresentada no Colóquio *Direito e Energia*, CEDIPRE, Faculdade de Direito, Coimbra (5-6 Abril).

Porto, Manuel Carlos Lopes

2009a – *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 4ª ed., Almedina, Coimbra

20049b– *Economia: Um Texto Introdutório*, 3ª ed., Almedina, Coimbra.

Santos, Rogério

1991 – *História das Telecomunicações em Portugal, 1887.1990 – contributo para a sua compreensão* (edição TLP).

Santos, António Carlos, Gonçalves, Maria Eduarda e Marques, Maria Manuel Leitão

2001 – *Direito Económico*, 4ª ed., Almedina, Coimbra.

Silva, João Nuno Calvão da

2005- *Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral*, em *Temas de Integração*, n.20, pp. 173-209.

2008 – *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra

Seabra, Carmo, Leite, António Nogueira e Lucena, Diogo.

Simões, Tânia Lopes

2002 – *O Serviço Universal de Telecomunicações*, tese de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Sousa, Fernando Freire de e Cruz, Ricardo

1995 – *O Processo de Privatizações em Portugal*, Associação Industrial Portuguesa, Porto. □

**Titularidade do mandato parlamentar. A propósito da Resolução n.º 22 610 do
Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro**

Maria Benedita Urbano

Professora da Faculdade de Direito de Coimbra

A Resolução n.º 22 610 do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro (TSE) serve de pretexto para expendermos algumas notas breves e esparsas sobre a temática da titularidade do mandato parlamentar. Na verdade, como se verá, a dita Resolução não se lhe refere directa e especificamente, antes incidindo genericamente sobre a questão da perda de cargo electivo por motivo de infidelidade partidária. Ainda assim, dá o mote para a análise da questão de saber a quem pertence, afinal, o mandato parlamentar: ao parlamentar individual ou ao partido político?¹

Esta questão tem-se colocado hoje com particular candência, num momento em que não é mais possível disfarçar a incómoda vizinhança no edifício constitucional de dois paradigmas de representação que, em plúrimos aspectos, se antagonizam: o paradigma da representação liberal-burguesa, assente no sufrágio censitário, nos sistemas eleitorais maioritários, na representação de interesses levada a cabo por cada representante individualmente, no *government by discussion*, etc., e o paradigma da representação democrática contemporânea, centrado fundamentalmente na afirmação, no reconhecimento constitucional e no protagonismo dos partidos políticos. Isto, num momento em que se fala já em crise do Estado de partidos e na personalização da política, na reprivatização do mandato, na sua refeudalização e em localismo^{2 3}.

¹ Uma outra questão interessante que esta Resolução suscita ao jurista é a do activismo judiciário, aqui nas suas roupagens de criação de direito pelos tribunais, e da sua legitimidade.

² Sendo certo que a personalização da representação política não tem que necessariamente passar pela extinção dos partidos. Com efeito, aqui e ali vem-se assistindo a uma transformação dos partidos no sentido de estes se tornarem instrumentos ao serviço de um líder, da sua estratégia.

1. O problema

O Tribunal Superior Eleitoral brasileiro (TSE), na sua Resolução n.º 22 610, de 25 de Outubro de 2007, tomou posição relativamente ao fenómeno da infidelidade partidária (ou do transfuguismo⁴), optando por “disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária”. Esta intervenção do TSE, que surge na sequência da prolação de decisões do Supremo Tribunal Federal relativas a mandados de segurança atinentes com esta questão (Mandados de Segurança n.º 26 602, 26 603 e 26 604), tem implicações ao nível do mandato parlamentar, designadamente quanto à questão da sua titularidade. Efectivamente, se no entendimento deste tribunal superior a desfiliação partidária verificada em determinadas circunstâncias ocasiona a perda do cargo electivo pelo respectivo detentor – no caso que nos interessa, pelo parlamentar –, dúvidas não parecem restar que ele rejeita a titularidade individual do mandato parlamentar e a atribui, ao invés, aos respectivos partidos políticos⁵. Como acima se anunciou, é sobre esta última questão que nos iremos debruçar, ainda que perfunctoriamente.

Deve esclarecer-se, antes de mais, que a questão da titularidade do mandato parlamentar – individual ou partidária – se tem colocado com particular agudeza naqueles países, como a Itália e o Brasil, em que é notório o fenómeno do transfuguismo, ou seja, em paí-

³ Ver PEDRO DE VEGA GARCÍA, “Democracia, representación y partidos políticos (Consideraciones en torno al problema de la legitimidad)”, in *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo actual*, Valencia, 1997, p. 38; GIOVANNI MOSCHELLA, “Riforma elettorale e trasformazione del «partito politico»”, in *Riforma elettorale e trasformazione del «partito politico»* (COORD. DE GIOVANNI MOSCHELLA E PIERANGELO GRIMAUDDO), Milano, 2008, p. 89; MARIA BENEDITA URBANO, *Representação Política e Parlamento. Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*, Coimbra, 2009, pp. 86 e 956.

⁴ Não existe total coincidência entre os conceitos de ‘infidelidade partidária’ e de ‘transfuguismo’. Reportando-nos em concreto ao caso dos membros do parlamento, o transfuguismo refere-se àquela situação mais específica em que o parlamentar se transfere de um partido para o outro no decurso da legislatura. Este fenómeno implica, pois, a saída prévia do partido, a qual pode ter ocorrido voluntariamente ou por expulsão. No primeiro caso, o acto de transfuguismo consubstancia a expressão máxima da infidelidade partidária – independentemente de ter havido, por parte do trãnsfuga, desvio da linha ideológica, política ou programática do partido. No segundo caso, a expulsão pode ter sido motivada por variadas razões, pelo que o acto de transfuguismo não tem que configurar necessariamente um acto de infidelidade partidária. Em síntese, regra geral o transfuguismo representa o *majus* da infidelidade partidária.

Cabe ainda assinalar a expressão ‘mobilidade parlamentar’, associada a um conceito mais amplo onde cabem todas aquelas situações em que o parlamentar sai do partido, quer por abandono voluntário, quer por expulsão, durante o decurso da legislatura. De seguida, tanto poderá optar por permanecer na assembleia como independente como poderá optar por aderir a outro partido político.

⁵ De forma mais explícita, o Supremo Tribunal Federal (STF) já tinha reconhecido a titularidade do mandato electivo pelo partido político.

ses onde, com uma frequência indesejável, os parlamentares trocam de partido durante o decurso da legislatura.

2. Notas introdutórias

A instituição dos regimes representativos parlamentares na sequência das revoluções liberais de Setecentos impôs no continente europeu o modelo da titularidade individual do mandato – o parlamentar como titular exclusivo do respectivo mandato –, em parte como decorrência da ideia do mandato representativo ou livre (que surgiu como reacção à prática do mandato imperativo das assembleias pré-modernas⁶), em parte porque os partidos políticos ainda eram, por então, um fenómeno incipiente⁷.

Com a democratização dos regimes representativos, já bem avançado o século XIX, e com os fenómenos associados ao processo de democratização – em especial o surgimento e imposição dos partidos políticos e a utilização dos sistemas eleitorais de representação proporcional –, começa a desenhar-se um potencial conflito entre a concepção liberal-burguesa de representação e o novo paradigma da representação democrática contemporânea. O conflito começou por verificar-se entre o direito escrito e a realidade política, para, mais adiante, com a constitucionalização dos partidos no pós segunda guerra mundial, deslocar-se para o interior das próprias constituições. Passou, então, a haver uma tensão, cada vez menos latente, entre dois princípios em larga medida antagónicos: o princípio da proibição do mandato imperativo, associado à teoria da representação nacional, e o princípio da democracia partidária.

⁶ Mandato imperativo é a designação comumente atribuída ao mandato dos membros individuais das instituições parlamentares pré-modernas. Ele assemelhava-se ao mandato de representação de natureza jusprivatística. Tal como o mandatário privado que gere os negócios do mandante, os representantes parlamentares pré-modernos serviam como intermediários entre os grupos (estamentos, corporações e burgos), que funcionavam como mandantes, e o monarca – não representando portanto a *universitas* do povo. O mandato imperativo apresentava um conjunto de características próprias, a saber: a) a delimitação prévia do objecto representado (o conteúdo e a extensão do mandato eram definidos pelos mandantes, os quais emitiam instruções juridicamente vinculantes e inscritas nos *cahiers d'instructions*) e dos sujeitos da representação (os mandantes e o mandatário); b) a responsabilidade do 'parlamentar' pré-moderno perante os seus mandantes, os quais podiam controlar e sancionar a actuação do representante (este último podia ser destituído e podia mesmo ter que responder com o seu património pelos prejuízos eventualmente causados aos primeiros); c) o (eventual) pagamento de uma indemnidade a cargo dos mandantes.

A partir da enunciação destas características do mandato imperativo é possível descortinar a natureza da representação parlamentar pré-moderna. Em traços bastante genéricos ressaltam-se a existência de uma relação jurídica entre representantes e representados e a sectorialidade da representação (Sobre o mandato imperativo nas assembleias pré-modernas, ver MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, pp. 111 e ss).

⁷ Não existe propriamente um consenso acerca do momento em que se dá o aparecimento dos partidos. É nosso entendimento que os partidos políticos, na sua acepção actual, surgiram nos primórdios do século XIX nos EUA e em meados do mesmo século na Europa.

Seja como for, desde a década de 20 do século passado que alguma doutrina, em especial a alemã, vem alertando para a existência de um fenómeno que os autores habitualmente designam de ‘mandato imperativo de partido’; segundo eles, os programas político-partidários fazem hoje as vezes dos *cahiers d’instructions* de antanho, que orientavam a actuação dos mandatários nas assembleias pré-modernas. Mais do que isso, vem denunciando a utilização pelos partidos políticos de técnicas – duvidosas do ponto de vista jurídico – destinadas a assegurar o domínio sobre os respectivos representantes parlamentares, como sejam a da demissão em branco, a dos contratos inominados, a da rotação dos mandatos, etc⁸.

A este propósito Nicolò Zanon⁹ realizou um estudo onde procurou identificar as várias fontes de mandato imperativo de partido (ou seja, os vários “instrumentos e técnicas que concretizam aquela situação de vinculação ou vinculação forçada dos parlamentares aos respectivos partidos políticos e/ou grupos parlamentares”). Assim, pode ser uma fonte *constitucional* ou *legal* (é referido o exemplo do artigo 163.º da Constituição portuguesa que prevê a perda de mandato para aqueles parlamentares que, tendo abandonado o seu partido durante o período da legislatura, aderem a outro partido). Pode ser, de igual modo, uma fonte *estatutária*, quando os instrumentos e técnicas que estabelecem a vinculação dos parlamentares aos respectivos partidos e/ou grupos parlamentares estão contidos em normas oriundas do ordenamento jurídico interno dos mesmos. Pode ainda ser uma fonte *negocial*, naqueles casos em que a vinculação dos parlamentares ao partido e/ou grupo parlamentar resulta do consenso entre as ‘partes’ – ou seja, entre os dirigentes partidários e o parlamentar –, quase sempre reduzido a escrito (como exemplo, refira-se o contrato inominado de deposição antecipada do mandato). Foi também identificada uma fonte *convencional*, “devendo entender-se por convenções aquele conjunto de «regras essenciais de comportamento, observadas pelos parlamentares e pelos órgãos dirigentes do partido ou do grupo parlamentar, e que não são estabelecidas pela lei, nem encontram origem num acordo explícito (não sendo o termo convenção entendido como pacto)». O mandato imperativo de fonte convencional costuma assentar “numa *expectativa recíproca*: «o partido político ou o grupo parlamentar espera que o representante observe uma conduta política conforme às directivas; o representante, por sua vez, atribui ao exercício das funções em conformidade com as directivas uma série de vantagens ou de utilidades (por exemplo, a posterior recandidatura nas listas do partido num colégio

⁸ Ver MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, pp. 231 e ss, e DAMIANO NOCILLA, “Il libero mandato parlamentare”, in *Annuario 2000. Il Parlamento* (Atti del XV Convegno Annuale, Firenze, 12-13-14 ottobre 2000), Milano, 2001., p. 54.

⁹ Este estudo de Nicolò Zanon vem referido na obra da nossa autoria, já citada (Cfr. MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, pp. 243 e ss).

eleitoral seguro ou a nomeação para cargos de prestígio quando terminar o mandato)”. Por último, a técnica das demissões programadas ou “em cadeia” aponta para a existência de uma fonte distinta, cuja classificação não resulta fácil. Esta técnica consiste “«genericamente na renúncia ao mandato levada a cabo por um, ou por mais de um ou por todos os parlamentares membros de um grupo, habitualmente a meio da legislatura, para consentir o ingresso na assembleia dos primeiros candidatos não eleitos da mesma lista partidária»”. Como se pode adivinhar, este quinto tipo de mandato imperativo de partido tanto pode ter uma fonte negocial (“na hipótese de as demissões terem origem num *acto voluntário* dos parlamentares”) como uma fonte estatutária (“na hipótese em que esta possibilidade esteja prevista expressamente nos estatutos ou em resoluções dos partidos, como é manifestamente o caso dos Verdes alemães”)¹⁰. Cumpre dizer que, com a Resolução n.º 22 610 do STE, passou a haver igualmente uma fonte *jurisprudencial* de mandato imperativo de partido, a qual, como se viu, não foi assinalada por Zanon.

Em face do exposto, não tem sentido negar o que é inegável. Ou seja, será totalmente irrealista não conceder que, por um lado, hodiernamente os representantes parlamentares estão cada vez mais vinculados aos partidos, às suas instruções e directivas. Por outro lado, é por demais sabido que o palco político há muito abandonou o *locus* parlamentar e se deslocou para os directórios partidários.

A pressão dos partidos sobre os respectivos parlamentares tornou-se inevitável a partir do momento em que estes deixaram de ser meros comités eleitorais e passaram a escolher os candidatos às eleições e, sobretudo, passaram “a escolher orientações, definir estratégias e, mais do que isso, medidas políticas concretas”¹¹. Com as novas funções entretanto adquiridas, os partidos não pretendiam certamente abdicar de controlar a actuação dos seus parlamentares, designadamente porque é seu desejo que ela reflecta as linhas de orientação sob os mais diversos temas. A pressão agudizou-se com o enfraquecimento das ideologias, as quais funcionavam outrora como importante força centrípeta endógena – por outras palavras, como factor decisivo de adesão aos partidos e de cumprimento voluntário dos seus ditames.

Apesar de desde sempre mal-amados, vistos habitualmente como um mal necessário, não é difícil descobrir a razão de ser do surgimento dos partidos e da sua imposição como protagonistas indiscutíveis da vida política actual. Não é esta a sede própria para inventariar as múltiplas tarefas que eles desempenham nem as tentativas, sugeridas e em parte realizadas, pelo menos algumas delas, de ultrapassar o Estado de partidos (quanto a estas

¹⁰ MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, pp. 244-5.

¹¹ MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, p. 64.

últimas, a democracia referendária, o neo-corporativismo, a substituição dos partidos pelos grupos de interesses, etc.), mas basta atentar nas douradas palavras de Kelsen para apreender a sua imprescindibilidade e a sua centralidade política. Diz este autor que “o indivíduo isolado carece por completo de existência política positiva pelo simples facto de que não pode exercer nenhuma influência efectiva na formação da vontade do Estado e, por conseguinte, a democracia só é possível quando os indivíduos, com a finalidade de lograr uma intervenção sobre a vontade colectiva, se reúnem em organizações definidas por diversos fins políticos, de tal maneira que, entre o indivíduo e o Estado, se interponham aquelas colectividades que agrupam em forma de partidos políticos as vontades políticas coincidentes dos indivíduos”¹². Em síntese, para Kelsen o partido político consubstancia o pressuposto histórico da constituição e da imposição do povo como sujeito político¹³.

3. Vinculação dos parlamentares aos representados e aos partidos políticos

3.1. A questão que interessa colocar, em primeiro lugar, é a de saber se é possível equiparar a vinculação dos parlamentares aos partidos políticos, que presentemente se verifica, à vinculação dos mesmos aos eleitores, que se verificava outrora. Ou, visto de um outro ângulo, será que a redução dos parlamentares a meros transmissores da vontade dos respectivos partidos (e grupos parlamentares), a anulação da sua autonomia e independência e a menorização dos parlamentos enquanto órgãos de decisão política eram inexoráveis ou, como quer que seja, são aceitáveis num contexto em que os mais importantes actores políticos são os partidos? Ou ainda, será que a ideia da manutenção da plena autonomia e independência dos parlamentares constitui no momento actual um mito, tal como a democracia identitária rousseauiana o era nos primórdios do liberalismo?

Para responder a estas perguntas é conveniente ter em consideração a razão de ser da afirmação do princípio da proibição do mandato imperativo, corolário do fenómeno da *desjuridificação* e da *colectivização* do processo representativo a que se assistiu na sequência das revoluções liberais.

Sem cuidar agora de discutir se o princípio da proibição do mandato imperativo é uma decorrência do princípio da soberania nacional ou se esta última surge *a posteriori* como fundamento teórico-jurídico de uma realidade que paulatinamente se impunha, ou se aquele princípio tem a ver com as regras relativas ao funcionamento das assembleias par-

¹² Cfr. HANS KELSEN, *Esencia y valor de la democracia* (tradução espanhola da obra *Vom Wesen und Wert der Demokratie*), Barcelona, 1977, pp. 35 e ss.

¹³ Vide MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, p. 57.

lamentares enquanto que o princípio da soberania popular diz respeito à forma de Estado¹⁴, a verdade é que, como pano de fundo desta questão, estava a “radical inconciliabilidade” entre a teoria da soberania popular de Rousseau e a teoria da soberania nacional de Sieyès – no fundo, a inconciliabilidade entre a ideia da soberania democrática e a ideia da soberania da razão¹⁵. Como ideia directriz da teoria da soberania nacional, que saiu vencedora do embate, tínhamos a necessidade de o parlamento se impor ao monarca e de se apoderar do lugar central no sistema político, até então ocupado por este último¹⁶. Para alcançar esse desiderato, o parlamento tinha que ser formado por membros dotados de autonomia e independência, sob pena de se paralisar o processo decisório. Essa autonomia e independência não eram claramente compagináveis com instruções e directivas vindas dos representados. Ademais, outros factores concorriam para justificar o princípio em apreço, quais fossem, entre outros, a inviabilidade da participação de todos na governação; a incapacidade da generalidade do povo, sem educação e cultura, para dar instruções sobre a governação; a concepção dos representantes parlamentares como senhores e não como servos.

Em suma, e independentemente de se curar da motivação política subjacente a todas estas mudanças na governação política, o princípio da proibição do mandato imperativo surge relacionado com a imposição do novo modelo de representação na qual assumem um papel central os parlamentos.

Por tudo isto, há que concluir que a concepção liberal-burguesa de representação assentou em pressupostos distintos daqueles que são hoje predominantes. E não se trata apenas do protagonismo político dos partidos. Com efeito, a própria concepção de sociedade mudou: à sociedade una e homogénea sobrepôs-se a sociedade fragmentada, dividida, pluralista, onde grupos e pessoas portadores de interesses distintos e mesmo contrapostos se digladiam para impor a sua visão do mundo e o seu plano de governação. Por outro lado, o conceito liberal de representação subsistiu enquanto se manteve restrita a base social e política sobre que se apoiava o Estado liberal – ou seja, enquanto se manteve o sufrágio restrito, designadamente o censitário. A utilização crescente de sistemas eleitorais de representação proporcional foi também ela co-responsável pela mudança das coordenadas do modelo de representação político, ditando o fim da personalização da representação política. Ultrapassados, pois, os pressupostos que sustentavam o conceito

¹⁴ Ver, sobre esta última questão, D. NOCILLA, *ob. cit.*, pp. 48-9 e 50.

¹⁵ Neste sentido, P. VEGA GARCÍA, *ob. cit.*, p. 26.

¹⁶ Na realidade, até então os parlamentos eram órgãos da sociedade e não do Estado, vale dizer, eram órgãos exteriores à organização política estadual, dominada e confundida esta última pela e com a figura do monarca.

de representação liberal-burguesa, esta última não mais era possível de perpetuar. O entendimento do Parlamento como órgão deliberante e do parlamentarismo como *government by discussion* é hoje um sentimentalismo constitucional.

3.2. Cabe questionar, em segundo lugar, se a representação através dos partidos (com a consequente submissão dos parlamentares individuais às suas orientações e directivas) se afigura como uma alternativa viável, lógica e mesmo vantajosa em relação ao modelo que preconiza a autonomia e a liberdade totais dos parlamentares.

Antes de mais, refira-se que a vinculação do parlamentar ao partido (em oposição à sua total autonomia e independência) pode constituir um contrapeso à eventual ou potencial ligação do parlamentar individual a estímulos particularísticos e contingentes – em especial àqueles provenientes de grandes grupos económicos, desejosos de controlar a governação e, com isso, de retirar benefícios económicos, *v.g.*, beneficiar de subsídios, entrar em parcerias público-privadas, tornar-se concessionários de obras ou serviços públicos –, os quais acabam por condicionar ou tolher a actuação do parlamentar. É verdade que o legislador procura assegurar a separação entre o poder político e o poder económico socorrendo-se de institutos como os das inelegibilidades e das incompatibilidades e impedimentos e respectivos artefactos, como a obrigatoriedade do depósito de declarações de rendimentos, de património, de actividades, o registo de interesses, ou então, na senda da experiência norte-americana, através, por exemplo, dos *blind trusts*. Sucede que estes mecanismos podem não se mostrar suficientes para combater o fenómeno pernicioso acima assinalado.

Depois, é preciso reter que as instruções dos partidos aos seus parlamentares não têm o mesmo sentido das instruções emanadas do povo (que, aliás, antes da universalização do sufrágio não era todo o povo). Basta pensar que, através da aceitação – ainda que não em termos absolutos – da legitimidade das instruções por parte dos partidos, se chega ao mesmo resultado que se pretendia obter com a recusa das mesmas, quando os seus autores eram os cidadãos: tornar possível a melhor representação. Antes, os parlamentares eram livres porque eram escolhidos de entre os melhores e porque só actuando de forma independente do povo inculto seriam úteis e teriam em consideração o interesse geral. Hoje em dia, os parlamentares actuando isoladamente terão mais dificuldades em tomar as melhores decisões – porque as questões tratadas no parlamento, pelo menos a sua grande maioria, são muito complexas – e, não estando a sua reeleição aristocraticamente assegurada, têm a tendência para ser excessivamente responsivos aos ‘seus’ eleitores,

procurando sobretudo atender às vontades, e não necessariamente aos interesses, deles¹⁷.

Para além disso, em última análise a vinculação dos parlamentares aos partidos pode ver-se como lógica, pelo menos naqueles países em que nas eleições legislativas são usados sistemas eleitorais de representação proporcional, em especial os que utilizam listas bloqueadas. Com efeito, nestes casos são os partidos e não os parlamentares individuais que se apresentam e se submetem ao veredicto popular; são eles que têm que prestar contas ao eleitorado e que, em caso de um juízo desfavorável, vão ser por ele penalizados. Assim sendo, não deverá ser difícil aceitar que, afinal de contas, tenha algum sentido garantir ao partido a faculdade de orientar a actuação dos seus parlamentares.

Significa isto que tenhamos que nos conformar à ideia de que os parlamentares são meros porta-vozes dos partidos no parlamento? Meros seres sem vontade própria, figuras de palha dos partidos?

A resposta a esta questão tem que ser devidamente contextualizada. Desde logo, mister se torna apreender a extensão e o alcance do fenómeno da vinculação partidária. É que, muitas vezes, os parlamentares ocupam no interior do seu partido e do respectivo aparelho uma posição importante, participando activamente nas suas decisões, daí que seja demasiado redutor e, sobretudo, irrealista afirmar que eles não têm qualquer papel activo na formação da vontade do parlamento. Igualmente a não menosprezar é a circunstância de o processo de selecção dos candidatos a um lugar parlamentar ter na devida conta as garantias de fidelidade que os mesmos à partida dão. Estes dois factores demonstram à evidência que essa vinculação não é assim tão forçada e que ela não implica necessariamente que o parlamentar seja um mero porta-voz do partido. Fundamentalmente, o que há que compreender e aceitar é que hoje em dia, tal como sustentava Leibholz, a liberdade dos parlamentares não se exerce já *no parlamento* mas *dentro do partido*¹⁸. Mais concretamente, já não lhes cabe, no âmbito da assembleia legislativa, compor livremente a vontade da mesma, antes lhes cabe, no interior das forças partidárias, contribuir para a formação da vontade (maioritária) do partido. Esta constatação tem levado uma parte considerável da doutrina a desviar a sua atenção para o interior dos partidos e a dedicar os seus esforços ao estudo da questão, cada vez mais pertinente, da sua democracia interna. Não que a democracia de um sistema (o regime político de um país) constitua uma consequência da mera soma da democracia dos vários microsistemas

¹⁷ MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, p. 953.

¹⁸ Ver GERHARD LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia* (tradução italiana da obra *Die Repräsentation in der Demokratie*), Milano, 1989, p. 322.

aí presentes (os partidos políticos) – visto de um outro ângulo, que a falta de democracia interna dos partidos conduza inexoravelmente à falta de democracia do sistema. Mas há que convir que se se verificar uma tendência generalizada para a organização e a gestão oligárquicas dos partidos, com a conseqüente criação de uma classe política auto-referencial, dificilmente se poderá falar na existência de uma autêntica democracia.

4. Fundamentação jurídica da titularidade individual/partidária do mandato

4.1. Na ausência de consagração constitucional expressa da titularidade individual do mandato, e colocada esta em cheque pela afirmação dos partidos como principais protagonistas da vida política, designadamente político-parlamentar, foi necessário, para aqueles que permaneceram fiéis à tese da titularidade individual do mandato, encontrar bases teórico-jurídicas para a mesma. São essencialmente duas as vias que podem ser percorridas. A via tradicional é a de convocar o princípio da proibição do mandato imperativo como justificação para a legitimidade dessa titularidade individual. A outra via consistirá em fundar a titularidade individual do mandato no direito de sufrágio passivo, mais concretamente nas suas dimensões de direito a adquirir e a manter ou conservar o mandato para o qual se foi validamente eleito. A estas acresce uma terceira via, porventura mais frágil, que associa a titularidade individual do mandato à liberdade de associação partidária.

Os fatores da primeira tese sustentam que o princípio da proibição do mandato imperativo, inicialmente pensado para as relações representantes/representados, teria expandido o seu âmbito de aplicação para a relação parlamentares/partidos. De acordo com este argumento, o reconhecimento jurídico da liberdade dos membros individuais do parlamento leva implícita a titularidade pessoal do mandato em qualquer circunstância e contexto. Contra este argumento é invocada a extrapolação que consiste em aplicar na relação parlamentar individual/partido um princípio surgido num contexto político-jurídico completamente distinto, antes de mais porque ainda não existiam partidos no sentido actual do termo. Pessoalmente, entendemos que a ideia de que o princípio da proibição do mandato imperativo, ao proclamar a liberdade do parlamentar no desempenho do seu mandato, pressupõe essa mesma titularidade individual não é de todo indefensável. Acontece que sustentar a tese segundo a qual a titularidade individual do mandato decorre apenas do princípio *sub judice* comporta um sério risco. Com efeito, aqueles que preconizam poderão ver-se confrontados com algumas dificuldades, caso a relativização (ou actualização de sentido) do mesmo princípio, defendida por alguns autores, venha a vingar no futuro.

Quanto à tese que aponta para o direito de sufrágio passivo como base teórica para a defesa da titularidade individual do mandato, ela parece-nos mais adequada à realidade democrática actual. O direito de sufrágio passivo, como é sabido, comporta três dimensões concretizadoras: o direito de concorrer a um acto eleitoral, o direito a adquirir e a ser investido no mandato validamente conquistado e o direito a conservar o mandato validamente adquirido. A titularidade do mandato seria, como se advinha, uma consequência directa das duas últimas dimensões. O facto de esta tese ser mais adequada não implica necessariamente, porém, que seja mais sólida. É que o direito de sufrágio passivo é susceptível de restrição como qualquer outro direito fundamental, bastando que essa restrição seja justificada pela necessidade de tutelar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos (e respeitados que sejam alguns requisitos de restrição).

Finalmente, há quem sustente que a tese da titularidade partidária do mandato parlamentar (com a concomitante perda de mandato por desfiliação partidária) é inconsistente com a liberdade de associação partidária invariavelmente garantida nos textos constitucionais. O que se questiona é o seguinte: se uma pessoa é livre de entrar e sair de um partido, como é possível sancionar o exercício desse direito com a perda de mandato? A questão aqui levantada não deixa de ter a sua lógica; sucede que não parece adequado dar-lhe o mesmo tratamento jurídico independentemente de se tratar de um membro anónimo de um partido ou de um membro que é também parlamentar. Neste último caso, é impossível não ter em consideração as consequências políticas do acto do parlamentar¹⁹.

4.2. A favor da titularidade do mandato parlamentar pelos partidos são esgrimidos argumento de cariz político, de cariz jurídico e de cariz jurídico-político.

Em relação aos primeiros, contam-se os argumentos da alteração do equilíbrio político existente no seio de uma assembleia e a necessária fidelidade aos partidos, em especial por parte dos seus representantes eleitos, como forma de garantir a sua coesão e, com ela, a sua combatividade política e a possibilidade de conquistar e conservar o poder.

Como argumentos mais jurídicos, é referido fundamentalmente o facto de que em muitas ordens jurídicas os partidos políticos dispõem da exclusividade da apresentação de candidaturas nas eleições legislativas, cabendo-lhes, como correlativo, a faculdade “de retirar ao parlamentar o mandato que ele estava a exercer, sempre que entendem que este se

¹⁹ Neste preciso sentido, MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, p. 297.

afastou da linha de orientação partidária – o que será manifesto naqueles casos de transfugismo”²⁰.

A necessidade de respeitar a vontade popular que resultou de um determinado acto eleitoral (isto é, a conservação do resultado eleitoral) constitui um argumento de natureza jurídico-política. A dimensão mais jurídica é visível na necessidade de respeito do direito de sufrágio activo dos eleitores e, de igual modo, do princípio da imediaticidade do voto (segundo o qual os eleitores têm a última palavra no que se refere à escolha dos seus representantes)²¹.

4.3. Apresentadas sumariamente as duas teses, não iremos tomar partido por nenhuma delas. Apenas pretendemos deixar duas últimas notas sobre esta temática.

Assim, em primeiro lugar, julgamos que não tem muito sentido justificar, como factor determinante para a perda de mandato, que o parlamentar desobedeceu ou se desviou do programa eleitoral do seu partido. Não apenas porque os programas político-partidários não possuem força jurídica vinculativa mas, de igual modo, porque pode ter sido o partido, e não o parlamentar, a afastar-se da linha de rumo traçada no seu programa. Essa mudança não tem que ser vista de forma negativa, nem sequer quando se trata dos partidos que num determinado momento asseguram a governação. Sobretudo em relação a estes, que se defrontam diariamente com a realidade concreta, com as crises económicas, nacionais e internacionais, com as pressões e os compromissos externos (particularmente incisivos no caso de países inseridos em organizações internacionais supranacionais), com a dialéctica inter-partidária interna, etc., o afastamento em relação ao programa partidário merece certamente uma menor censura política. Já mais difícil será explicar mudanças ou inflexões ideológicas ou mudanças de orientação em relação a questões emblemáticas (*v.g.*, a liberalização do aborto e a participação em organizações internacionais).

Num registo algo distinto, também não deverá admitir-se sem mais o argumento de que o parlamentar se afastou do respectivo partido porque nele não estava assegurada a democracia interna. Não sendo a falta desta propriamente difícil de demonstrar, a verdade é que há que questionar se deve ou não a ordem jurídica intervir repressivamente em relação aos partidos políticos em todas as situações em que esteja em causa a sua organização e funcionamento internos.

²⁰ MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, p. 279.

²¹ MARIA BENEDITA URBANO, *ob. cit.*, p. 290.

5. Conclusão

Não totalmente ao arrepio do que sustentámos num trabalho de 2005, temos hoje mais dúvidas do que certezas relativamente à questão de saber a quem pertence, efectivamente, o mandato parlamentar. Sem nos comprometermos aqui com uma posição definitiva sobre o assunto, cumpre salientar quatro aspectos.

Em primeiro lugar, a aceitar a titularidade individual do mandato, esta deverá assentar juridicamente no direito de sufrágio passivo.

Em segundo lugar, a tese da titularidade individual do mandato não implica a defesa da total liberdade de actuação do parlamentar, designadamente em relação ao seu partido.

Em terceiro lugar, ainda que se apoie a solução da titularidade individual do mandato, a saída do partido (por expulsão ou abandono, com ou sem transfugismo) terá que ter consequências ao nível do desempenho do mandato: o partido político deve poder contar com mais um parlamentar (para manter o equilíbrio político que resultou das eleições) e o parlamentar vai ter que ter os seus poderes-deveres restringidos.

Por último, não se deve extrair da titularidade individual do mandato um direito à mobilidade parlamentar²².

Dito isto, e relativamente à questão do verdadeiro titular do mandato parlamentar, deixamos no ar a pergunta: será que deveremos continuar a defender a titularidade individual do mandato parlamentar ou devemos, ao invés, seguir a pista sul-americana? □

²² Defendem a existência de um direito à mobilidade parlamentar LAURENCE GALLEZ, BENOIT GORS e STANISLAS ADAM, “La mobilité parlementaire volontaire”, in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, 2007, p. 561.

Um regulador independente para a segurança radiológica e nuclear: uma obrigação e uma necessidade

Miguel Sousa Ferro¹

Doutorando na Universidade Católica de Louvaina

1. Introdução

O presente artigo não visa descrever uma realidade jurídica actual nem debater controvérsias jurídicas. Antes, o que se tem em mente é chamar a atenção para uma realidade não inteiramente conhecida pela sociedade portuguesa e promover a adopção de medidas que forneçam um nível de protecção necessário contra os riscos das radiações ionizantes e da energia nuclear.

De facto, as obrigações internacionais relevantes resultam claramente da letra dos tratados, e uma descrição detalhada do actual quadro legislativo de distribuição de competências seria morosa e excessivamente pesada para estas páginas. Ao longo do presente artigo, citar-se-ão trabalhos que poderão ser consultados para uma visão mais detalhada acerca desta temática.

Depois de um resumo do actual quadro de distribuição das competências mais relevantes para a protecção radiológica e segurança nuclear em Portugal, pretendemos demonstrar que a criação de um órgão regulador independente neste sector é tão obrigatória como necessária, e será apresentado o projecto de Decreto-Lei já realizado para a criação daquele órgão.

Dizer que o sector nacional da protecção radiológica e da segurança nuclear precisa urgentemente de uma revisão global sabe a pouco.

¹ Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Louvaina (KUL). Membro da equipa técnica da Comissão Independente para a Protecção Radiológica e Segurança Nuclear. Agradecimentos são devidos à paciente revisão e contributos do Doutor Martin Gieb e da Dra. Maria Manuel Meruje. Correspondência: miguel@sousaferro.eu.

A legislação é caótica e derroga-se tacitamente entre si, gerando um nível de insegurança jurídica inaceitável para um domínio cujo principal objectivo é a protecção da saúde pública – hoje, em Portugal, só através de um longo trabalho de interpretação se pode conhecer qual o Direito de protecção radiológica e segurança nuclear que está em vigor, e ainda assim, com muitas conclusões sujeitas a disputa². Quase só por necessidade de transposição de Directivas Comunitárias é que se tem vindo a adoptar nova legislação neste domínio.

As competências relevantes estão divididas por vários Ministérios, num total de mais de 30 entidades, algumas das quais só existem no papel.

Em Portugal, praticamente não se realizam inspecções neste sector, a maioria das entidades com equipamentos que utilizam radiações ionizantes não estão autorizadas³ e não se prevêem quaisquer sanções para a omissão das devidas autorizações.

O único reactor nuclear existente em território nacional (o reactor de investigação do ITN) não está sujeito a supervisão independente. Além disso, nenhuma autoridade portuguesa reúne tanto as competências como os técnicos especializados necessários para desempenhar eficazmente essa função de supervisão externa.

Estes são apenas os principais defeitos da regulação nacional da protecção radiológica e da segurança nuclear, que não poderão ser resolvidos fora do quadro da criação de um regulador independente, como se procurará demonstrar ao longo deste artigo.

É importante realçar que a proposta central do presente artigo não é de modo algum uma novidade. Estudos encomendados pelos anteriores Governos socialista e social-democrata chegaram precisamente à mesma conclusão⁴. O actual Governo lidou com a

² Estará, no futuro, disponível na internet uma Consolidação que, com as limitações ínsitas a qualquer obra deste género de cariz meramente doutrinário, pretende esclarecer os destinatários da legislação nacional de protecção radiológica e segurança nuclear sobre quais as normas que se encontram em vigor, e como se articulam entre si – ver SOUSA FERRO, M., *Consolidação do Direito Nuclear Português*, 2009, disponível, por pedido, na CIPRSN.

³ De acordo com um estudo da Entidade Reguladora da Saúde, com dados de 2007, 80% das entidades nacionais de imagiologia não estavam licenciadas. *“Apesar de o licenciamento ter sido obrigatório para todos os prestadores de imagiologia desde 1999, [em 2007] existiam em Portugal ainda muitas destas unidades, em actividade, sem que lhes tivesse sido atribuída a respectiva licença. Este facto, que era do conhecimento de todas as entidades que de alguma forma estavam ligadas ao processo, pôde ser verificado de uma forma sistemática com base na informação obtida no âmbito do processo de registo dos prestadores de cuidados de saúde na ERS. Comparando as listas de unidades licenciadas com as listas das entidades que pediram o registo na ERS até esse momento, nas mesmas áreas, pudemos aferir da verdadeira dimensão do problema da falta de licenciamento que se verificava”* - ERS, *Estudo sobre a concorrência no sector da imagiologia*, Março de 2009, pp. 32-33.

⁴ Ver o estudo coordenado pelo Dr. António Ramalho, publicado parcialmente em anexo ao Despacho n.º 12009/2002. O estudo coordenado pelo Dr. Veiga Simão não foi tornado público, embora tenha seguido linhas muito similares ao anterior (ver Resolução do Conselho de Ministros n.º 129/2004, e Despacho n.º 906/2005). Ainda antes do primeiro estudo referido, o ITN procurou promover a reorganização das compe-

situação, e em especial com as críticas da Comissão Europeia e da Agência Internacional de Energia Atómica, criando a Comissão Independente para a Protecção Radiológica e Segurança Nuclear - CIPRSN (Decreto-Lei n.º 139/2005, de 17 de Agosto).

A CIPRSN é um órgão meramente consultivo, sem quaisquer poderes de decisão. O seu único poder substantivo é de “validar” (de modo necessariamente superficial, na ausência de poderes de supervisão) alguns dos dados que devem ser comunicados pelas autoridades nacionais a entidades internacionais. Além de não ter os poderes de um órgão regulador (*maxime* poderes de autorização e fiscalização), como seria sugerido pelo seu nome, também tem uma independência muito limitada. Em especial, não possui orçamento próprio, dependendo da Fundação para a Ciência e Tecnologia para a atribuição de fundos caso a caso ou para recrutar bolsiros.

2. A actual distribuição nacional de competências

Como já se referiu, as competências na área da protecção radiológica em Portugal estão actualmente divididas por um grande número de entidades⁵.

Autorizações e licenciamentos

No plano das autorizações e licenciamentos, a competência principal e residual está atribuída à Direcção-Geral de Saúde (DGS). A DGS deve assim assegurar a autorização de todas as instalações radiológicas médicas, bem como das actividades no domínio industrial e de investigação que utilizam radiações ionizantes, incluindo os respectivos equipamentos, e ainda a autorização do transporte de materiais radioactivos e o licenciamento de entidades prestadoras de serviços (e.g. estudos de protecção radiológica, dosimetria, formação, etc.)⁶.

No entanto, existem um conjunto de competências especiais que tornam o quadro de repartição de competências de autorização numa autêntica manta de retalhos.

Todas as actividades que tenham a ver com fontes radioactivas seladas, bem como o transporte de resíduos radioactivos, têm de ser autorizadas pelo Instituto Tecnológico e

tências. De outros esforços resultou o Decreto-Lei n.º 425/91, mas o Gabinete de Protecção e Segurança Nuclear assim criado nunca chegou a estar operacional, tendo desaparecido (nos termos em que fora pensado) aquando da reorganização operada pelo Decreto-Lei n.º 165/2002.

⁵ Para uma visão completa da repartição de competências, ver a *Consolidação do Direito Nuclear Português*, *supra* nota 2.

⁶ DL 165/2002, artigo 11.º (a), (b) e (i); DL 348/89, artigo 7.º; Dec.-Reg. 9/90, artigo 34.º (b); DL 167/2002, artigo 12.º (a).

Nuclear (ITN)⁷. É também o ITN responsável, na prática, pela autorização de instalações de irradiação de alimentos, embora a autorização formal seja concedida pela DGS. Além disso, o ITN acaba por ser consultado (nalguns casos, obrigatoriamente) em todos os processos de autorização que não sejam meramente de expediente.

À Direcção-Geral de Energia e Geologia (DGEG), foi atribuída a competência para autorizar o transporte de combustível nuclear, fresco ou irradiado (*maxime*, o que se destina ou provém do reactor de investigação do ITN), bem como para licenciar toda e qualquer instalação do ciclo de combustível nuclear (incluindo centrais nucleares e o reactor de investigação do ITN)⁸. O licenciamento destas últimas instalações implica a consulta de uma Comissão de Combustíveis e Centrais Nucleares, que só existe na letra da lei.

Caso se pretenda reabrir uma mina de urânio em Portugal, a concessão terá de ser atribuída pelo Ministro da Economia⁹. Já o tratamento de minério radioactivo extraído será autorizado em processo distinto pela respectiva Direcção-Regional de Economia¹⁰.

Sempre que estejam em causa materiais nucleares, que implicam riscos para a proliferação de armas nucleares e radiológicas, deve ser obtida uma autorização especial da Agência Portuguesa do Ambiente (APA)¹¹. A APA tem ainda um papel a desempenhar sempre que uma instalação exija a realização de uma avaliação de impacte ambiental.

Os medicamentos radiofarmacêuticos e as instalações que se destinem à sua produção (e.g. instalações que disponham de ciclotrões) têm de ser autorizados pelo INFARMED¹².

A importação e exportação de bens e tecnologias ditos de uso dual (cujo controlo também se enquadra nos esforços de não-proliferação das armas nucleares e radiológicas) tem de ser autorizada pelos Ministérios da Defesa Nacional e da Economia e Inovação¹³.

Além disto, de modo geral, qualquer autorização particularmente complexa deve ser precedida de uma consulta à Comissão Nacional de Protecção contra Radiações (CNPCR)¹⁴, um órgão composto de representantes de vários Ministérios, que se reúne muito raramente.

Repare-se que vários destes processos de autorização se sobrepõem.

⁷ DL 165/2002, artigo 14.º (a) a (c); DL 38/2007, artigos 4.º (1) e 9.º(1); DL 138/96, artigo 3.º (1).

⁸ DL 165/2002, artigo 13.º.

⁹ DL 165/2002, artigo 10.º (1).

¹⁰ DL 165/2002, artigo 20.º (a).

¹¹ DL 375/90, artigo 3.º.

¹² DL 176/2006.

¹³ DL 436/91 e Portaria 439/94.

¹⁴ DL 165/2002, artigo 22.º (d).

Fiscalização

As competências de fiscalização estão atribuídas de modo paralelo às competências de autorização. As aplicações da radiação ionizante no domínio da saúde não são fiscalizadas directamente pela DGS, mas antes pelas Administrações Regionais de Saúde, com o auxílio de comissões técnicas. Estas fiscalizações têm sido de tal modo inexistentes que são os próprios regulados a queixarem-se da sua omissão.

Neste domínio, o ITN adquire um papel ainda mais marcado. Como única entidade nacional com os recursos necessários para controlar de facto as questões de protecção radiológica¹⁵, o ITN tem de prestar assistência técnica às entidades fiscalizadoras. Além disso, é directamente responsável pela fiscalização de instalações e equipamentos para investigação e ensino e de fontes radioactivas seladas e órfãs, procedendo também à vigilância ambiental da área de influência de antigas explorações de minério radioactivo.

Note-se que o ITN não está sujeito a fiscalização ou supervisão externa ou independente na maioria das suas actividades. O reactor de investigação do ITN é fiscalizado apenas por uma comissão nomeada e hierarquicamente dependente do Presidente do próprio ITN.

Os transportes de materiais radioactivos são (em teoria) fiscalizados de modo particularmente complexo. Por um lado, a competência principal de fiscalização é atribuída ao ITN, mas os transportes terrestres destes materiais podem ser fiscalizados por inúmeras entidades (nas regiões autónomas, as autoridades regionais têm uma competência exclusiva de fiscalização destes transportes), e o controlo das qualificações dos conselheiros de segurança é feito pelo Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres (IMTT). As regras de segurança no transporte marítimo de materiais radioactivos são supostamente fiscalizadas pelo Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos e pela respectiva Autoridade Marítima.

A APA deve garantir o respeito pelas normas de protecção física de materiais nucleares, no âmbito da implementação da respectiva convenção internacional.

Curiosamente, muitas das competências de fiscalização não são acompanhadas do poder de impor contra-ordenações em caso de constatação de infracções. Assim, por exemplo, se uma instalação radiológica médica não obteve a necessária autorização de funcionamento prévia da DGS, não lhe é aplicável qualquer coima. A omissão é claramente intencional, já que o diploma em causa prevê coimas para outras infracções (e.g. para a falta de renovação de uma licença caducada). A mesma omissão se verifica quanto a transpor-

¹⁵ A CIPRSN dispõe actualmente de uma equipa técnica, constituída quase exclusivamente por bolseiros, mas não dispõe de recursos ou instrumentos próprios.

tes de materiais radioactivos, adição intencional de substâncias radioactivas em bens de consumo (ou sua importação ou exportação), etc.

Regulação stricto sensu

Por via de regra, a legislação nacional de protecção radiológica não atribui poderes de regulação às autoridades encarregues de a aplicar. Ou seja, estas entidades não recebem poderes para especificarem ou explicitarem as normas decorrentes da legislação aprovada em Conselho de Ministros.

A DGS recebeu alguns poderes limitados de regulação. Pode, por exemplo, adoptar um manual de boas práticas de radiologia, ou fixar o modelo para os programas de protecção e segurança radiológica.

O ITN também pode, nalgumas áreas, fixar requisitos técnicos, mas esta competência tem vindo a ser exercida estritamente numa óptica casuística.

Emergências radiológicas

Em caso de uma emergência radiológica (e.g. um acidente numa central nuclear, a descoberta de uma fonte de radiações abandonada, a exposição não intencional de trabalhadores ou pacientes), a reacção tem de ser coordenada entre as equipas da Autoridade Nacional de Protecção Civil e uma Autoridade Técnica de Intervenção (ATI)¹⁶, que seria supostamente a que detém os conhecimentos técnicos especializados.

No entanto, no regime actualmente em vigor, a ATI depende das características da emergência:

- (i) em caso de emergências em instalações (excepto instalações do ciclo do combustível nuclear e actividades mineiras), é competente a DGS;
- (ii) em caso de emergências com risco para a população ou para o ambiente, é competente a APA;
- (iii) em caso de emergências em transportes ou devido à perda de fontes seladas ou descoberta de fontes órfãs, é competente o ITN;
- (iv) em qualquer outro caso, o Ministro da Administração Interna deve decidir qual a autoridade competente.

Escusado será dizer que, sobretudo no início duma emergência radiológica, poderá não ser óbvio se esta terá consequências para a população ou ambiente, ou se afectará apenas o interior de uma instalação. Também não será fácil determinar de imediato numa

¹⁶ O presente regime resulta essencialmente do DL 174/2002.

emergência ocorrida durante um transporte se esta afectará a população ou o ambiente. Em suma, o método escolhido para atribuição de competência para reagir a emergências radiológicas causa necessariamente conflitos e discussões sobre qual a entidade responsável.

Em acréscimo, foi criada uma Comissão Nacional para Emergências Radiológicas, com funções consultivas, que funcionaria junto da Autoridade Nacional de Protecção Civil e seria composta por representantes de várias autoridades.

Por fim, a APA é responsável por notificar ou receber notificações de entidades estrangeiras e internacionais em caso de emergências radiológicas com efeitos transfronteiriços, e todo e qualquer plano de emergência interno é aprovado pela DGS.

Representação internacional

A representação de Portugal nos vários comités técnicos da Comissão Europeia, nas conferências internacionais das Partes de tratados neste domínio e noutras instâncias internacionais tem sido igualmente caracterizada por uma grande dispersão e ineficácia.

Muito frequentemente, Portugal não é de todo representado em tais eventos. Mais frequentemente ainda, e sem prejuízo de excepções, é representado por funcionários que não conhecem a matéria ou não têm poderes para emitir uma posição em nome do Estado.

3. A obrigação de criação de um órgão regulador independente

Como foi indicado no prefácio do Decreto-Lei n.º 139/2005, *“os tratados internacionais sobre energia atómica e materiais radioactivos a que Portugal está vinculado apontam para a indispensabilidade da existência de uma autoridade independente de supervisão e avaliação”*.

A necessidade da existência de um órgão regulador independente vem referida em inúmeros documentos da Agência Internacional de Energia Atómica relativos à protecção radiológica e à segurança nuclear, mas que na sua maioria são documentos não vinculativos (fora do quadro de projectos de cooperação com a própria AIEA). No entanto, esta exigência tem vindo a ser contemplada em tratados internacionais.

Mais especificamente, nos termos da Convenção sobre Segurança Nuclear (CSN), de 17 de Junho de 1994, em vigor para Portugal desde 1998¹⁷, Portugal obrigou-se a criar um *“organismo regulador encarregue da implementação”* das normas de segurança nuclear

¹⁷ Decreto do PR n.º 9/98, DR-I-A 66/98, 1998/03/19; Resolução da AR n.º 9/98, DR-I-A 66/98, 1998/03/19.

desta convenção e *“dispondo da autoridade, competência e recursos financeiros e humanos adequados ao exercício das responsabilidades que lhe foram atribuídas”* (artigo 8.º, n.º1).

A CSN permite que a regulação seja feita por mais do que um organismo, mas tem de haver atribuição de competência expressa para conceder licenças e regulamentar a localização, concepção, construção, arranque, operação e desactivação de instalações nucleares (artigo 2.º, alínea ii)), bem como avaliar as respectivas condições de segurança (artigo 14.º). Mais, exige-se que seja assegurada *“uma separação efectiva entre as funções do organismo regulador e aquelas que qualquer outro organismo ou organização dedicada à promoção ou utilização da energia nuclear”*(artigo 8.º, n.º 2), o que implica que regulador e regulado não sejam os mesmos nem estejam sujeitos à tutela das mesmas entidades. Em última linha, como o Governo inclui sempre entidades que serão reguladas neste âmbito, a *única* maneira de garantir o cumprimento deste requisito é a criação de um regulador independente.

Recentemente, Portugal ratificou a Convenção Conjunta sobre a Segurança de Gestão do Combustível Usado e a Segurança de Gestão dos Resíduos Radioactivos (*“Convenção Conjunta”*)¹⁸.

Esta convenção estabelece as mesmas exigências que a CSN quanto à criação de um órgão regulador (ver artigo 19.º), mas tem um âmbito diferente. Refere-se, como o próprio nome indica, à regulação de resíduos radioactivos e de combustível irradiado, afectando Portugal de modo mais evidente e directo que a CSN.

A isto acresce uma Directiva comunitária sobre segurança nuclear inspirada nas disposições da CSN, cuja aprovação aparenta estar para breve. De acordo com o actual projecto desta Directiva (não se conhecendo propostas para retirar este requisito), exigir-se-á igualmente a criação de um órgão regulador independente.

Até ao momento, Portugal tem na verdade a obrigação de criar um órgão regulador, mas na prática não está sujeito a quaisquer consequências por violar essa obrigação. Com a adopção daquela Directiva e com o fim do seu prazo de transposição, se Portugal não criar o órgão regulador independente que provavelmente se exigirá, estará sujeito ao despoletar de uma acção por incumprimento por parte da Comissão Europeia, junto do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, com as possíveis consequências por todos sobejamente conhecidas.

¹⁸ Decreto do MNE n.º 12/2009, DR-I 77/09, 2009/04/21.

4. A necessidade de criação de um órgão regulador independente

Independentemente da obrigação jurídica de criar um órgão regulador independente, parece-nos que a opção pela criação de tal autoridade é a que melhor serve actualmente os interesses nacionais, tratando-se mesmo de uma opção necessária em função dos condicionalismos deste sector no nosso país.

Nalgumas áreas, é patente que a repartição de competências por várias entidades cria conflitos inaceitáveis, *maxime* no caso de reacção a uma emergência radiológica. Para a Autoridade Nacional de Protecção Civil, terá que ser óbvio qual a autoridade que deve contactar em caso de necessidade de reacção a uma emergência, que implique exposição não intencional de trabalhadores ou da população a radiações ionizantes. Eventualidades como estas não podem sujeitar-se a discussões entre autoridades para saber quem fica com o indesejado problema.

Acima de tudo, em Portugal, só a concentração de competências numa única entidade permitirá a criação de um *pool* de recursos humanos capaz de acompanhar, compreender e gerir correctamente a regulação e fiscalização deste sector.

Por toda a Europa se vem sentindo o problema da escassez de recursos humanos especializados. Os peritos tendem a pertencer a uma geração que se aproxima da reforma, sem que suficientes estudantes se sintam motivados pela opção de uma especialização neste domínio. Da perspectiva do Estado, para eficazmente prosseguir a missão de protecção da população contra os riscos das radiações ionizantes, é essencial criar a motivação para que novas gerações ingressem na área da protecção radiológica e da segurança nuclear.

No caso nacional, a criação de uma autoridade reguladora independente aparenta ser a forma mais eficiente de criar esta motivação, desenvolvendo um centro de conhecimento e uma fonte de recursos financeiros específicos. De momento, fora do quadro do ITN (que aposta essencialmente na formação necessária para a operação segura das suas instalações e equipamentos), as competências das restantes autoridades neste domínio são apenas uma pequena parte do total das suas atribuições, levando a que haja pouco incentivo e capacidade a investir nele. Esta óptica é manifesta no reduzidíssimo número de pessoal especializado que recrutam para esta área. Muitas das autorizações e licenciamentos concedidos em Portugal são realizados como mera formalidade, sem serem precedidos de estudos ou de conhecimento aprofundado sobre os riscos associados às fontes ou equipamentos em causa.

Simplemente, não se verifica uma massa crítica de competências e funções que permitam criar uma dinâmica de formação e especialização.

Aliás, foi só depois da distribuição de competências que acompanhou a extinção da Junta de Energia Nuclear, em 1979, que se começou a verificar o caos legislativo que hoje impe- ra neste domínio. Não existindo uma única entidade com uma visão de conjunto do sec- tor, o processo legislativo passou a ser impulsionado de modo parcial e fragmentário pelos diferentes Ministérios responsáveis. A Autoridade de Segurança Radiológica e Nuclear (ASRN) surge, neste sentido, como um passo vivamente aconselhável antes de se proceder à imperiosa reforma global da legislação portuguesa de protecção radiológica e segurança nuclear.

A isto acresce que se verifica nesta área uma rápida evolução tecnológica, em especial na área da saúde, podendo conduzir a novos riscos para a saúde de pacientes, médicos, pes- soal operador e população em geral. É portanto necessário um acompanhamento cons- tante e uma rápida adaptação do quadro regulatório nacional, que se traduza na adopção e revisão frequente de orientações, recomendações e guias, algo que até ao presente não tem sido feito de todo. Este acompanhamento implica nomeadamente uma representa- ção efectiva junto de instâncias internacionais e o acompanhamento das evoluções técni- co-científicas e jurídicas além-fronteiras.

As aplicações das radiações ionizantes na Medicina são, actualmente, as que suscitam maiores desafios ao nosso país. O número de instalações radiológicas médicas que não estão autorizadas em Portugal é assustador e inaceitável, o mesmo se diga da completa falta de fiscalização. Se mesmo em países com órgãos reguladores funcionais se têm vin- do a descobrir casos de equipamentos mal calibrados ou de incorrecta utilização de equi- pamentos, com terríveis consequências para os pacientes, como podemos continuar a confiar cegamente que os equipamentos de radiações ionizantes nacionais estão a ser devidamente utilizados? Já para não falar na necessidade de conhecimentos técnicos especializados e raros para se poder eficazmente promover os objectivos da protecção radiológica, nomeadamente o princípio ALARA (redução da exposição aos níveis mais bai- xos razoavelmente possíveis).

Da perspectiva dos destinatários das normas, a concentração de competências permitiria eliminar a maioria dos casos de duplicação de processos de autorização ou licenciamento, e de criar um interlocutor óbvio e especializado, com quem pudessem colaborar na pro- moção dos objectivos de segurança, diminuindo esforços e aumentando eficiência. Demasiado amiúde se hesita hoje sobre a que entidade se deve requerer autorização para uma determinada actividade que envolva radiações ionizantes. E os processos de autorização complicam-se frequentemente pela necessidade de consultar outras entida- des que detêm os conhecimentos técnicos necessários, não disponíveis junto das autori- dades competentes para conceder as autorizações.

Da perspectiva do público em geral, a criação de uma Autoridade única promoveria a transparência e o acesso a informações. As estatísticas do Eurostat indicam que a população portuguesa é das menos informadas quanto à tecnologia nuclear e à protecção radiológica¹⁹. A ASRN teria como uma das suas mais importantes tarefas centralizar e divulgar informações ao público, para quem actualmente não é claro onde se podem apresentar queixas ou obter informações sobre este domínio.

Por estas razões, em síntese, entendemos ser essencial a concentração de competências de protecção radiológica e segurança nuclear numa única entidade.

Quanto à independência desta entidade única, cremos que a sua necessidade advém, por um lado, do facto de o próprio Estado ter actividades sujeitas a fiscalização neste domínio, mas também porque a independência é essencial para se alcançar a transparência e confiança que devem estar na base da relação dos reguladores da protecção radiológica e segurança nuclear com o público. O acidente de Chernobyl, e o silêncio e falta de informação prestada pelas autoridades soviéticas nessa altura, deixou marcas de desconfiança profunda, que terão, é certo, outras razões. Só o distanciamento do aparelho do Governo permite criar as condições para restabelecer a relação de confiança da maioria da população com os reguladores deste sector.

5. Projecto de Autoridade de Segurança Radiológica e Nuclear

Antevendo a necessidade de criação de um órgão regulador independente, a equipa técnica da CIPRSN preparou um *“Projecto de Decreto-Lei que cria a Autoridade de Segurança Radiológica e Nuclear”*²⁰. Este Projecto é, forçosamente, uma proposta preliminar que requer uma discussão cuidada e prolongada, mas fornece uma base de trabalho para as discussões e reúne já o resultado de um longo trabalho interpretativo e de análise das falhas da actual regulação deste sector.

O Projecto inclui os Estatutos da proposta ASRN, inspirados principalmente nos Estatutos da Autoridade da Concorrência, bem como uma parte de revisão dos principais diplomas ainda em vigor. O objectivo desta última parte é de promover a segurança jurídica, eliminando derrogações tácitas e fornecendo numa única fonte (através das republicações) praticamente toda a legislação aplicável à protecção radiológica e segurança nuclear em Portugal. Tirando este processo de clarificação, não se procedeu à melhoria das normas

¹⁹ Ver, e.g., Comissão Europeia, *Special Eurobarometer 271 – Europeans and Nuclear Safety*, Fevereiro de 2007, p. 41.

²⁰ O projecto encontra-se disponível, por pedido, na CIPRSN.

substantivas²¹, já que se entendeu que esta tarefa será melhor promovida pela própria ASRN, após a aquisição de alguma prática de aplicação do regime e a consulta das experiências e sugestões dos aplicadores e destinatários das normas.

Nos termos do projecto, as competências relevantes são concentradas numa única entidade, cuja independência do Governo é garantida através de mecanismos idênticos aos de outros reguladores nacionais. A redistribuição de competências implicou a extinção ou reorganização de várias comissões que se revelavam supérfluas, ineficientes ou desactualizadas.

Em domínios em que, por força da característica das actividades, as competências têm de ser partilhadas com outros Ministérios, segue-se uma lógica de especialização, ficando a ASRN responsável pela componente de protecção radiológica ou de segurança nuclear. Assim, por exemplo, no caso da autorização de instalações radiológicas médicas, a ASRN surge como um co-decisor, através do mecanismo do parecer favorável.

É importante realçar que o projecto não tem por objectivo preparar a legislação nacional para o licenciamento de centrais nucleares ou de outras instalações do ciclo do combustível nuclear. Como o direito substantivo (que permaneceu inalterado) não está preparado para o seguro licenciamento de tais instalações, prevê-se expressamente a necessidade de revisão do quadro legislativo existente antes que se possa proceder ao seu licenciamento. Em consequência, seria necessária uma intervenção legislativa do Conselho de Ministros antes que a ASRN pudesse autorizar pela primeira vez a construção de uma instalação nuclear.

Para eliminar da ordem jurídica regimes desadequados à actualidade, revogam-se os regimes de licenciamento e exploração de instalações do ciclo de combustível nuclear e de minas de minério radioactivo, adoptados em 1969 e 1972. No que respeita à extracção de minério radioactivo, revelou-se ainda necessário revogar o regime adoptado em 1992 (sem prejuízo das normas relativas à recuperação ambiental). Além de ter entretanto perdido o seu objecto (por não existirem semelhantes minas activas em Portugal), este regime encontra-se obsoleto e teria forçosamente de ser revisto antes de poder ser autorizado o funcionamento de minas de urânio.

Seria despiciendo, nesta fase, entrar em maior detalhe sobre as características do projecto. É importante, porém, realçar uma questão que tem de ser cuidadosamente reflectida antes de se avançar com a criação de uma autoridade desta natureza: o problema dos recursos humanos.

²¹ No caso do Decreto-Lei n.º 167/2002, incluíram-se ainda as alterações que resultam duma proposta da Direcção-Geral de Saúde, discutida com as várias partes interessadas, mas que ainda não foram adoptadas em Conselho de Ministros.

Uma eventual ASRN teria que contar com um corpo de técnicos vindos de vários domínios. Como se disse acima, Portugal é um país com reduzidos recursos humanos especializados no domínio da protecção radiológica e da segurança nuclear. Pessoalmente, atendendo à experiência recolhida durante quase dois anos de interacção com autoridades nacionais e com os destinatários da regulação, estou convencido de que existe claramente um núcleo duro de pessoas (da área da física, medicina, engenharia, etc.) que seriam competentes e capazes de colocar a ASRN em funcionamento. Não obstante, tornou-se também evidente que seria necessário um período de instalação e uma aposta forte (tanto inicial, como contínua) na formação de especialistas, que teria forçosamente que contar com o apoio de entidades internacionais (Comissão Europeia, Agência Internacional de Energia Atómica e Agência de Energia Nuclear da OCDE) e/ou de autoridades de outros Estados-Membros. Um dos primeiros objectivos da ASRN teria de ser proporcionar formação qualificadora de um pequeno grupo de inspectores.

6. Conclusão

Se o presente artigo servir para chamar a atenção de algumas pessoas para a necessidade de uma intervenção urgente para garantir a segurança radiológica e nuclear em Portugal, terá cumprido a sua missão.

Apesar do cenário relativamente negro que foi traçado, é importante terminar com pelo menos duas notas positivas.

A primeira é a de que, apesar de tudo, os trabalhadores em áreas que recorrem a radiações ionizantes e a população em geral não estão, tanto quanto se sabe, sujeitos a riscos significativos. Por um lado, as fontes de radiações existentes em Portugal são, de modo geral, de um nível de perigosidade reduzido. Por outro, a omissão do lado da regulação e da fiscalização tem sido compensada por um grande sentido de responsabilidade do lado da maioria das entidades reguladas que detêm as fontes mais perigosas.

A segunda nota positiva prende-se com o potencial para o futuro. Estejam a trabalhar no sector público ou privado ou a estudar em universidades e centros de investigação nacionais e estrangeiros, Portugal tem pessoas capazes de vir a exercer as funções necessárias a montar uma autoridade reguladora e fiscalizadora eficiente (sem prejuízo, claro, de formação complementar e contínua).

A única coisa que falta, ao que parece, é a vontade política para tomar as necessárias medidas de reestruturação, sempre complicadas.

Mas estas medidas são essenciais para que o Estado cumpra a sua função de supervisão eficaz destas actividades perigosas. Sem a Autoridade de Segurança Radiológica e

Nuclear, Portugal continuará a ser um país com processos de autorização superficiais e frequentemente ignorados, sem fiscalizações e sem um corpo de técnicos preparado para responder eficazmente às exigências deste sector. É um risco que não podemos correr. □

I N F O R M A Ç Õ E S

Maio e Junho de 2009

i) Decisões e actos de reguladores

BANCO DE PORTUGAL (*www.bportugal.pt*)

- Apresentação do Governador sobre "Regulação e Supervisão do Sistema Bancário", na Comissão Parlamentar de Orçamento e Finanças da Assembleia da República.
- Apresentação do Governador sobre "Financiamento da Economia, e o sistema bancário: desempenho e regulação", na conferência da Associação Portuguesa de Bancos.

ERC (*www.erc.pt*)

- Deliberação no processo relativo à Queixa da Comissão Política do Partido Comunista Português contra a SIC, em que o Conselho Regulador deliberou proceder ao arquivamento do processo, no pressuposto de que as partes se encontravam esclarecidas quanto às circunstâncias que originaram o erro admitido pela Denunciada, e que se alcançaram os objectivos de natureza preventiva que são igualmente visados por este tipo de procedimento,

- Deliberação no processo relativo ao Recurso do Partido Social Democrata, a nível da Região Autónoma da Madeira, contra o *Diário de Notícias da Madeira em que o Conselho Regulador deliberou reconhecer a titularidade do direito de resposta ao recorrente, que deveria, no entanto, e no que respeitava às expressões desproporcionadamente desprimorosas, reformular o texto de resposta em conformidade com os reparos assinalados,*
- Deliberação no processo relativo à Queixa de Anabela Pereira Tavares Martinez da Silva contra a Rádio e Televisão de Portugal, SA, relativa ao programa "Grande Entrevista", transmitido a 21/05/2008 através do serviço de programas RTP1
- Deliberação a reprovar a actuação da TVI, pela peça do "Jornal da Uma" em que foram exibidas fotografias de crianças nuas de um site pornográfico
- *Deliberação a reeaprovar conduta da RTP no intervalo do programa "Prós e Contras"*
- Deliberação a autorizar a actividade de televisão através do serviço de programas temático de cobertura nacional e acesso condicionado denominado - "HOT tv"
- Decisão de proceder a uma análise sistemática na imprensa de grande expansão do tratamento dos crimes contra a autodeterminação sexual em virtude da violação grave e flagrante da reserva da intimidade da vida privada de crianças, jovens e adultos vítimas dos referidos crimes.
- *Comunicado sobre a divulgação de sondagens após o final da campanha eleitoral para as eleições para o Parlamento Europeu*
- *Relatório do Pluralismo Político-Partidário no Serviço Público de Televisão*

ANACOM (www.anacom.pt)

- Regulamento n.º 256/2009 que fixa regras aplicáveis à identificação e sinalização de estações de radiocomunicações

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (www.concorrenca.pt)

- Conclusão da investigação sobre práticas restritivas da concorrência no mercado dos Ginásios e Health Clubs
- Suspensão da campanha promocional myZONcard

- Comunicado 12/2009 nos termos do qual se publicita a nova decisão de condenação de 11 empresas de moagem de farinha, por concertação de preços em prejuízo dos consumidores, insistindo, assim, na condenação de cartel das moageiras.

ii) Relatórios e outros documentos

- Estudo sobre a Concorrência no Sector dos Meios Complementares de Diagnóstico de Cardiologia: no exercício das suas atribuições e competências, realizado pela ERS (www.ers.pt)
- Relatório do ICP- ANACOM sobre a Rede de Estabelecimentos Postais dos CTT no final de 2008 (www.anacom.pt).
- Relatório do ICP-ANACOM sobre a Situação das Comunicações de 2008 (www.anacom.pt)
- Estudo promovido pela Associação Portuguesa para o Desenvolvimento das Comunicações (APDC), sobre "O Impacto Económico e Social das Redes de Alta Velocidade de Próxima Geração - Recuperação Através da Inovação" (www.anacom.pt)
- Relatório da Autoridade da Concorrência sobre a Regulação da farmácia no contexto nacional e europeu (www.concorrenca.pt). □