

Actualidade

Cedências de terrenos para espaços verdes, equipamentos e infra-estruturas

JOÃO PEREIRA REIS · RUI RIBEIRO LIMA | *Advogados*

Doutrina

O Acordo-Quadro

CLÁUDIA VIANA | *Professora do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave*

Novo Custo de Acesso à Justiça

ELIZABETH FERNANDEZ | *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Alterações introduzidas ao Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo pelo Decreto-Lei nº 142/2009, de 16 de Junho entre o fim do regime cooperativo em prol da liberdade de iniciativa económica sem respeito pelo princípio da igualdade

FERNANDA MAÇÃS | *Advogada*

As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular

PEDRO NUNO RODRIGUES | *Advogado*

O Poderes de regulação da ERSE

RODRIGO VARELA MARTINS | *Advogado*

Informações



Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

3

Setembro de 2009

FICHA TÉCNICA

Director

Vital Moreira

Director-Adjunto

Pedro Gonçalves

Secretária de Redacção

Ana Cláudia Guedes

Proprietário

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
(CEDIPRE)

Editor

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
(CEDIPRE)

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	3
Cedências de terrenos para espaços verdes, equipamentos e infra-estruturas	3
JOÃO PEREIRA REIS • RUI RIBEIRO LIMA Advogados	
Doutrina	11
O Acordo-Quadro	11
CLÁUDIA VIANA <i>Professora do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave</i>	
Novo Custo de Acesso à Justiça	23
ELIZABETH FERNANDEZ <i>Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho</i>	
Alterações introduzidas ao Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo pelo Decreto-Lei nº 142/2009, de 16 de Junho entre o fim do regime cooperativo em prol da liberdade de iniciativa económica sem respeito pelo princípio da igualdade	43
FERNANDA MAÇÃS <i>Advogada</i>	
As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privados de recursos hídricos por iniciativa particular	59
PEDRO NUNO RODRIGUES <i>Advogado</i>	
O Poderes de regulação da ERSE	81
RODRIGO VARELA MARTINS <i>Advogado</i>	
Informações	101

www.fd.uc.pt/cedipre

A C T U A L I D A D E

Cedências de terrenos para espaços verdes, equipamentos e infra-estruturas

João Pereira Reis • Rui Ribeiro Lima
Advogados

1 – Enquadramento

O instituto da cedência de terrenos no âmbito das operações urbanísticas ganhou novos contornos à luz, não só, da recente alteração ao Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (doravante referido como RJUE), perpetrada pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro ⁽¹⁾, como também da alteração ao Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), realizada pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro ⁽²⁾.

Desde logo, a principal novidade prende-se com o alargamento do âmbito de aplicação daquele instituto, já que, actualmente, pode haver lugar à cedência de terrenos, não só no âmbito de operações de loteamento, mas também, como adiante se verá, no tocante a outras operações urbanísticas não subsumíveis àquele conceito, como sejam as obras de criação de novas edificações.

¹ Após a publicação da Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, o RJUE viu ainda algumas das suas disposições revogadas e alteradas pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

² Após a alteração do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro (RJIGT) pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, verificou-se uma outra alteração àquele diploma, desta feita pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro.

Por outro lado, tendo o actual RJIGT previsto a atribuição de efeitos registais aos planos de pormenor (vide n.º 3 do artigo 92.º e artigo 92.º-A), desde que reúnam determinados requisitos, verifica-se que também naquele diploma são tratadas matérias respeitantes às cedências de terrenos para o domínio municipal.

A aplicação aos casos concretos do regime jurídico das cedências tem suscitado algumas dúvidas de interpretação, verificando-se que a prática seguida pelos municípios nem sempre é uniforme e que diversas câmaras municipais fazem uma leitura daquele regime pouco consentânea com os principais objectivos que lhe estão subjacentes.

Assim, pretende o presente artigo dar um modesto contributo para o estudo desta temática, identificando algumas questões de relevância prática e apontando possíveis pistas para a resolução das mesmas.

2 – O instituto das cedências: sua caracterização actual

A cedência de terrenos no âmbito (e por causa) de operações urbanísticas tem a sua sede legal no artigo 44.º do RJUE, sendo que esta disposição se aplica quer a operações sujeitas a licenciamento, quer às sujeitas a comunicação prévia.

Em ordem à caracterização do instituto da cedência de terrenos, importa começar por dizer que este não pode ser visto à margem de tudo quanto a lei dispõe em matéria de áreas destinadas à implantação de **espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos**, já que ambos são, em boa verdade, as duas faces de uma mesma moeda.

Isto é, os artigos 43.º e 44.º do RJUE fazem parte de um mesmo “bloco legal” coerente e homogéneo, pelo que as respectivas normas deverão ser interpretadas de forma conjugada.

Estatui o n.º 1 do artigo 43.º do RJUE que **“os projectos de loteamento devem prever áreas destinadas à implantação de espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos”**, as quais serão dimensionadas em conformidade com os planos municipais de ordenamento do território ou, sendo estes omissos, nos termos fixados por portaria do membro do Governo responsável pelo ordenamento do território ⁽³⁾ conforme resulta do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro.

Por seu turno, o n.º 5 do artigo 57.º do RJUE manda aplicar aquele regime a certas operações urbanísticas de edificação que, na óptica do legislador, determinam impactes seme-

³ vide Portaria n.º 216-B/2008, de 3 de Março, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 24/2008, de 2 de Maio.

lhantes ao loteamento, embora não se integrem no conceito de operações de loteamento, definidas na alínea i) do artigo 2.º do RJUE.

A razão de ser das referidas norma parece evidente!

Bastará atender a quanto dispõem os artigos 9.º, 65.º e 66.º da Constituição da República Portuguesa, ou a quanto se encontra consagrado na Lei de Bases do Ambiente e na Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, em matéria de tarefas fundamentais do Estado e de direitos dos cidadãos nos domínios da qualidade de vida, do ambiente, da habitação e do correcto ordenamento do território, para facilmente compreendermos o espírito subjacente ao aludido preceito do RJUE.

Na verdade, a prossecução de interesses públicos directamente relacionados com a **qualidade de vida**, com a melhoria do **ambiente urbano** e com o **correcto ordenamento do território**, valores esses com dignidade constitucional e amplamente reconhecidos nas leis nacionais e no direito internacional e comunitário, exige que o processo de ocupação, uso e transformação do solo para fins urbanísticos tenha em conta as necessidades básicas das populações urbanas, tal como hoje são concebidas nas sociedades modernas.

Daí que seja necessário assegurar e garantir a existência e disponibilidade de espaços afectos a determinadas funções urbanas, nomeadamente áreas destinadas a espaços de recreio, lazer e desporto, áreas para implantação de vias de circulação e estacionamento, bem como áreas para equipamentos sociais (saúde, ensino, administração, assistência social, segurança pública, etc.).

O espaço urbano ou é multifuncional e assegura a satisfação das necessidades colectivas das populações urbanas ou, pura e simplesmente, não cumpre os princípios e objectivos constitucionais acima referenciados, pelo que, a par das zonas destinadas a habitação, comércio, indústria ou serviços não poderão deixar de existir outras zonas vocacionadas para acolher as aludidas funções urbanas.

O instituto das cedências surge, assim, como um instrumento jurídico ao serviço das políticas públicas no domínio do urbanismo, do ordenamento do território e do ambiente urbano.

As cedências de terrenos (bem como a compensação pela não realização das mesmas) não podem, nem devem, ser vistas como um qualquer mecanismo indirecto de financiamento dos sempre tão carenciados orçamentos municipais, ou de enriquecimento do património imobiliário dos municípios, já que o objectivo primordial deste instituto é contribuir para a sustentabilidade dos espaços urbanos e para a qualidade de vida das populações.

E quem não compreender esta singular realidade, dificilmente fará uma correcta aplicação da lei e, seguramente, não respeitará o espírito subjacente ao instituto das cedências. Reconhecendo, precisamente, aquela função de instrumento da política urbanística e de ordenamento do território, o legislador submeteu ao regime da cedência de terrenos aquelas operações urbanísticas que, não integrando o conceito de “operações de loteamento”, de acordo com o disposto na alínea i) do artigo 2.º do RJUE, sejam consideradas como “de impacte relevante”, nos termos do número 5 do artigo 44.º, aditado pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro.

Segundo aquele preceito, as operações urbanísticas de impacte relevante são todas aquelas que como tal sejam qualificadas em regulamento municipal, devendo este, naturalmente, estabelecer, de forma clara e inequívoca, as respectivas características.

O RJUE confere agora aos municípios a faculdade de, através dos seus regulamentos autónomos, fixarem os requisitos e critérios objectivos que permitem qualificar determinada operação urbanística como tendo um impacte relevante, do ponto de vista urbanístico, em ordem a impor, assim, aos respectivos promotores, a cedência para o domínio municipal de determinadas parcelas de terreno.⁽⁴⁾

Atente-se ao facto da lei (RJUE) recorrer a dois conceitos, aparentemente semelhantes, mas, na verdade, bem diferentes:

- operações urbanísticas “consideradas de impacte relevante” (n.º 5 do artigo 44.º);
- operações urbanísticas que determinam “impactes semelhantes a uma operação de loteamento” (n.º 5 do artigo 57.º).

Por outro lado, registe-se também que o n.º 5 do artigo 44.º vai muito além da disciplina normativa prevista para as operações urbanísticas de impacte semelhante a uma operação de loteamento (n.º 5 do artigo 57.º), em virtude de, quanto a essas operações urbanísticas, a câmara municipal apenas estar habilitada a exigir uma compensação ao titular

⁴ Ainda que a anterior redacção do RJUE contivesse já várias remissões para os regulamentos municipais, no que diz respeito à definição de um conjunto de matérias atinentes às especificidades de determinadas operações urbanísticas, a verdade é que a Lei n.º 60/2007 veio acentuar essa necessidade, já que algumas das normas do RJUE carecem de concretização mediante a emissão dos respectivos regulamentos municipais. A relevância dos regulamentos municipais é evidente nos seguintes casos:

- i) Condições e prazo de execução das obras de urbanização quando sujeitas a comunicação prévia – alínea a) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 53.º;
- ii) Fixação do montante da caução e condições gerais do contrato de urbanização, no âmbito das obras de urbanização quando sujeitas a comunicação prévia – alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 53.º;
- iii) Condições de execução das obras de edificação, quando sujeitas a comunicação prévia – n.º 1 do artigo 57.º;
- iv) Previsão dos limites máximos de execução de obras de edificação, quando sujeitas a comunicação prévia – n.º 2 do artigo 58.º.

da licença ou apresentante da comunicação prévia, em numerário ou em espécie, e não a cedência dos terrenos (n.ºs 6 e 7 do artigo 57.º) ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾.

Não obstante os artigos 43.º e 44.º do RJUE prosseguirem idênticos objectivos em matéria de política urbanística e de ordenamento do território, a verdade é que estas normas prevêm situações distintas, não podendo subsistir qualquer dúvida quanto ao respectivo campo de aplicação.

Assim, o artigo 43.º estabelece que as operações de loteamento devem contemplar certas áreas ou parcelas de terreno destinadas a espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos, independentemente do facto de, nos termos do n.º 3 do citado artigo, tais áreas permanecerem no domínio privado dos particulares ou serem integradas no domínio municipal (privado ou público). Por isso, na óptica do legislador, o interesse público subjacente àquela norma pode adequadamente ser prosseguido, ainda que as parcelas de terreno afectas às mencionadas funções (espaços verdes etc.) fiquem sob a égide do domínio privado (leia-se propriedade privada) e não sejam incorporadas no domínio municipal, desde que assegurada esteja a afectação dessas parcelas aos ditos usos ⁽⁷⁾.

Já o artigo 44.º do RJUE prevê algo diferente, uma vez que regula, não a afectação do solo a determinadas funções, mas o critério para apurar quais as parcelas de terreno a ceder ao município, com vista à “implantação de espaços verdes públicos e equipamentos de utilização colectiva”.

A inserção sistemática dos aludidos preceitos reforça o entendimento acima exposto: num primeiro momento importa garantir que o projecto de loteamento (ou operação urbanística e ele equiparada) contemple parcelas de terreno destinadas às aludidas funções; num segundo momento ver-se-á da titularidade, pública ou privada, das mesmas.

Assim, ainda que seja usual falar-se de “áreas de cedências”, a propósito do artigo 43.º, a verdade é que tal qualificação não é correcta, porquanto nem todas as áreas destinadas à construção de espaços verdes ou à instalação de equipamentos de utilização colectiva e infra-estruturas (ou sequer alguma delas) ficam sujeitas a cedência para o domínio municipal.

⁵ Neste sentido se pronuncia também FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “A alteração legislativa...” acima citada.

⁶ Veja-se igualmente JOÃO PEREIRA REIS, MARGARIDA LOUREIRO e RUI RIBEIRO LIMA, “Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, Anotado – Jurisprudência”, 3.ª edição, 2008, Almedina, pág. 185.

⁷ A eventual destinação de determinadas áreas previstas nas operações de loteamento ao serviço da comunidade em geral, ainda que permaneçam na esfera privada de particulares, parece corresponder ao princípio da vinculação social da propriedade privada, defendido por FERNANDO ALVES CORREIA, “O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade”, Almedina, 2001, pág. 314 e ss.

Respeitados que sejam os parâmetros de dimensionamento das áreas, prescritos em plano municipal de ordenamento do território ou, na sua falta, na Portaria 216-B/2008, cabe ao requerente do licenciamento, ou apresentante da comunicação prévia, da operação urbanística em causa, identificar as parcelas que se propõe ceder ao município para integração no respectivo domínio (n.º 2 do artigo 44.º), competindo à câmara municipal, nessa sequência, decidir se é, ou não, de acolher essa pretensão à luz do interesse público que lhe incumbe prosseguir.

E, caso se verifique algum dos pressupostos previstos no n.º 4 do artigo 44.º do RJUE, não haverá lugar à cedência de terrenos para o domínio municipal, sendo esta substituída por uma compensação, em numerário ou em espécie, a favor do município.

Saliente-se que a norma acima citada apresenta um carácter manifestamente excepcional, sendo que a regra é a cedência de terrenos ao município, no âmbito de operações de loteamento e de operações de impacte relevante, assumindo a compensação carácter de excepção.

Assim, embora nem sempre isto suceda, impõe-se que a câmara municipal fundamente, adequadamente, a dispensa de cedências (e a aplicação supletiva de compensações), tendo em conta que tal apenas poderá ocorrer nos seguintes casos:

- a. quando o prédio objecto da operação de loteamento (ou da operação urbanística de impacte relevante) estiver já servida pelas infra-estruturas necessárias;
- b. quando não se justificar, à luz do interesse público, a localização de qualquer equipamento ou espaço verde público, nomeadamente porque a zona em causa já dispõe de espaços suficientes dessa natureza;
- c. quando os espaços, infra-estruturas e equipamentos de natureza privada, incluídos no loteamento, em conjunto com os de natureza pública, ou isoladamente, respondam às necessidades das populações abrangidas.
- d. Importa realçar que a decisão quanto à verificação destes pressupostos, que determinarão, em consequência, o pagamento de uma compensação por parte do requerente da licença ou do apresentante da comunicação prévia, é da competência do município, em virtude de a este último estarem cometidas as atribuições legais no domínio do ordenamento do território e urbanismo, de acordo com a alínea o) do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro.

3 – O ingresso das parcelas cedidas no domínio municipal

Diferentemente do que acontecia com a anterior redacção, o actual n.º 3 do artigo 44.º do RJUE prevê que as parcelas de terreno que sejam objecto de cedência ao município, tanto podem integrar o domínio público como o domínio privado daquele.

Com efeito, estatui agora a norma em causa que deve “a câmara municipal definir, no momento da recepção, as parcelas afectas aos domínios público e privado do município”⁽⁸⁾.

Assim, o município tem que identificar, previamente à emissão do alvará, a qual dos domínios ficarão adstritas as parcelas a ceder, devendo, para tanto, proferir o correspondente acto administrativo.

Deste modo, existem dois momentos no tocante à cedência de parcelas nas operações urbanísticas: o momento da definição do domínio municipal, privado ou público, em que tais parcelas irão ingressar e o momento do efectivo ingresso das mesmas no respectivo domínio.

À segunda questão parece dar resposta a alínea f) do n.º 1 do artigo 77.º, ainda que não de maneira expressa. Prescreve a norma em causa que do alvará da licença da operação de loteamento deve constar a “especificação das parcelas a integrar no **domínio municipal**”. Ora, atendendo a que as parcelas cedidas se integram no domínio municipal com a emissão do alvará (primeira parte do n.º 3 do artigo 44.º), lógico será concluir que a identificação das parcelas a incorporar no domínio público ou no domínio privado deverá ser feita na **deliberação final do licenciamento**, prevista no artigo 23.º.

Diferente é, porém, o que sucede no âmbito do procedimento de comunicação prévia, uma vez que a admissão desta não é titulada por alvará.

De acordo com o já citado n.º 3 do artigo 44.º, a incorporação das parcelas a ceder é efectuada mediante a “elaboração do instrumento próprio”, ou seja, através de escritura pública ou documento particular autenticado por notário privativo do município.

Nessa medida, a definição do domínio público ou privado, no qual as parcelas em causa ingressarão deve ser feita no momento da outorga da escritura ou do documento particular autenticado.

Saliente-se que o prazo para a outorga do “instrumento próprio”, referido no n.º 3 do artigo 44.º, coincide com o prazo definido no RJUE para a rejeição, ou admissão, da

⁸ A redacção do n.º 3 do artigo 44.º do RJUE anterior à Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro consagrava claramente que as parcelas de terreno cedidas ao município se integravam no *domínio público municipal*, com a emissão do alvará de licenciamento ou autorização.

comunicação prévia (n.º 1 do artigo 36.º), o que implica que as parcelas de terreno serão cedidas ao município em momento anterior à decisão sobre a comunicação prévia (⁹).

Claro está que a inclusão das parcelas de terreno no domínio **privado** do município não significa que tais parcelas não devam continuar afectas ao fim de utilidade pública a que foram destinadas, de acordo com o fixado no alvará (alínea f) do n.º 1 do artigo 77.º) ou no instrumento notarial próprio. Com efeito, e seguindo de perto ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ (¹⁰), não será tão relevante a dominialidade pública ou privada das parcelas cedidas, mas antes a destinação pública que o município se auto-vincula a dar às mesmas nos actos através dos quais incorpora as parcelas cedidas no seu domínio.

E tanto assim é que o artigo 45.º do RJUE prevê que haja reversão das parcelas cedidas, a favor do primitivo proprietário, sempre que estas sejam afectas a fins diversos daqueles para que hajam sido cedidas, independentemente de tais parcelas terem integrado o domínio público ou o domínio privado do município.

Já no que respeita às cedências no âmbito dos planos de pormenor com efeitos registais, a escolha atinente a qual dos domínios do município deverão pertencer as parcelas objecto de cedência ocorre, a nosso ver, no momento da deliberação da assembleia municipal que aprova o plano, tendo em atenção o conteúdo documental deste, o qual deverá incorporar, obrigatoriamente, um quadro com a descrição das parcelas a ceder e a sua finalidade, nos termos do disposto na alínea f) do n.º 3 do artigo 92.º do RJIGT.

Porém, o momento de ingresso das parcelas no domínio municipal é o da efectivação do registo predial dos lotes respectivos, de acordo com o n.º 6 do artigo 92.º-A do RJIGT, tudo levando a crer que, à revelia do regime geral, o registo predial assume, aqui, natureza constitutiva (¹¹). □

⁹ Afigura-se que este regime é manifestamente mais gravoso para o particular, pois este ainda não sabe, a essa altura do procedimento, se a sua operação urbanística vai ser deferida. Tendemos assim a concordar com a posição assumida por FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS, de aposição implícita de um modo no instrumento próprio através do qual são cedidas as parcelas (“Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Comentado, Almedina, 2009, pág. 326).

¹⁰ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Cedências para o Domínio Municipal: Algumas Questões”, *Direito Regional e Local* n.º 4, 2008, pág. 28

¹¹ Segundo JOÃO BASTOS (“O Plano de Pormenor enquanto título de transformação fundiária com repercussões no registo predial”, Coimbra, 2008), o registo predial do plano de pormenor possui natureza constitutiva, uma vez que é através desse registo que se opera a transmissão da propriedade das parcelas cedidas ao município.

D O U T R I N A

O Acordo-Quadro (*)

Cláudia Viana

*Professora do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave***1. O acordo-quadro no contexto da contratação pública**

Como se sabe, a contratação pública representa cerca de 16% do PIB da União Europeia ⁽¹⁾, assumindo ainda uma dimensão internacional que abrange os quarenta países que subscreveram o Acordo sobre os Contratos Públicos no seio da Organização Mundial de Comércio ⁽²⁾.

Esta importância económica da contratação pública, que, no plano europeu, está indissociavelmente ligada à plena concretização do mercado único, constitui, em nosso entender, a justificação para a existência de um específico regime jurídico ⁽³⁾ que visa disciplinar a celebração dos contratos públicos enquanto transacções económicas celebradas no

(*) O presente texto tem por base a intervenção sobre «A importância dos acordos-quadro» apresentada na 1.ª Convenção Nacional de Compras Públicas, promovida pela Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E., que teve lugar no dia 1 de Julho de 2009, no Centro de Congressos de Lisboa, Junqueira, Lisboa.

⁽¹⁾ Cfr. COMISSÃO, *A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*, de 3 de Fevereiro de 2004, in <http://www.europa.eu.int>.

⁽²⁾ Relativamente ao Acordo sobre os Contratos Públicos, cfr. o nosso «A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional», in AA.VV. (coord. PEDRO GONÇALVES), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, CEDIPRE /Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 23/49.

⁽³⁾ Para mais desenvolvimentos, ver o nosso *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 89 e segs.

seio do mercado europeu e também, por força dos compromissos assumidos, do mercado internacional.

O que está aqui em causa é, fundamentalmente, garantir que os contratos públicos são celebrados com respeito pelos princípios e traves-mestras em que assenta o mercado europeu ⁽⁴⁾, de modo a que se consiga promover uma efectiva concorrência entre os operadores económicos, fomentando-se a sua participação num mercado global, nele incluindo, porque não poderia deixar de ser, as pequenas e médias empresas (PME), que, como se sabe, representam mais de 90% das empresas europeias ⁽⁵⁾.

Com esta liberalização dos contratos públicos, não apenas se concretiza o mercado único europeu, que constitui um dos principais objectivos do projecto europeu, como se promove a racionalização das despesas públicas, com as inerentes poupanças dos dinheiros públicos.

E tendo em conta os objectivos europeus de contenção das despesas públicas, mesmo que actualmente mitigados em contexto de crise económica internacional, parece-nos importante sublinhar que a liberalização ou abertura à concorrência dos contratos públicos constitui um imperativo nacional, e não apenas europeu e internacional. Ou seja, a liberalização dos contratos públicos e a racionalização das despesas públicas devem também fazer parte do elenco dos interesses públicos de âmbito nacional.

Ora, esta liberalização dos contratos públicos é muitas vezes encarada como um objectivo meramente europeu, e não de cariz nacional, esquecendo-se aqui que o projecto europeu também é nosso e que os interesses europeus são também interesses nacionais.

É, assim, nesta linha que devemos enquadrar a publicação do Código dos Contratos Públicos ⁽⁶⁾, que, ao estabelecer a disciplina da contratação pública, visa transpor o direito europeu e consequentemente promover a celebração de contratos públicos num mercado concorrencial, assente na igualdade, nas liberdades de circulação, na transparência, na publicidade, na imparcialidade e na objectividade dos procedimentos pré-contratuais e das decisões de adjudicação.

E é também nesta linha que, em nosso entender, deverá ser enquadrado o acordo-quadro, que apela a uma ampla concorrência do mercado e à participação dos operado-

⁽⁴⁾ E que são os princípios da igualdade, a proibição da discriminação em razão da nacionalidade, as liberdades comunitárias, a transparência, a publicidade, a imparcialidade, a proporcionalidade e o reconhecimento mútuo. Para uma análise detalhada do significado e aplicação dos princípios comunitários que regem a contratação pública, cfr. o nosso *Os princípios comunitários...*, cit., pp. 105 e segs.

⁽⁵⁾ Sobre a participação das PME na contratação pública, cfr. o nosso *Os princípios comunitários...*, cit., pp. 65 e segs.

⁽⁶⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, doravante designado Código dos Contratos Públicos ou Código.

res económicos interessados. Na medida em que constitui um instrumento especialmente destinado à satisfação de necessidades frequentes, repetitivas e de grande volume das entidades adjudicantes, o acordo-quadro contribui fortemente para a racionalização da contratação pública, com potencialidades reconhecidas na eficácia das adjudicações e na poupança dos dinheiros públicos.

Estas potencialidades do acordo-quadro são obviamente reforçadas quando é utilizado por centrais de compras.

As novidades introduzidas pela Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março ⁽⁷⁾, em relação ao acordo-quadro e às centrais de compras, objecto de transposição pelo Código dos Contratos Públicos, e ainda a implementação de um Sistema Nacional de Compras Públicas ⁽⁸⁾, cujo protagonismo é assumido pela Agência Nacional de Compras Públicas ⁽⁹⁾, podem promover a contratação em massa num ambiente concorrencial e com impacto nas despesas públicas. Desta forma, concretiza-se, em nosso entender, a política da contratação pública e dos interesses públicos que lhe estão associados.

2. O acordo-quadro

No direito comunitário, o acordo-quadro está actualmente previsto quer no âmbito dos sectores gerais ⁽¹⁰⁾ quer nos sectores especiais da água, energia, transportes e serviços postais ⁽¹¹⁾, ainda que se verifiquem algumas diferenças nos regimes jurídicos aplicáveis a cada um desses sectores. Esta diferenciação dos regimes jurídicos justifica-se tanto pela especificidade dos sectores em causa como pelo facto de os sectores especiais, contra-riamente aos sectores gerais ⁽¹²⁾, já preverem, desde 1993, o acordo-quadro ⁽¹³⁾.

⁽⁷⁾ Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

⁽⁸⁾ O Sistema Nacional de Compras Públicas, além da Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E., e das Unidades Ministeriais de Compras, integra ainda entidades compradoras vinculadas (os serviços da administração directa do Estado e os institutos públicos) e entidades compradoras voluntárias (entidades da administração autónoma e do sector empresarial público que celebraram um contrato de adesão com a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E.). Cfr. art. 3.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro.

⁽⁹⁾ A Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. foi criada pelo Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro.

⁽¹⁰⁾ Cfr. arts. 1.º, n.º 5, e 32.º da Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março. Ver, a este respeito, o nosso *Os princípios comunitários...*, cit., pp. 363 e segs.

⁽¹¹⁾ Cfr. arts. 1.º, n.º 4, e 14.º da Directiva 2004/17/CE, de 31 de Março. Cfr. o nosso *Os princípios comunitários...*, cit., pp. 578 e segs.

⁽¹²⁾ De notar que, sem prejuízo de o acordo-quadro não estar previsto nos sectores gerais, o Tribunal de Justiça já tinha admitido a possibilidade de celebração de um acordo-quadro de fornecimento de bens nestes sectores. Assim, no acórdão *Comissão/Grécia*, de 4 de Maio de 1995 (Proc. n.º C-79/94, *Collect.* 1995, p. I-1071), o Tribunal afirmou que as regras previstas na directiva relativa aos fornecimentos de bens (no caso, a Directiva 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993) não deixam de ser aplicáveis «pelo facto de o

Neste trabalho, teremos apenas presente o regime do acordo-quadro consagrado na Directiva 2004/18/CE e no Código dos Contratos Públicos, não curando das especificidades previstas, no patamar comunitário, para os sectores especiais e que não foram, aliás, contempladas no Código.

O acordo-quadro é definido, no art. 251.º do Código, como sendo o contrato celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e um ou mais operadores económicos (ou entidades, como refere o Código), com vista a disciplinar relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo, mediante a fixação antecipada dos respectivos termos.

Uma primeira questão que se pode colocar consiste em saber se um acordo-quadro constitui efectivamente um contrato, como definido no mencionado art. 251.º do Código dos Contratos Públicos.

A Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março, no seu art. 1.º, n.º 5, define o acordo-quadro como «um acordo entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores económicos, que tem por objecto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período de tempo...», não utilizando o termo contrato, que ficou reservado para os contratos ditos tradicionais ⁽¹⁴⁾.

Esta questão tem sido discutida na doutrina estrangeira, tendo alguns Autores defendido que o acordo-quadro constitui um programa de contratos, e não um contrato tradicional ⁽¹⁵⁾, enquanto que outros entendem que o acordo-quadro não deve ser considerado um instrumento contratual, mas sim um procedimento pré-contratual ao abrigo do qual serão celebrados contratos ⁽¹⁶⁾.

Em nosso entender, o acordo-quadro não constitui seguramente um procedimento pré-contratual. Na verdade, a celebração de um acordo-quadro ocorre após a realização de

contrato em causa ser apenas um acordo-quadro, constituindo apenas uma estrutura no âmbito da qual são celebrados numerosos contratos de fornecimento».

Assim acontecia em Portugal, através dos contratos públicos de aprovisionamento celebrados pela extinta Direcção-Geral do Património.

⁽¹³⁾ Nos sectores especiais, o acordo-quadro estava previsto nos arts. 1.º, n.º 5, e 5.º da Directiva 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993.

⁽¹⁴⁾ Ou seja, os contratos de concessão e empreitada de obras públicas, os contratos de aquisição de serviços e os contratos de fornecimento ou aquisição e locação de bens móveis.

⁽¹⁵⁾ GIUSEPPE MORBIDELLI e MAURIZIO ZOPPOLATO, «Appalti pubblici», in AA.VV. (Dir. MARIO P. CHITI e GUIDO GRECO), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Parte Speciale, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano, pp. 214 e segs., em especial p. 282.

⁽¹⁶⁾ PIÑAR MAÑAS e HERNÁNDEZ CORCHETE, «El contrato de obras en el ámbito de los sectores excluidos», in AA.VV., *La contratación pública en los llamados sectores excluidos – agua, energía, transportes, telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 101 e segs., em especial p. 113.

um procedimento pré-contratual, mas não se confunde com ele, sendo o acordo-quadro o resultado da realização desse procedimento. Um procedimento dotado de especificidades e que projecta a sua eficácia não apenas em relação ao acordo-quadro, como ainda em relação aos contratos celebrados ao abrigo daquele, sem prejuízo de estes últimos (também) serem precedidos de formalidades procedimentais pré-contratuais próprias e específicas ⁽¹⁷⁾.

Dúvidas não existem que o acordo-quadro constitui um instrumento contratual, ainda que *sui generis*, consubstanciado numa estrutura ou “chapéu” ao abrigo do qual serão celebrados os contratos individuais. É, aliás, visível a existência de uma unidade entre os contratos individuais, sendo que é esta unidade que justifica o recurso ao acordo-quadro⁽¹⁸⁾.

Acresce que – e esta é outra nota diferenciadora – a celebração do acordo-quadro não implica necessariamente a celebração dos contratos ditos individuais. Como se prevê no n.º 2 do art. 255.º, as entidades adjudicantes não são obrigadas a celebrar estes contratos, salvo disposição em contrário constante do caderno de encargos relativo ao acordo-quadro. O mesmo não sucede em relação aos operadores económicos, que ficam vinculados a celebrar os contratos nas condições previstas no acordo-quadro e sempre que a entidade adjudicante o requeira. Daqui decorre que o regime-regra do acordo-quadro não tem carácter sinalagmático, já que só a parte co-contratante é que fica vinculada a celebrar os contratos individuais.

Importa referir que o acordo-quadro inclui, nos termos do art. 32.º da Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março, e segundo a interpretação feita pela Comissão Europeia ⁽¹⁹⁾, várias modalidades distintas, com base em dois critérios de classificação, a saber: o critério do conteúdo do acordo-quadro e o critério do número de co-contratantes do acordo-quadro.

Assim, e segundo o critério do conteúdo do acordo-quadro, podemos distinguir duas categorias: *i)* acordo-quadro onde os termos dos contratos a celebrar estão todos fixados, habitualmente designado por contrato-quadro; *ii)* acordo-quadro onde não estão fixados todos os termos dos contratos a celebrar, geralmente designado por acordo-quadro em sentido estrito.

⁽¹⁷⁾ E que, como adiante veremos, são diferentes, consoante a modalidade de acordo-quadro.

⁽¹⁸⁾ Assim se pronunciou o Tribunal de Justiça, no já citado acórdão *Comissão/Grécia*, referindo que o «acordo-quadro confere uma unidade aos diferentes fornecimentos que rege».

⁽¹⁹⁾ COMISSÃO, *Fiche explicative – accords cadres – directive classique*, documento CC/2005/03, de 14/7/2005.

Tendo em conta o critério do número de co-contratantes do acordo-quadro, cumpre distinguir entre: *i)* acordo-quadro com um único operador económico ou acordo-quadro individual; *ii)* acordo-quadro com vários operadores económicos ou acordo-quadro múltiplo.

De notar que estas classificações são interpenetráveis, pelo que o acordo-quadro individual, do ponto de vista do seu conteúdo, tanto pode ser um contrato-quadro como um acordo-quadro em sentido estrito. Do mesmo modo, o acordo-quadro múltiplo pode revestir a modalidade de contrato-quadro ou de acordo-quadro em sentido estrito.

Contudo, do art. 252.º do Código dos Contratos Públicos parece resultar apenas a previsão de duas modalidades de acordos-quadro, a saber: *i)* acordo-quadro com um único operador económico, quando os termos dos futuros contratos a celebrar estão todos fixados (contrato-quadro individual); *ii)* acordo-quadro com vários operadores económicos, quando os termos dos futuros contratos a celebrar não estão totalmente fixados (acordo-quadro em sentido estrito múltiplo).

Em nosso entender, teria sido interessante prever a modalidade do acordo-quadro com um único operador económico sem fixação de todos os termos dos futuros contratos a celebrar (acordo-quadro em sentido estrito individual), concedendo-se, assim, um maior leque de opções às entidades adjudicantes. Esta possibilidade não será especialmente interessante para as centrais de compras, mas sobretudo para as restantes entidades adjudicantes fazerem face a necessidades correntes, e que, por diversos factores (como, por exemplo, grandes oscilações de preço), não permitem a fixação prévia de todos os termos dos contratos a celebrar ⁽²⁰⁾.

Já na perspectiva das centrais de compras, também nos parece que poderia ter sido previsto o acordo-quadro com vários operadores económicos e com fixação de todos os termos dos contratos a celebrar (contrato-quadro múltiplo), sem prejuízo da dificuldade de definição das regras disciplinadoras da adjudicação. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. ou de uma Unidade Ministerial de

⁽²⁰⁾ O art. 258.º, n.º 3, aplicável, por força da remissão feita pelo seu n.º 1 para o art. 252.º, n.º 1, alínea *a)*, aos acordos-quadro individuais, prevê que «caso tal se revele necessário, a entidade adjudicante pode solicitar, por escrito, ao co-contratante do acordo-quadro, que pormenorize, igualmente por escrito, aspectos constantes da sua proposta». Esta disposição suscita-nos as maiores dúvidas, ficando sem se saber se o acordo-quadro individual pode ser feito sem que todos os termos dos contratos a celebrar estejam fixados ou se o que está aqui em causa deverá ser entendido como a admissibilidade de esclarecimentos complementares da proposta face aos termos fixados. Ora, se o legislador quisesse admitir o acordo-quadro individual sem fixação de todos os termos dos contratos a celebrar deveria tê-lo feito claramente no art. 252.º, o que não sucede. Acresce que a própria epígrafe do art. 258.º reduz o seu âmbito de aplicação aos acordos-quadro com fixação de todos os termos dos contratos a celebrar. Assim, entendemos que o n.º 3 do art. 258.º deverá ser aplicado apenas no âmbito do acordo-quadro individual com fixação de todos os termos dos contratos a celebrar.

Compras celebrar um acordo-quadro na modalidade de contrato-quadro com vários operadores económicos para a aquisição de papel, sendo a adjudicação feita com base no critério da quantidade de papel fornecido por cada co-contratante ou no critério da região a que pertencem as entidades compradoras e cada um dos fornecedores.

Um aspecto importante prende-se com a identificação precisa das partes do acordo-quadro. Isto porque o acordo-quadro constitui um acordo fechado, no qual as partes estão identificadas, quer do lado da ou das entidades adjudicantes promotoras quer do lado do ou dos operadores económicos.

Esta identificação das partes ocorre obviamente no procedimento pré-contratual, convindo, no entanto, fazer a seguinte distinção: a identificação da ou das entidades adjudicantes verifica-se no momento em que é tomada a decisão de contratar, aqui consubstanciada na decisão de celebrar o acordo-quadro; já a identificação do ou dos operadores económicos é feita na decisão de adjudicação do acordo-quadro, de entre os operadores económicos que concorreram ao procedimento pré-contratual.

Em matéria de duração do acordo-quadro, o art. 256.º do Código prevê, na linha do estabelecido na Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março, um prazo de vigência de 4 anos, admitindo-se um prazo superior desde que devidamente justificado, seja pelo objecto do acordo-quadro seja pelas condições da sua execução. No caso de acordos-quadro celebrados por centrais de compras, o prazo de vigência não pode ser superior a 4 anos. Trata-se de uma regra que obviamente apela à concorrência e visa evitar os problemas ligados aos fornecedores dominantes e/ou habituais.

Colocam-se, de todo o modo, questões interessantes a propósito da duração do acordo-quadro, cumprindo designadamente apurar se é possível a celebração de um contrato cuja execução se prolonga para além do respectivo tempo de vigência do acordo-quadro. Parece-nos que, desde que o contrato seja celebrado dentro do período de vigência do acordo-quadro, nada impede que a sua execução (por exemplo, assistência técnica de garantia) ocorra após o termo da vigência daquele.

Quanto aos procedimentos de formação dos acordos-quadro, o art. 253.º, seguindo o previsto na Directiva, admite a utilização de qualquer procedimento, sem prejuízo de algumas especificidades.

Assim, pode ser utilizado o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento por negociação e até o ajuste directo, esclarecendo-se que se o ajuste directo for escolhido em função do valor, este deverá ser apurado pelo somatório dos preços contratuais dos contratos celebrados ao abrigo do acordo-quadro.

À partida, nada impede que também se utilize o diálogo concorrencial, ainda que seja difícil detectar situações que cumpram os requisitos exigidos para o recurso àquele procedimento ou em que a celebração do acordo-quadro por via do diálogo concorrencial seja exequível. Mas, enfim, sempre se dirá que “não há imaginação mais fértil do que a realidade” e, se for o caso, nada impede, a nosso ver, que se recorra justificadamente também ao diálogo concorrencial.

No caso de se tratar de um acordo-quadro múltiplo, terá de ser indicado o número de operadores económicos com os quais vai ser celebrado o acordo, que, no mínimo, será de 3, salvo se o número de candidatos qualificados ou de propostas aceites for inferior.

Um outro aspecto relevante prende-se com os critérios de adjudicação. Isto porque quer para a conclusão do acordo-quadro quer para a celebração dos contratos individuais devem ser previamente definidos e publicitados os critérios de adjudicação, assim como a ponderação dos diversos factores e sub-factores e o modelo de avaliação, no caso de o critério de adjudicação ser o da proposta economicamente mais vantajosa.

Ora, em nosso entender, o Código dos Contratos Públicos não regula de forma completamente clara esta matéria.

Desde logo, importa ter presente que, a propósito do procedimento de formação do acordo-quadro, o art. 253.º, n.º 1, ao remeter para as regras que regem os procedimentos pré-contratuais, está (também) a fazê-lo para as regras que, naqueles procedimentos, regem a adjudicação, incluindo o respectivo critério e, se se tratar do critério da proposta economicamente mais vantajosa, os sub-critérios e o modelo de avaliação. Daqui decorre, e não poderia deixar de assim ser, que o critério de adjudicação deve estar previamente definido e tem de ser publicitado juntamente com os documentos de suporte do procedimento.

A principal questão que, a este respeito, se coloca prende-se com a admissibilidade de utilização de critérios de adjudicação distintos consoante se trate da celebração do acordo-quadro ou dos contratos ditos individuais com vários operadores económicos.

Sobre este ponto, há que referir que, e não obstante o silêncio do art. 32.º da Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março, a Comissão Europeia se pronunciou no sentido de que, no caso de acordos-quadro múltiplos, podem ser utilizados critérios de adjudicação distintos, desde que essa possibilidade esteja prevista nos documentos do procedimento de formação do acordo-quadro ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ COMISSÃO, *Fiche explicative – accords cadres – directive classique*, documento CC/2005/03, de 14/7/2005.

Ora, em nossa opinião, do disposto no art. 259.º, n.º 2, não resulta, com clareza, se é admissível a utilização de critérios de adjudicação distintos para o acordo-quadro e para os contratos individuais, salvaguardada, como dissemos, a sua prévia fixação e publicitação.

Entendemos assim, e com apoio na interpretação comunitária, que a possibilidade de utilização de critérios de adjudicação distintos para o acordo-quadro e para os contratos individuais deve ser acolhida, e reveste especial interesse quando o acordo-quadro é promovido por uma central de compras. Pense-se no caso de a adjudicação do acordo-quadro múltiplo ser feita com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa e existir todo o interesse, por parte da entidade adjudicante, na adjudicação do contrato individual com base no preço.

De todo o modo, a fixação do ou dos critérios de adjudicação e a sua densificação terão de constar dos documentos do procedimento de formação do acordo-quadro, por força da remissão operada pelo art. 253.º, n.º 1, para as regras que regem os procedimentos pré-contratuais.

A celebração dos contratos individuais ao abrigo do acordo-quadro está regulada de modo diferente, consoante se trate de um acordo-quadro individual ou múltiplo. Tratando-se de um único co-contratante, os contratos individuais são celebrados por ajuste directo, conforme decorre do art. 258.º. Note-se ainda que o recurso ao ajuste directo está expressamente previsto nos arts. 25.º, n.º 1, alínea c), 26.º, n.º 1, alínea e), e 27.º, n.º 1, alínea h). Acresce que a celebração destes contratos está sujeita à publicitação da ficha no portal da *Internet* dedicado aos contratos públicos, tal como resulta do art. 127.º do Código.

Tratando-se de acordo-quadro com vários operadores económicos, a celebração dos contratos individuais obriga, nos termos previstos no art. 259.º, a que seja desencadeado um procedimento pré-contratual específico e de natureza concorrencial, que se inicia com um convite a todos os co-contratantes do acordo-quadro para apresentarem proposta, no prazo fixado pela entidade adjudicante, e completarem os termos não fixados ou responderem aos aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos do acordo-quadro.

Se as prestações objecto do acordo-quadro estiverem divididas por lotes, serão apenas convidados os operadores económicos seleccionados para aqueles lotes.

O convite deve densificar o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa e o modelo de avaliação a utilizar, sem prejuízo do que acima referimos sobre a

admissibilidade de critérios de adjudicação distintos, consoante se trate da celebração do acordo-quadro ou da celebração de contratos individuais.

Segue-se a avaliação das propostas e a adjudicação do contrato, em conformidade com o critério de adjudicação fixado. De todo o modo, parece-nos que, e por razões de simplificação, devem ser privilegiados critérios de fácil aplicação. Se estiver em causa a aquisição ou locação de bens móveis ou aquisição de serviços, pode a celebração dos contratos ser feita também com recurso ao leilão electrónico, designadamente para definir o preço.

Há ainda a sublinhar que, não estando totalmente fixados os termos dos contratos individuais a celebrar, tal não significa que sejam admissíveis alterações substanciais ao consignano no acordo-quadro, como está acautelado no art. 257.º, n.º 2, do Código.

Admite-se, no entanto, e bem, que o caderno de encargos do acordo-quadro preveja a actualização das especificações técnicas dos bens ou serviços a adquirir, desde que se mantenha o tipo de prestação e os objectivos das especificações fixadas, em casos justificados por inovações e desenvolvimentos tecnológicos.

3. Especificidades dos acordos-quadro celebrados por centrais de compras

O art. 260.º, numa linha de continuidade com as Directivas de 2004, prevê que as entidades adjudicantes do sector administrativo tradicional e os “organismos de direito público”, independentemente do sector a que pertençam, possam constituir centrais de compras destinadas a centralizar a contratação de empreitadas de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

Note-se que quer o Código quer as directivas comunitárias admitem em termos amplos a criação de centrais de compras, o que, em Portugal, se limitava à vulgarmente designada Central de Compras do Estado, a cargo da Direcção-Geral do Património, a que entretanto sucedeu a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E..

A constituição, estrutura orgânica e funcionamento das centrais de compras rege-se pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, devendo ainda ser tido em conta que o Sistema Nacional de Compras Públicas – que, como dissemos, integra a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. e as Unidades Ministeriais de Compras como centrais de compras do Estado – está regulado pelo Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro.

Entre outras funções, e para o que nos interessa, as centrais de compras podem celebrar acordos-quadro, designados contratos públicos de aprovisionamento, que tenham por objecto a posterior celebração de contratos de empreitada de obras públicas ou de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços.

A criação de uma central de compras determina que ficam abrangidas pela contratação centralizada as entidades previstas no diploma da sua criação.

No caso do Sistema Nacional de Compras Públicas, como já disse, constituem entidades compradoras vinculadas os serviços da administração directa do Estado e os institutos públicos. Podem ainda aderir ao Sistema Nacional de Compras Públicas, na qualidade de entidades compradoras voluntárias, entidades da administração autónoma e o sector empresarial público.

Pois bem, a identificação das partes no acordo-quadro é especialmente importante quando este é promovido por uma central de compras, que age como intermediária. Neste caso, e dada a natureza fechada do acordo-quadro, as peças do procedimento deverão indicar as entidades adjudicantes que podem celebrar contratos individuais ao abrigo do acordo-quadro. Acresce que este documento deve permitir identificar a data a partir da qual aquelas entidades adquiriram este direito. Esta disposição compreende-se e justifica-se quer pela já referida natureza fechada do acordo-quadro quer pela necessidade de dar aos operadores económicos todas as informações pertinentes de modo a que possam aferir do seu interesse em concorrer, pois será, sem dúvida, diferente, apresentar uma proposta para a previsível celebração de contratos com 10, 100 ou 1000 entidades.

Os acordos-quadro promovidos pelas centrais de compras seguem, no essencial, o regime jurídico já referido, sem prejuízo de algumas especificidades de que importa dar nota.

Assim, os contratos públicos de aprovisionamento têm de ser precedidos de um procedimento de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, com publicação obrigatória de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), salvo se se verificar uma situação que justifique o recurso ao ajuste directo.

Prevê-se ainda a publicação, também no JOUE, de um anúncio com o resultado da adjudicação do acordo-quadro, nos termos que decorrem do disposto no art. 78.º, n.º 4, do Código.

Por fim, registre-se que os contratos públicos de aprovisionamento têm um prazo máximo de vigência de 4 anos.

4. O acordo-quadro como instrumento de racionalização das compras públicas

Como já se referiu, o acordo-quadro constitui um importante instrumento de concretização da política de contratação pública.

A sua utilização para compras em quantidade, quer pela generalidade das entidades adjudicantes, quer (e sobretudo) pelas centrais de compras, na medida em que implica um forte apelo à concorrência, produzirá inevitáveis economias de escala, contribuindo,

assim, para a racionalização das compras públicas com poupanças consideráveis dos dinheiros públicos.

Certamente que, dentro deste quadro, é inegável o protagonismo que tem sido adquirido pela Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. e que, ao que tudo indica, será fortemente reforçado, por via do lançamento de mais acordos-quadro.

A finalizar, importa sublinhar que a celebração de diversos acordos-quadro por parte da Agência Nacional e a contratação obrigatória recentemente determinada pela Portaria n.º 772/2008, de 6 de Agosto, a que acresce um número razoável de entidades compradoras voluntárias que aderiram ao Sistema Nacional de Compras Públicas, permitem antever um forte impacto do acordo-quadro no panorama da contratação pública. Na medida em que estes acordos-quadro fazem apelo à concorrência europeia, espera-se que, também por esta via, se opere a racionalização das compras públicas, com o que se obterá poupanças consideráveis dos dinheiros públicos. E, se assim for, ganhará seguramente o interesse público. □

Novo Custo de Acesso à Justiça

Elizabeth Fernandez

*Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho***0. Introdução**

Entrou em vigor no passado dia 20 de Abril de 2009 o DL 34/2008, de 26 de Fevereiro.

Este diploma legal veio introduzir uma nova disciplina para as custas processuais e, por via desse facto, introduziu alterações e aditamentos, entre outros, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, aprovando, ainda, no seu artigo 18º, o novo regulamento das custas processuais, doravante designado como RCP.

Desde a sua publicação o DL nº 34/2008,¹ de 26 de Fevereiro sofreu várias alterações não apenas na data prevista para a sua entrada em vigor, bem como nas disposições transitórias relativas ao modo da aplicação no tempo, e, ainda, no seu conteúdo. Com efeito, o DL nº 181/2008, de 28 de Agosto introduziu alterações nos artigos 19º, 22º, 23º, 26º e 27º daquele diploma. Destes, os artigos 26º e 27º voltaram a ser alterados pela Lei do Orçamento do Estado (Lei 64-A/2008, de 31 de Dezembro - LOE). Esta lei, por sua vez, procedeu, ainda no final do ano transacto, a mudanças nos artigos 6º, 22º e 26º do RCP. Também, a Lei 43/2008, de 27 de Agosto procedeu a modificações nos artigos 2º e 4º do RCP. Finalmente, a Portaria 419-A/2009, de 17 de Abril veio regulamentar alguns dos aspectos específicos do regulamento das custas processuais, introduzindo soluções que complementam aquele.

Esta reflexão poderia ser longa e minuciosa, atentas as inúmeras alterações introduzidas por esta panóplia de diplomas legais. Contudo, iremos apenas cingir-nos ao essencial daquele diploma legal com o intuito de podermos basicamente avaliar se o custo da justiça é, hoje e agora, mais ou menos dispendioso do que era até à vigência deste regulamento e, finalmente, se os valores que passaram a ser cobrados pela prestação do serviço

¹ Já rectificado pela Declaração de Rectificação nº 22/2008, de 24 de Abril.

Justiça abalam ou deixam incólume o direito de acesso de todos ao direito e à justiça previsto no artigo 20º da nossa Lei Fundamental, sobretudo, tendo como pano de fundo o contexto de profunda crise económica actual.

1. Aplicação da lei no tempo

Antes do mais, no entanto, entendo relevante começar por esclarecer as regras de aplicação no tempo do novo regime das custas processuais.

A regra geral contida no artigo 27º do diploma legal (versão do mesmo alterada pela nova redacção que lhe foi conferida pelo artigo 156º da LOE) estabelece como regra geral que quer as alterações introduzidas à lei processual civil e à lei processual penal, quer o novo regulamento das custas processuais, apenas se aplicam aos processos intentados após a sua entrada em vigor (20 Abril de 2009). Tal significa que a regra transitória geral é aquela segundo a qual os processos que foram instaurados antes daquela data continuam a reger-se pelo CCJ e pela versão não alterada da lei processual civil e penal, ainda que após a entrada em vigor do diploma resultem instaurados naqueles processos recursos, apenas ou incidentes (artigo 27º, nº 1, do DL 34/2008 com as alterações introduzidas pelo artigo 156º da LOE).

Contudo, estão previstas excepções.

Em primeiro lugar, algumas alterações ao CPC, ao CPP e alguns preceitos do RCP, têm aplicação imediata a partir da sua entrada em vigor aos processos pendentes àquela data. É o caso dos artigos 446º, 446º-A, 447º-B, 450º, 455º do CPC, do artigo 521º do CPP e, no RCP, dos artigos 9º, 10º, 27º, 28º, 32º a 39º (artigo 3º do DL 34/2008 com as alterações introduzidas pelo artigo 156º da LOE).

Em segundo lugar, passa a aplicar-se a lei nova quando, ainda que o processo tenha sido instaurado antes de 20 de Abril de 2009, esteja no estado processual de findo e no mesmo seja instaurado um incidente ou um apenso ou ainda requerida uma renovação de instância (artigo nº 2, a) e b), do DL 34/2008 com as alterações introduzidas pelo artigo 156º da LOE).

2. As taxas de justiça

As principais alterações que foram introduzidas no RCP dizem respeito às taxas de justiça. Na realidade, o mesmo operou uma verdadeira revolução no conceito em causa, promovendo uma diversificação nunca até agora vista na tipologia das mesmas.

Com efeito, se no domínio do CCJ (ainda vigente para os processos pendentes) a taxa de justiça era apenas distinguida quanto ao momento do seu pagamento (taxa inicial e subsequente) veremos que o RCP, adensando os critérios que determinam o pagamento de uma determinada taxa, acabou por provocar uma intensificação da tipologia das mesmas, ao mesmo tempo que substituiu as categorias de taxas já existentes, pois que à luz do RCP, a taxa é paga de uma só vez por cada parte e sujeito processual (artigo 44º nº 1 da Portaria nº 419-A/2009) e, portanto, deixaram de existir as taxas iniciais e as subsequentes².

Antes de mais algumas noções introdutórias.

2.1. Conceito de taxa e regras genéricas.

- a) O custo do serviço justiça é pago através de taxas. Como todos sabemos, o que distingue o imposto da taxa é a unilateralidade do primeiro e bilateralidade da segunda. É que a taxa é o valor pago, neste caso, pela prestação do serviço essencial “Justiça”, tendo precisamente como contrapartida a prestação deste serviço. A taxa é sempre, nos termos do artigo 4º, nº 2 da LGT, a contrapartida individualizada de algo que se recebe em troca, seja um serviço concretamente prestado, seja a utilização de um bem de domínio público, seja a remoção de um limite legal para o exercício de um direito. A taxa é, portanto, obrigatória e bilateral. Apesar disso, entre a taxa e a sua sinalagmática contrapartida não tem necessariamente de existir uma equivalência económica, bastando o sinalagma como uma mera equivalência jurídica. Quer isto significar que a contrapartida prestada pela taxa não tem necessariamente que representar o exacto valor fixado para a taxa porque ela não representa o preço de mercado daquele bem ou serviço, mas tem de existir entre a taxa e a sua contrapartida um equilíbrio jurídico. É por essa razão, por exemplo, que a taxa não pode variar em função da capacidade contributiva de quem paga, porque sendo bilateral esta apenas pode ser definida pelo valor do que é prestado em troca desse pagamento e se o serviço prestado é pre-

² O artigo 44º nº 2 da Portaria 419-A/2009 vem, no entanto, introduzir um regime transitório de favor até 31/12/2010, permitindo que, facultativamente, em algumas acções ou procedimentos, a taxa de justiça seja paga em duas prestações, uma no momento estabelecido no artigo 14º do RCP e outra nos 90 dias subsequentes, sendo certo que a opção por tal faculdade tem de ser expressamente declarada pela parte no acto em que tal pagamento da taxa for exigido e não se aplica a execuções cujas diligências de execução sejam efectuadas por agente de execução, às injunções e aos actos avulsos. Poderá colocar-se a dúvida sobre a natureza do prazo de 90 dias previsto para o pagamento da segunda prestação, mas em nossa opinião o mesmo tem carácter substantivo.

cisamente o mesmo, a permissão de tal diferenciação destruiria o equilíbrio jurídico entre o valor da taxa e a contrapartida prestada.

- b) Assim, a imposição de uma dada taxa, para ser legal e até constitucional, tem de obedecer a certas e determinadas regras ou princípios, pois de contrário resvalará para uma forma de tributação unilateral, ou seja, para um imposto. E tais limites ou regras têm de ser particularmente escrutinados quando o bem ou serviço que representa a contrapartida da taxa se consubstancia num direito, liberdade ou garantia, como o é o direito de acesso à justiça e aos tribunais.

Em primeiro lugar, a taxa tem de obedecer ao princípio da proporcionalidade em relação ao benefício específico proporcionado pelo serviço prestado ou ao custo suportado pela comunidade com a utilização do bem do domínio público ou com a remoção de um limite legal ao exercício de actividade de um particular.

Em segundo lugar, as regras de custas e de taxas, funcionando como um factor de utilização do serviço justiça e, portanto, configurando um factor determinante na hora de exercer um direito de acesso aos tribunais para a resolução de um litígio e em suma para a defesa dos direitos, têm de ter particular respeito pelo princípio da igualdade. E já não nos estamos apenas a referir à igualdade externa, ou seja, todos os sujeitos operantes nas mesmas condições pagarem a mesma taxa. Estamos em particular a reportar-nos ao princípio da igualdade no plano interno, isto é, no plano do processo instaurado no qual, pela prática dos mesmos actos processuais, deveriam pagar taxa de igual montante. Com efeito, no plano interno não haverá respeito pelo princípio de igualdade de armas se pelo mesmo acto, e afastadas que sejam razões de índole meramente sancionatória, as partes (cada uma num dos pontos, activo ou passivo, da relação processual) pagar um valor diferente do exigido à outra.

Apresentadas estas considerações, e com base nelas, concluiremos, a final, se as novas regras respeitam estes desideratos constitucionais.

- c) A taxa de justiça continua fixada, como até aqui, numa unidade de medida denominada unidade de conta. A diferença está em que, esta medida, em vez de trienalmente actualizada com base no SMN, passou a ser anualmente³ actualizada, tendo por base um outro índice que é o do Indexante dos Apoios Sociais (IAS). A taxa de justiça passa então a ser anualmente actualizada com base no IAS do ano transacto, correspondendo a um $\frac{1}{4}$ do valor daquele índice, arredondado à unidade de euro.

³ Entre 2009 e 2010 a UC passa a ser actualizada duas vezes num ano, pois que foi actualizada no dia 20 de Abril de 2009 e será novamente actualizada em Janeiro de 2010 (artigo 22º do DL nº 34/2008, com a redacção que lhe foi introduzida pelo DL nº 181/2008 de 28 de Agosto).

Mas as alterações não se ficam por aqui. Ao contrário do que sucedia no regime anterior, o momento que releva para a determinação da UC pela qual se há-de calcular a taxa de justiça aplicável ao caso concreto, não é o vigente no momento da prática do acto mas a data da interposição da acção, recurso, incidente ou procedimento em causa. Esta alteração, prevista nº 3 do artigo 5º do RCP, significa que o valor do serviço justiça passa a estar comandado pela data da entrada em vigor de um dado processo, permanecendo inalterado independentemente do tempo que o processo demorar a ser resolvido⁴. Contudo, já o valor da UC para o pagamento de encargos, multas e outras penalidades⁵ fixa-se no momento do acto taxável ou penalizado, nos termos do nº 4 daquele preceito. Portanto, ao contrário também do que até há bem pouco tempo vigorava, num mesmo processo, o valor da UC pode variar conforme o acto que lhe está subjacente, atento o momento diverso ao qual o regulamento atribui relevância para aferir o valor da mesma unidade.

- d) O momento de pagamento da taxa de justiça é variável. Por via de regra, é pago no momento em que se pratica o acto ao qual a taxa diz respeito, nos termos do artigo 14º nº 1 do RCP. Contudo, sempre que a parte não esteja representada por mandatário, nos casos em que tal constituição é facultativa, a parte é notificada para proceder ao pagamento da taxa no prazo de 10 dias (artigo 14º, nº 2, do RCP).

Ainda outra excepção diz respeito aos processos contra-ordenacionais. Neste caso, o pagamento da taxa da impugnação das decisões das autoridades administrativas é autoliquidada nos 10 dias subsequentes à recepção da impugnação pelo tribunal (artigo 13º, nº 1 da Portaria nº 419-A/2009, de 17 de Abril). Como o arguido, tendo apresentado, como lhe compete, aquela impugnação na autoridade impugnada desconhece a data em que a mesma foi expedida para o tribunal competente, o nº 2 do artigo 13º da referida portaria prevê que os 10 dias para que se proceda à respectiva auto-liquidação começam a contar da notificação ao arguido da data agendada para a audiência de julgamento ou da notificação do despacho que dispense este acto para a apreciação da impugnação.

No caso da taxa de justiça resultar agravada em função do número de processos apresentados no ano transacto, uma parte da taxa (a normal) é autoliquidada até ao momento da prática do acto a que corresponde, nos termos do artigo 14º do

⁴ Tal significa, portanto, que a referência (UC derivada do IAS) para o pagamento da taxa será sempre a mesma para as partes ao longo do processo.

⁵ No conceito de outras penalidades parece poder incluir-se o de taxa sancionatória especial.

RCP e a outra parte (a remanescente) é autoliquidada pela parte em 10 dias após notificação da secretaria judicial que detecte a passagem daquele sujeito processual à categoria dos litigantes de massa, nos termos previstos no nº 5 do artigo 13º do RCP.⁶

- e) A taxa de justiça é paga por cada parte ou sujeito processual, mas isto não significa que no caso de litisconsórcio, independentemente da natureza do mesmo, isto é, quer este seja voluntário, quer este seja necessário, se proceda ao pagamento de uma taxa por cada litisconsorte. Será da responsabilidade do primeiro litisconsorte o pagamento da taxa de justiça devida pelo acto ou impulso processual em causa, o qual, procedendo a esse pagamento, terá direito de regresso sobre os outros. É patente que outra será a solução no caso da coligação, pois que aqui as partes assumem autonomia entre si e, portanto, cada uma pagará a taxa que lhe competir. Enquanto no caso da coligação esta é a solução quer a mesma seja inicial ou subsequente, colocam-se dúvidas quando do que se trata é do litisconsórcio. Se quando este é inicial - porque ao litisconsórcio, por definição, embora não por imperatividade, corresponde um mesmo pedido e, por isso, a taxa é única - não se colocam dúvidas, o mesmo já não sucede quando do que se trata é do litisconsórcio voluntário subsequente. Estaríamos em dizer que nos termos do muito embora deficientemente redigido artigo 477º-A, nº 2, nos parece claro que o interveniente só pagará taxa suplementar se decidir pedido distinto do que foi deduzido pelo litisconsorte. O certo é que, contrariando a lei processual, o artigo 13º, nº 6, b) do RCP determina o pagamento de taxa pelo interveniente que faça seus os articulados da parte a que se associe, o que faz pressupor logicamente que, caso não o faça, ou seja, caso não faça seus os articulados da parte a quem se associe e decida inovar só possa também estar obrigado a pagar taxa.

Não podemos deixar de deduzir aqui uma breve crítica a este regime. Muito embora se possa admitir (ainda que em colisão com o previsto no artigo 447º-A, nº 2 do CPC), que quem espontaneamente queira intervir no processo ou quem é chamado ao mesmo tenha de proceder ao pagamento de uma taxa de justiça autónoma daquele que provocou eventualmente essa intervenção, na hipótese de pretender intervir activamente na causa deduzindo articulado próprio, esse pagamento suplementar não faz qualquer sentido quando apenas decida aderir ao articulado da parte a que se associou. E se a situação em si mesmo considerada já

⁶ A partir deste momento, porque o sujeito passou a ser considerado como litigante de massa deverá sempre auto-liquidar até ao momento da prática do acto em causa a taxa agravada, ou seja, a taxa correspondente acrescida de 50%, pelo que aquele preceito, ou seja, o artigo 13º, nº 5 do RCP apenas se aplica uma vez.

é suficientemente bizarra, ainda é mais estranha quando o mesmo legislador no mesmo momento aditou o artigo 447º-A ao CPC em cujo nº 2 se prevê que, no caso de a intervenção ser principal, só é devida uma taxa de justiça suplementar quando o interveniente deduza pedido diferente do autor, pois que o regulamento acaba por ser mais rigoroso do que o CPC. Claro está, que perante a incoerência do legislador, a solução mais cautelosa é a de os intervenientes espontâneos ou chamados deixarem de aderir aos articulados da parte a quem se associem, pois que, a sua manutenção em revelia, após a citação, conduzirá ao mesmo efeito prático, a custo zero⁷.

2.2. Multiplicidade de critérios de determinação da taxa de justiça

Até à entrada em vigor do RCP, as taxas de justiça tinham um carácter fixo, progredindo ao longo da tabela correspondente em função do valor da acção.

Pois bem: o conceito de taxa de justiça tornou-se agora bem mais complexo e variado.

Esquemáticamente, pode dizer-se que as taxas de justiça (parte componente das custas processuais) passaram a ser definidas não só em função do valor da acção, procedimento ou incidente; da complexidade da acção; da frequência de utilização dos tribunais em determinado ano civil; do tipo de procedimento em causa; do comportamento processual da parte e até em função de critérios que apresentam razões desconhecidas.

2.2.1. O valor da acção

Por via de regra, o valor da acção, procedimento ou incidente é, em primeira linha, dependente do valor do mesmo. Em alguns casos, porém, como veremos no último critério, o valor da acção passou a ser completamente irrelevante para a determinação da taxa.

O DL 34/2008, de 26 de Fevereiro veio introduzir alterações no Código de Processo Civil, designadamente no que se refere ao valor das acções.

Em suma, veio:

- a) Alterar quantitativamente o valor de certas acções:

Para as acções de despejo o valor passa a ser de dois anos e meio de renda acrescido do valor das rendas em atraso, se as houver, ou o valor da indemnização

⁷ De louvar que o credor reclamante em execução fiscal que já tenha pago a taxa de justiça para obter cobrança do seu crédito em processo próprio não tenha de pagar taxa.

requerida, quando este for superior ao valor do valor das rendas em dívida (artigo 307º do CPC);

- b) Objectivizar determinados critérios de fixação do valor das acções ou dos incidentes:

Para as acções referentes a contratos de locação financeira (quando o que está em causa é a falta de pagamento das rendas), o valor da acção é o valor das rendas em dívida até ao fim do contrato, acrescido dos juros moratórios vencidos (artigo 307º do CPC);

- c) Atribuir critérios a acções que até agora não dispunham de critério especial de atribuição:

Para as acções em que se peticiona o pagamento de prestações periódicas, o valor passa a ser o valor anual das prestações, multiplicado por 20 ou o número de anos que a decisão venha a abranger se for inferior a 20, e na impossibilidade de determinação do nº de anos é ficcionado o valor de €30.000,00, mantendo-se a regra já anteriormente vigente se as prestações periódicas em causa forem de natureza alimentar ou corresponderem a contribuição para despesas domésticas (artigo 309º do CPC).

As acções de atribuição da casa de morada de família e de constituição, transferência de contrato de arrendamento passam a ter o valor ficcionado de €30.000,01 (artigo 312º, nº 2 do CPC).

É criado um critério de valor especial para as acções populares (defesa de interesses difusos) que é igual ao do dano invocado, mas que não podem exceder o valor de €60.000,00 (artigo 312, nº 3 do CPC);

- d) Alterar as regras do valor das acções no caso do réu ou do interveniente ter deduzido um pedido em reconvenção ou um pedido autónomo:

Neste caso, ao contrário do que até agora sucedia, o valor do pedido reconvenicional ou do pedido autónomo não é automaticamente somado ao pedido do autor.

Portanto, a simples introdução de um outro pedido na causa não determina automaticamente um aumento do custo da mesma pois que nem sempre a introdução de um pedido pelo réu ou por um interveniente tem como consequência uma amplificação do objecto processual inicial.

Assim, neste caso, é necessário analisar o pedido reconvenicional ou o pedido deduzido pelo interveniente e verificar se o mesmo é distinto ou não do pedido ou pedidos formulados pelo autor ou pelo réu (artigo 308º, nº 2, do CPC).

É que, se for distinto, o valor soma-se ao do pedido principal o que pode determinar, quando admitidos, a passagem de uma dada e específica forma de processo para outra mais completa.

A questão é, pois, saber quando é que o pedido é distinto.

O nº 2 do artigo 308º do CPC, remetendo para o nº 3 do 447º-A aditado pelo DL 34/2008 ao mesmo código, esclarece o conceito de identidade ou não identidade de pedidos não através de uma fórmula geral, mas, pelo contrário, de modo negativo, casuístico e exemplificativo.

Com efeito, dispõe que não se considera distinto o pedido do réu ou do interveniente relativamente ao do autor e do reconvinte, designadamente quando:

- a parte que o deduz pretende com o mesmo obter em seu benefício *o mesmo efeito jurídico* que o autor ou o reconvinte se propõe obter.

(Ao fim e ao cabo trata-se daquelas situações em que o pedido formulado não traduz qualquer aporte diferente em matéria de utilidade jurídico-prática em relação ao pedido originário, criando apenas uma aparência de diversidade de pedidos quando no fundo a utilidade económica e jurídica de ambos é a mesma);

- o réu deduz pedido reconvençional no qual pretende obter a *mera* compensação de créditos.

Poder-se-á dizer que o legislador aqui distingue entre a reconvenção em que se deduz a mera compensação e a reconvenção em que se pretende a compensação e a cobrança por parte do réu reconvinte do excedente do seu crédito relativamente ao crédito petitionado pelo autor.

A circunstância de o legislador pressupor que a mera compensação se deduz em reconvenção parece ter acabado com a querela doutrinal que tem apoquentado a doutrina processual civilística ao longo de décadas. Fica claro que a compensação, mesmo quando o valor do crédito do réu é inferior ou igual ao petitionado pelo autor, é um pedido reconvençional e não uma excepção peremptória, com os inequívocos efeitos em sede de limites objectivos de caso julgado.

Como consequência desta distinção, se no pedido reconvençional não for deduzida uma mera compensação, mas a compensação de um crédito do reconvinte de valor superior ao do réu, o valor da acção passa a ser a soma do pedido principal com a diferença de créditos do pedido reconvençional, e a taxa inicial desta será a correspondente àquela diferença, pois que é o que inequivocamente decorre do nº 2 do artigo 447º-A do CPC, dado que a taxa de justiça suplementar só é devida quando o pedido é diferente e, portanto, também na exacta medida em que o seja.

Portanto, se o pedido reconvençional ou o pedido do interveniente não for distinto, não paga taxa de justiça suplementar. Se for distinto paga, mas só na medida quantitativa em que o for.

Quanto ao momento da fixação do valor, as mudanças advêm das alterações introduzidas pelo DL 303/2007 e já não propriamente das alterações introduzidas pelo diploma legal em análise. Com efeito, na medida em que o valor da acção é, desde a reforma dos recursos, obrigatoriamente fixado pelo juiz no saneador ou em momento oportuno (se algum recurso for admitido antes deste momento processual ou se o mesmo não tiver lugar na tramitação, terá de o fixar antes de admitir qualquer recurso interposto) - artigo 315º do CPC - o valor da taxa de justiça – tal como a forma de processo comum - poderá ter de vir a ser corrigido em função da possibilidade de o juiz entender que o autor ou o réu atribuíram um valor errado à acção ou à reconvenção. Atenta a obrigatoriedade da fixação do valor da acção pelo juiz, há maior probabilidade de uma acção não continuar ou acabar com a forma comum inicialmente empregue, com todas as consequências a nível de tramitação e de prazos que tal fixação pode determinar.

Uma palavra para nos referirmos ao valor padronizado para a mudança de patamar de taxa de justiça nos incidentes e processos cautelares.

Em certos casos, assiste-se a um aumento exponencial do custo da justiça, atentos os limites dos valores da acção ou do acto processual incluídos nas tabelas I e II anexas ao DL 34/2008, sobretudo considerando os procedimentos cautelares comuns e alguns com processo especial, aos quais, até ao dilatado valor de € 300.000,00 corresponde um valor de taxa de justiça única de 3 UC. É, assim, irrelevante que um arresto tenha sido instaurado para acautelar a quantia de € 3.000,00 ou de € 300.000,00. Em qualquer um destes casos, o requerente adiantará sempre 3 UC, ou seja, € 306,00. Para além disso, a tutela provisória, passa a ser mais cara por via de regra do que a tutela definitiva, o que por si é incompreensível, a não ser se perspectivado pelo intuito de desincentivar o recurso à tutela cautelar que é, precisamente, um dos expoentes máximos da efectividade da tutela judicial.

Acrescente-se que se o procedimento judicial se revestir de especial complexidade a taxa, mesmo para um processo cautelar que ostente o valor de € 3.000,00, poderá, em teoria, ser aplicada entre 9 a 20 UC, isto é, entre € 918,00 e € 2.040,00, nos termos da Tabela II anexa ao diploma legal em causa. O mesmo raciocínio pode exercitar-se no caso de o executado se opor à execução. Com efeito, paga a mesma taxa o executado que se opõe à execução no valor de € 3.000,00 ou no valor de € 300.000, 00, ou seja, 3UC, e se o incidente for de especial complexidade, de 7 a 15 UC.

A nosso ver, a hipótese adiantada demonstra que em certas situações concretas a taxa de justiça aplicável a um processo pode ser inconstitucional por constituir uma agressão desproporcionada no direito de acesso à justiça previsto e garantido a todos, nos termos do artigo 20º da CRP.

2.2.2. A complexidade da causa

O valor da taxa de justiça passou a ser determinado também pela **especial complexidade** de que a acção se reveste.

Com efeito, se é verdade que a taxa de justiça continua, salvas algumas excepções, a variar em função do valor da acção – como até aqui e desde sempre aconteceu, muito embora em moldes diferentes – a sua determinação passou a ser consequência directa da aplicação de outros critérios, designadamente do da **complexidade** da acção.

Digamos que, para além de um critério estritamente objectivo porque numérico e quantitativo, o valor da acção passou a estar dependente de um critério qualitativo, dado que a sua aplicação envolve uma certa margem de discricionariedade e, portanto, de subjectividade.

Portanto, a primeira alteração que cumpre registar é a da fixação do custo da justiça para cada processo em função de um critério quantitativo e de um critério qualitativo.

Esta alteração tem, desde logo, uma consequência evidente.

Até aqui o utilizador do bem Justiça poderia saber à partida qual o valor do uso desse bem e poderia, portanto, decidir se o uso do bem em causa lhe traria vantagens ou desvantagens em função da situação jurídico-fáctica que pretendia acautelar. Podia fazê-lo porque a determinação do custo estava apenas e tão só dependente de critérios quantitativos podendo com base nos vários cenários de repartição das custas saber, a final, quanto iria pagar.

O custo da justiça deixou de ser previsível nestes moldes no actual contexto legislativo. O utilizador, porque tem de entrar em linha de conta com o facto de o tribunal vir a dar a acção instaurada como complexa - facto que só se pautará a final –, desconhece o custo fixo da utilização do bem em causa, obrigando-se a prever vários cenários e a determinar o custo da justiça entre um máximo e um mínimo consoante o entendimento que o tribunal vier a manifestar sobre a complexidade da acção.

Há, portanto, uma menor dose de previsão inicial do custo da justiça, o que conduz a uma escolha menos esclarecida no momento de decidir recorrer à utilização daquele bem, o que pode funcionar como um favor de desincentivo à utilização do mesmo.

Não é a primeira vez que o legislador processual recorre à noção de complexidade da acção para determinar a prática de determinados actos que em princípio não estariam previstos na tramitação comumente prevista. É o que sucede quando no processo sumário o juiz pode agendar a audiência preliminar se considerar a causa como complexa. Contudo, quando o legislador lança mão do critério de complexidade, utiliza também o seu contrário - a simplicidade da acção - para afastar a prática de um determinado acto que estaria processualmente previsto para o comum das situações. É por isso que o juiz no processo ordinário pode dispensar a audiência preliminar se entender que a causa não se reveste de complexidade, isto é, quando a considerar simples.

O legislador utiliza novamente o critério complexidade da acção para determinar a aplicação de uma taxa de justiça de valor mais elevado (especial). Neste caso, atribui, porém, a esse conceito um grau mais elevado, pois que o que determina a aplicação dessa taxa é a *especial* complexidade da acção e não a complexidade da mesma. Contudo, já não utilizou o critério da manifesta simplicidade da acção para justificar a fixação de uma taxa de justiça desagravada, também ela especial.

Poder-se-á dizer: o valor normal da taxa de justiça é já a contrapartida mínima pelo serviço justiça e como tal não pode descer em função da simplicidade, mas apenas subir em função da complexidade.

Parece errada esta justificação. É que o valor da taxa de justiça normal é aquela que o Governo reputou como a correspondente ao custo médio dos processos aos quais a mesma é aplicada. Precisamente por se entender que aquela taxa é já a correspondente ao custo médio é que a mesma sobe quando a complexidade da acção ultrapassa as previsões médias de serviço que determinaram a sua prestação.

Assim sendo, seria da mais elementar justiça e, portanto, da mais elementar proporcionalidade, que a constatação da simplicidade da acção pudesse permitir ao juiz aplicar uma taxa de justiça desagravada ao caso concreto em função da sua simplicidade, a qual deveria ser definida na lei.

Contudo, não é isso que acontece.

Apenas a especial complexidade da acção determina o agravamento da taxa, determinando o juiz a aplicar uma taxa de justiça especial. A simplicidade da causa não tem como consequência a diminuição do valor da taxa.

Em termos abstractos, não estamos contra o facto da especial complexidade vir a determinar o agravamento. O que nos repugna é que, por um lado, o critério da especial complexidade não seja utilizado em alternativa ao critério do valor, pois para além de se nos afigurar uma agressão desproporcional ao direito de acesso aos tribunais, parece eviden-

te que se a complexidade é relevada, tal só acontece porque o valor da acção é irrelevante para a aferição do valor da taxa.

Por outro lado, criticamos frontalmente o facto de o mesmo tratamento não ser dado aos casos de simplicidade ou, pelo menos, de especial simplicidade, pois que, em nossa opinião, a partir do momento em que as qualidades da acção passam a ser relevantes para a avaliação do custo do serviço a prestar tem forçosamente, quanto a nós, em respeito do princípio da proporcionalidade, de se admitir o mesmo raciocínio para o contrário, isto é, para aquelas situações em que a especial simplicidade da causa vier a manifestar-se a final. Com efeito, numa causa especialmente simples é manifesto que o preço ou custo médio pelo serviço é superior ao valor do serviço prestado, pelo que se deveria proceder a ajustes finais, sob pena de falta de equivalência jurídica entre a taxa e a sua contrapartida. Se se admite, como o faz o legislador, que o custo médio pode ser desproporcional ao serviço efectivamente prestado, então isso tem de admitir-se quer para a complexidade da causa quer para o seu inverso, sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade ou, pior, da tradução das taxas num verdadeiro tributo encapotado.

Finalmente, a fixação a final pelo juiz da “complexidade” da causa com vista à aplicação da taxa de justiça especial acaba revestida de uma desproporcionalidade adicional. É que não é apenas o custo da justiça que é fixado em função do seu valor, mas também a forma do processo comum que orientará a tramitação da causa.

Ora, a especial complexidade da causa que, atento o seu valor, segue a forma do processo comum sumário pode justificar a aplicação de uma taxa especial, mas já não pode permitir às partes que usufruam das maiores garantias conferidas por uma forma de processo comum ordinária, proporcionalmente mais elevadas. Portanto, a complexidade da causa só é legalmente reconhecida para justificar o aumento do custo do serviço, mas já não serve para impor ao juiz ou pelo menos para permitir às partes a faculdade de, nestes casos, usufruírem da tramitação que o legislador quis, em princípio oferecer às acções que, por serem de maior valor, eram também consideradas, à partida, mais complexas.

Também aqui me parece existir uma violação do princípio da proporcionalidade. Claro que para que as partes pudessem optar por uma tramitação mais complexa precisariam de conhecer, pelo menos, no fim dos articulados, qual a posição do juiz sobre a complexidade da causa de modo a que a tramitação seguinte se processasse, também ela, de modo mais complexo ou que ainda fosse possível ao juiz, com recurso ao princípio da adequação formal, adaptar a tramitação seguinte à especial complexidade que para efeitos económicos havia acabado de detectar.

É óbvio que a determinação da complexidade da causa apenas no fim do processo impede, de todo, que o juiz pudesse utilizar o mal amado e mal aproveitado princípio da adequação formal para introduzir a proporcionalidade necessária no sistema. O juiz deveria, pois, poder definir a complexidade da causa no saneador e não no final do processo. E não se venha dizer que não o pode fazer nesse momento porque é o que faz quando dispensa a audiência preliminar nas acções de forma ordinária ou a convoca nas acções de forma sumária.

A conclusão é esta, em suma: a partir do momento em que a complexidade e não apenas o valor da acção – como até aqui sucedia –, determinam o valor da taxa de justiça do processo, não pode deixar de se aplicar o mesmo raciocínio quanto às influências daqueles mesmos factores na determinação da forma do processo. Até aqui a forma do processo comum era apenas determinada pelo valor da acção. Não pode continuar a sê-lo (o legislador já o tinha previsto em relação à audiência preliminar) depois de se reconhecer as específicas qualidades da causa (complexidade) como factor de aumento do custo pelo serviço prestado. Defendemos que, precisamente porque o valor das acções não corresponde à complexidade ou simplicidade das mesmas, está ultrapassado o modelo de tripartição de formas processuais comuns. E se já o estava há muito, ainda mais ficou com a validação da complexidade da causa como critério de aumento da taxa de justiça e ainda com a fixação do valor da acção pelo juiz no saneador. Seria preferível uma forma única de processo com fases amovíveis em função de determinados critérios de complexidade e de simplicidade.

Finalmente, se o legislador não decidiu o que era uma causa complexa ou simples para efeito de dispensa ou convocação de audiência preliminar, o mesmo já não aconteceu no que se refere à possibilidade de aplicação da taxa de justiça especial. Com efeito, no artigo 447º-A nº 7 do CPC, o legislador decidiu verter, ainda que de forma pouco habilidosa, o que é uma causa especialmente complexa.

Em primeiro lugar, o preceito é taxativo. Apenas as situações ali previstas consubstanciam a noção de especial complexidade. É claro que na exacta medida em que o preceito está repleto de conceitos imprecisos (elevada especialização jurídica, elevada especificidade técnica, questões jurídicas de âmbito muito diverso, elevado número de testemunhas (não teria sido melhor o legislador esclarecer o número?), meios de prova extremamente complexos, produção e provas morosas)), a margem de discricionariedade judicial ali prevista é elevada, para não dizer quase infinita.

Em segundo lugar, as situações que determinam a especial complexidade da causa apenas podem ser usadas para a determinação da taxa de justiça especial e não para outro fim. É, portanto, um critério específico para esta finalidade e não para outras.

Em terceiro lugar, o preceito parece definir em duas alíneas um cenário conjunto que tem de se verificar para que o juiz possa considerar a acção especialmente complexa. Assim, feita uma interpretação literal do preceito e porque entre as al. a) e b) existe a conjunção copulativa “e”, mas em cada uma delas estão previstas 3 situações alternativas entre si, parece que o juiz apenas poderá considerar a acção complexa se se verificar uma de três situações: 1. A acção disser respeito a questões de elevada especialização jurídica; 2. A acção disser respeito a questões de elevada especificidade técnica; 3. Se a acção implicar a análise combinada de questões jurídicas de âmbito muito diverso e uma de três situações alternativas a nível instrutório: 1. A análise de um elevado número de testemunhas; a análise de meios de prova extremamente complexos ou a realização de várias diligências de produção de prova morosas.

Portanto, a noção de complexidade parece – se formos fiéis à letra do preceito - o resultado de uma combinação de 3 situações alternativas relativas à matéria da causa e, por outro lado, a verificação de 3 certas situações alternativas em sede de instrução da causa. Poder-se-á entender, então, que se se verificar uma daquelas situações (qualquer uma das situações da al. a) ou qualquer uma das situações da al. b)), a causa pode ser complexa, mas não será especialmente complexa porque, para isso – e para efeito de determinação da taxa de justiça especial -, tem de se verificar cumulativamente a complexidade, quer a nível material, quer a nível instrutório⁸.

2.2.3. A litigância de massa

As taxas passaram a ser determinadas em função do número de vezes que um determinado utilizador recorreu aos tribunais, sobrecarregando-se com uma taxa de justiça agravada os chamados litigantes de massa⁹.

De notar que só estão sujeitos a este agravamento as sociedades comerciais. Parece haver aqui uma violação do princípio da igualdade no plano externo. Em bom rigor, se a questão é o uso recorrente aos tribunais para o exercício e acautelamento dos seus direitos, o agravamento de 50% na taxa de justiça inicial deveria ser aplicada a quem (socie-

⁸ Contra a interpretação literal do preceito e da necessidade de cumulação das duas situações poder-se-á adiantar que nos recursos ordinários também é possível ao relator aplicar taxa de justiça especial pela complexidade do recurso e contudo, no mesmo, não se produzem por via de regra provas. Se assim não for, teremos de convir que face ao modelo de apelação restrito entre nós vigente (apenas é admissível em termos muito limitados a produção de prova documental) a complexidade instrutória nunca poderá ter lugar nos recursos ordinários, mas apenas nos extraordinários.

⁹ Litigantes de massa são aqueles que no ano transacto deram entrada de 200 ou mais acções ou injunções nos tribunais judiciais ou respectivamente nos balcões de injunção, não contabilizando, aqui, os pedidos de indemnização civil deduzidos por apenso em processo penal (14º, nº 2, da Portaria 419-A/2009).

dade comercial ou não) tivesse interposto no ano anterior aquele número de processos. É óbvio que se percebe que são as sociedades comerciais que poderão propor 200 ou mais acções, mas também, na verdade, isso não está vedado a outras pessoas que nesse caso não terão com isso qualquer agravamento, designadamente a empresários em nome individual.

Há também uma violação do princípio da igualdade no plano interno porque o autor pagará mais do que o réu neste caso e isso não deveria suceder dado que o serviço prestado é o mesmo para um e outro e na medida em que o seja.

Já para não falar do absurdo da situação: então e se o réu, sendo uma pessoa colectiva for demandado 200 ou mais vezes no ano anterior, não vê qualquer agravamento?

Por outro lado, o agravamento desvirtua o que é uma taxa de justiça. É que a taxa é o pagamento do custo da justiça naquele processo e não o custo do recurso massificado à justiça, pois que não sendo permitida a justiça privada, estas empresas não têm, ainda, outro remédio se não o de recorrer aos tribunais.

Finalmente, se a sociedade comercial agravada ganhar a acção, o agravamento é transferido sem qualquer justificação para a parte vencida, mesmo quando esta não é um litigante de massa. Com efeito, face à redacção do artigo do 26º, nº 3 c), do RCP, (na redacção que lhe foi atribuída pelo artigo 156º da LOE), o agravamento é descontado no somatório de taxas limite para compensação da parte vencedora pelos encargos com a sua representação, mas não deixam de ser pagas sem desconto do agravamento pela parte vencida quando esta não é um litigante de massa, nem de serem restituídas como custas de parte na sua totalidade.

Acresce que, contabilizados nos 200 ou mais processos necessários para este agravamento parecem estar incluídas as acções, as injunções, as execuções e os processos cautelares que deram entrada no ano transacto, à excepção dos pedidos de indemnização cível deduzidos em processo penal. O que significa que é indiferente se a acção e a execução ou se a injunção e a execução dizem respeito ou não à tutela da mesma relação jurídica.

Atento o facto de o diploma só ter entrado em vigor em Abril de 2004, parece-nos que teria sido mais curial que este agravamento só se aplicasse às sociedades comerciais a partir de 2010 para os processos intentados em 2009, pois em 2008, mesmo que aquelas tivessem querido de algum modo controlar o consumismo da actividade judicial, não o poderiam ter feito, atento não estar em vigor e não saber se ficaria sequer em vigor a norma que determina aquele agravamento e, portanto, não puderam conformar a sua actuação com o agravamento imposto pela mesma.

Levanta-se ainda uma outra questão para a qual já se desenham diversas posições. Se não há dúvida que, contabilizadas naquelas 200 ou mais acções, estão as execuções que tenham ou não tido por base uma decisão judicial, arbitral ou uma injunção, já se coloca a dúvida de saber se o agravamento derivado daquela litigância de massa é apenas para as acções ou também para as execuções, injunções e incidentes inerentes, atento o facto de o artigo 13º, nº 3 do RCP nos remeter para a tabela I-C e não para a tabela II. Muito embora seja defensável, perante a literalidade do preceito em causa, não ser o agravamento aplicável aos processos da tabela II, e gostássemos até de defender esta posição, não nos parece a mais consentânea com a unidade do normativo do regulamento e, sobretudo, com o escopo que preside ao agravamento em si mesmo considerado, pois os processos da tabela II são os mais utilizados pelas sociedades comerciais e, portanto, os mais massificados por aquelas, carecendo de qualquer sentido que aqueles fiquem excluídos da noção de litigância de massa. Portanto, parece mais consentâneo com a lógica do sistema que à taxa habitual, nestes casos, o artigo seja interpretado no sentido de que as execuções e injunções também são agravadas, mas não por referência à tabela I-C mas à regra que está subjacente à mesma, ou seja, a taxa agravada em 50% relativamente ao valor fixado em função do valor da acção ou do procedimento em causa, como decorre, aliás, do 447º-A, nº 6, do CPC. A aplicação da tabela I-C, parece-nos fora de causa, dado que a mesma pode, por um lado, afigurar-se como desadequada aos fins do agravamento (em alguns casos as taxas ficariam atenuadas) e, noutros, apresentar-se-iam manifestamente desproporcionais relativamente ao fim que com aquelas se pretende acautelar (quando a acção executiva apresenta valor igual ou superior a € 300.000,00).

2.2.4. O tipo de tutela requerida e as taxas carentes de critério conhecido.

Até agora apenas distinguíamos entre as taxas das acções, das execuções e das injunções. A partir de agora há uma série de procedimentos, designadamente a produção antecipada de prova, as providências cautelares e os mecanismos incidentais de intervenção de terceiros que têm taxas próprias fixadas na tabela II.

Algumas dessas taxas dependem do valor do procedimento e outras não. Umam apresentam, portanto, uma taxa fixa, independentemente do valor do procedimento ou do incidente em si e outras variam em função do valor ali fixado.

Algumas delas variam ainda em função da especial complexidade tal como sucede nos procedimentos cautelares que não sejam restituições provisórias de posse/alimentos provisórios e arbitramento de reparação provisória ou regulação provisória de quantias e oposição à execução, à penhora e embargos de terceiros. Os restantes parecem estar isentos de tal agravamento especial, atento o artigo 7º nº1 do RCP.

Há ainda a considerar aqui os incidentes ou procedimentos anómalos. Estes são aqueles que, não cabendo na normal tramitação do processo, dão lugar a contraditório e impõem uma apreciação jurisdicional de mérito. É o caso, na acção executiva, do requerimento autónomo destinado a provar que o bem móvel não sujeito a registo encontrado na posse do executado não lhe pertence (elisão da presunção por exibição de documento inequívoco). Neste caso, a taxa de justiça é variável entre 1 e 3 UC sem qualquer critério, é a chamada taxa de justiça variável. Só que varia não se sabe bem em função do quê, pois que não se indica qualquer valor nem complexidade que justifiquem a atribuição de um valor específico e não se trata de qualquer sanção pela anomalia do procedimento, pois que a esta taxa tanto pode acrescer uma taxa pela complexidade como uma sanção pela utilização indevida do meio.

Os recursos passam a ter no processo civil uma taxa de justiça específica que, regra geral, é mais baixa em metade quando se trata de acções da tabela I, mas pode já não ser assim se se tratar de recurso de decisões proferidas em incidentes ou procedimentos cautelares, pois, atento o valor da acção, o valor do recurso pode ser superior ao da taxa inicialmente paga. De qualquer modo, os recursos podem, ainda, sofrer uma taxa de justiça especial se se revestirem de especial complexidade. Os recursos destas decisões podem sofrer, portanto, um duplo factor de aumento na taxa de justiça.

De qualquer modo, no processo civil e no administrativo, o valor da taxa de recurso não varia em conformidade com o grau de recurso empregue nem com o tribunal para o qual se recorre ou o tipo de recurso em causa. O mesmo não sucede no processo penal.

As regras dos recursos em processo penal são divergentes quanto a taxas.

Ao contrário do que sucede nos tribunais civis e administrativos, é mais caro recorrer para o STJ do que para a Relação. Será que as questões penais são mais difíceis de resolver que as civis ou as administrativas, e finalmente, se o órgão para o qual se recorre interessa, então, qual a diferença entre a secção cível ou social do STJ e a secção penal do mesmo e qual diferença entre o STA e o STJ?

De louvar apenas a desnecessidade de pagamento de taxa de justiça pelo recorrido contra-alegante e, ainda, a fixação do valor tributável dos recursos tendo por referência o valor da sucumbência e não o valor da acção, pelo menos quando aquela for determinável.

Ainda no domínio do processo penal, o valor a pagar posteriormente pelos actos de constituição de assistente e de abertura de instrução são variáveis (tabela III) em função da sua *utilidade, mas variando em função de quem o pratica*. É que o assistente pode ser condenado a pagar, conforme a utilidade, entre 1 a 10 UC's e a arguido, entre 1 a 3.

Não se percebe o conceito de utilidade para a constituição de assistente. Ser assistente esgota-se em ser assistente e, portanto, a taxa devia ser fixa como até aqui o era.

A utilidade da abertura da instrução não pode deixar de estar ligada à pronúncia e não pronúncia do arguido em conformidade com quem requereu essa abertura.

Não se percebe a variabilidade, a não ser que isso estivesse também sujeito a um critério de complexidade que, contudo, neste caso não se verifica pelo que o valor é perfeitamente arbitrário e, portanto, a nosso ver, inconstitucional, desincentivando o recurso a um meio processual no delicado âmbito do processo penal.

2.2.5. O comportamento processual da parte.

O aditado artigo 447º-B do CPC estabelece os casos em que pode ser fixada pelo juiz uma taxa sancionatória excepcional e o artigo 10º do RCP determina que essa taxa sancionatória pode oscilar entre 2 e 15 UC's.

Não pode é uma mesma situação ser sancionada simultaneamente isto é, pela prática do mesmo acto processual, com taxa sancionatória especial e com multa, proibição que, se não fosse por directamente estar imposta pelo artigo 27º, nº 4 do RCP, derivaria já directamente da Constituição.

Esta taxa tem de ser liquidada nos termos previstos no artigo 26º da Portaria 419-A/2009, ou seja, por auto-liquidação (DUC) nos 20 dias seguintes ao trânsito da decisão ou seja, 20 dias contados do término de 5 dias para interposição do recurso de apelação¹⁰ (27º, nº 5 do RCP).

A taxa sancionatória excepcional tem lugar em qualquer um dos casos previstos no artigo 447º-B do CPC, implicando sempre negligência ou falta de prudência da parte que pratica o acto processual em causa ou que o dito acto tenha sido inferido por manifesta improcedência. Muito discutível é que a manifesta improcedência exigida para requerimentos ou impulsos processuais que envolvam a emanação de uma decisão de mérito possa ser consubstanciada no facto de existir jurisprudência em sentido contrário ao defendido ou peticionado, pois para lá de os assentos terem sido julgados inconstitucionais, de o precedente não funcionar no nosso regime processual como regra de decisão e do facto de

¹⁰ As multas têm que ser auto-liquidadas e, à excepção das que se referem às do 145º do CPC, no prazo de 10 dias findo o prazo de trânsito em julgado das mesmas, cujo recurso é sempre admissível. O problema coloca-se quanto ao prazo do trânsito. É que se o artigo 691º, nº 2 c) e nº 3 do CPC aponta 15 dias para o efeito, já o artigo 27º, nº 5 do RCP aponta 5 dias (com alegações) o que parece revogar o referido preceito tacitamente, embora seja criticável que o regulamento disponha um prazo diverso e menor para a interposição do recurso do que o que aquele que a lei geral já prevê para mesma situação. Para além do mais, a solução é sindicável em face da exiguidade do prazo para recorrer da decisão pela qual se que aplica uma multa (se se vier a confirmar ser de 5 dias) numa matéria de delicadeza sancionatória.

tal sanção ser um desincentivo desproporcional ao exercício do direitos das partes, sempre se dirá que só da previsão de tal hipótese, sobretudo quando despida do adjetivo *constante* com que a mesmo conceito é acompanhado noutros locais, resulta, só por si, que o poder legislativo está a interferir com a normal, desejada e conveniente *evolução* de um outro poder do Estado dele separado, que é o judicial.

Se o comum dos cidadãos já se resignou a ter de assistir à desmantelização pelo poder legislativo da legislação em geral e da processual em particular, espero que os juízes rejeitem na prática a possibilidade envenenada que o poder legislativo lhes atribui de o deixar interferir na sua esfera de reserva de jurisdição pela qual possa não só aplicar o direito, mas também interpretá-lo e, portanto, também, em certa medida, construí-lo. □

Alterações introduzidas ao Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo pelo Decreto-Lei nº 142/2009, de 16 de Junho: entre o fim do regime cooperativo em prol da liberdade de iniciativa económica sem respeito pelo princípio da igualdade?

Fernanda Maças
Advogada

I. Introdução

1. Dos limites à liberdade de iniciativa económica

A actividade creditícia, embora informada pela ideia de liberdade económica, encontra-se, na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, nacionais ou comunitário, sujeita a apertada regulamentação e vigilância por parte de autoridades de controlo, autonomizadas ou não da estrutura estadual central. Tal circunstância encontra explicação no facto de se tratar de uma matéria em relação à qual, para além de interesses privados, avulta, com importância crescente, o interesse público. Em especial, o interesse da protecção da boa capacidade funcional do aparelho de crédito, da confiança no comércio financeiro e creditício e da segurança dos aforradores ¹.

O regime de criação de instituições de crédito e de acesso das mesmas ao sector bancário é precisamente uma das áreas onde a intercepção e eventual conflito entre o interesse privado e o interesse público ganha especial dimensão e importância crescente. As autoridades nacionais são chamadas a resolver um conflito que se traduz, por um lado, em permitir o desenvolvimento de uma concorrência activa no sector financeiro e, por outro, em assegurar que só acedam ao mercado apenas as instituições financeiras idóneas a garantir a estabilidade e a confiança no sistema financeiro em geral e, em particular, do sector bancário. A resolução deste conflito passa por delicada tarefa de ponderação de interesses que tem de ser resolvida, em primeira linha, pelo legislador, respeitando, obviamente, a Lei Fundamental.

¹ Interesse que obtém protecção constitucional. Segundo o disposto na Constituição, um dos objectivos do sistema financeiro é o de garantir a "segurança das poupanças" (art. 104º).

Com efeito, a nossa ordem constitucional assenta no princípio da liberdade de iniciativa económica² considerada como um direito fundamental e cuja dimensão negativa ou defensiva reveste natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias». Beneficia, assim, do respectivo regime³, com todas as consequências daí resultantes para a intervenção limitadora e reguladora do legislador e da Administração nesse âmbito.

Mas a vinculação do legislador situa-se ainda em outro plano. Não nos podemos esquecer que, quer o legislador ordinário, quer a Administração, estão de igual maneira vinculados aos compromissos assumidos resultantes da entrada do nosso País na Comunidade Europeia. Compromissos esses que foram acompanhados, é bom lembrar, de profundas modificações de política legislativa, aliás, necessárias à harmonização da legislação dos Estados-membros nesta matéria.

Em relação ao Direito comunitário, o legislador goza de larga margem de actuação, que deriva, desde logo, da noção ampla de instituição de crédito, tributária do próprio direito comunitário. Por outro lado, as directivas fixam determinados requisitos mínimos, em especial, de autorização, que as legislações dos Estados-membros têm obrigatoriamente de prever, dispondo de larga margem de livre actuação, desde que os requisitos estabelecidos sejam objectivos, revistam carácter geral e sejam previamente publicitados. As legislações nacionais dispõem, deste modo, de margem de intervenção muito considerável para fixarem outras condições, tendo em conta as estruturas económicas, financeiras e administrativas do sector em cada Estado-membro. Tais requisitos têm apenas que ser objectivos, revestir carácter geral e ser previamente publicitados.

Além do mais, as directivas não precisam o conteúdo de algumas das condições mínimas de autorização⁴, apresentando um grande número de disposições vagas, de conceitos imprecisos ou indeterminados, como, por exemplo, o conceito de «idoneidade» ou «experiência» necessárias no que respeita aos dirigentes, ou o conceito de gestão «sã» e «prudente» em relação aos accionistas, de modo que, também por esta via, é conferida - como é da própria natureza das directivas - uma considerável margem de apreciação não só aos Estados-membros, aquando da transposição das directivas para o direito nacional

² Princípio consagrado no art. 61º, nº1, da CRP e cujo conteúdo é o seguinte: “a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”.

³ Cfr. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., revista, Coimbra Editora, 1993, p. 326. Nos termos do disposto no nº2 do art. 18º da CRP, a lei pode restringir os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Lei Fundamental. Em relação ao direito de iniciativa económica, o legislador goza aqui de larga margem de liberdade de conformação do seu exercício podendo, além disso, estabelecer as restrições necessárias impostas pelo interesse geral (cfr. art. 61º, nº1, da CRP).

⁴ Cfr. art. 3º, nº 2, da Primeira Directiva.

mas, sobretudo, às autoridades nacionais, no momento da sua aplicação aos casos individuais⁵.

É neste complexo contexto que tem de ser apreciado o regime específico estabelecido para as instituições de crédito classificadas como caixas de crédito agrícola mútuo (CCAM).

2. Noção de instituição de crédito

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro, codifica e recebe o direito comunitário derivado específico do sector bancário, tendo operado a transposição para a ordem jurídica portuguesa das directivas nºs 77/780/CEE, de 12 de Dezembro de 1977; 89/646/CEE, de 15 de Dezembro de 1989; e 2006/48/CE, de 14 de Junho, estatuidando o seu art.1º, nº 1, que visa regular o processo de estabelecimento e o exercício da actividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras.

Segundo o art. 2º do RGICSF, “são instituições de crédito as empresas cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de o aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito” (nº 1), bem como “as empresas que tenham por objecto a emissão de meios de pagamento sob a forma de moeda electrónica” (nº 2).

Tradicionalmente o direito português não usava o conceito de instituição de crédito, explicando-se a definição legal recebida no mencionado preceito por influência do Direito comunitário, em especial da Segunda Directiva, de 15 de Dezembro, que substituiu a expressão “estabelecimento de crédito” por “instituição de crédito”⁶.

Resulta da letra do art. 2º que a recepção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis constitui a actividade central das instituições de crédito⁷. Podemos dizer que a interme-

⁵ Neste sentido, cfr. Christian GAVALDA, «La première directive de coordination des législations bancaires de la C.E.E (12 décembre 1977)», in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº 2, 1979, pp. 234 e ss, e Jean Le Brun, «Une première étape vers l'harmonisation européenne des réglementations bancaires», in *Revue de la Banque*, 1979, nº 1, p. 48.

⁶ A Primeira Directiva de Coordenação Bancária consagrava a noção de “estabelecimento de crédito”, que foi recebida no direito português embora sob a designação de instituição de crédito (cfr. o art. 3º do Decreto-Lei nº 23/86, de 18 de Fevereiro). A Segunda directiva, no seu art. 1º, nº 1, e nº 6, passou a utilizar a expressão “instituição de crédito”.

⁷ Já a exigência que a lei faz no sentido de os fundos recebidos do público se destinarem a “utilização por conta própria”, além de não ter correspondência na definição da Segunda Directiva, é criticável por deixar de fora os casos de fundos que são recebidos expressamente para aplicação por conta alheia. Neste sentido, cfr. Augusto de ATHAYDE/Duarte de ATHAYDE *Curso de Direito Bancário*, pp. 247/48; José Simões PATRÍCIO, *Direito Bancário Privado*, Quid Juris? Sociedade Editora, Lisboa, 2004, pp. 174 ss.

dição no crédito constitui o *core business* da actividade bancária, pois é através de depósitos e outras formas de colecta de poupança, tomada a crédito (passivo), que as instituições de crédito dispõem de fundos para os aplicar mediante empréstimo e outras formas de crédito (activo).

Para além da definição genérica⁸ de instituição de crédito, o legislador procede, no art. 3.º, a uma discriminação específica das várias entidades que podem subsumir-se naquele conceito, a saber: “a) Os bancos; b) As caixas económicas; c) A Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e as caixas de crédito agrícola mútuo; d) As instituições financeiras de crédito; e) As instituições de crédito hipotecário; f) As sociedades de investimento; g) As sociedades de locação financeira; h) As sociedades de *factoring*; i) As sociedades financeiras para aquisições a crédito; j) As sociedades de garantia mútua; l) As instituições de moeda electrónica; m) Outras empresas que, correspondendo à definição do artigo anterior, como tal sejam qualificadas pela lei.”

O universo de instituições de crédito enunciado no art. 3.º não esgota todas as instituições admissíveis. O legislador admite ainda a existência de outras espécies desde que pelas suas características caibam na cláusula geral do n.º 1 do art. 2.º e sejam qualificadas expressamente como tal pela lei. Do exposto decorre que o legislador adopta uma noção ampla de instituição de crédito, tributária do Direito comunitário, abrigando, sob o chapéu da definição comum, empresas cuja actividade tem alcance muito diverso.

Por outro lado, a enumeração do artigo 3.º caracteriza-se pela sua heterogeneidade uma vez que encontramos instituições que integram verdadeiros tipos homogéneos a par de instituições com características únicas, tal como acontece com as Caixas de Crédito Agrícola Mútuo e a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo.

No que se refere à actividade, temos instituições que podem efectuar todas as operações permitidas aos bancos como, por exemplo, a Caixa Geral de Depósitos, enquanto as demais só podem efectuar as operações permitidas pelas normas legais e regulamentares que regem a sua específica actividade (art. 4.º, n.º 2). Na verdade, em contradição com a noção ampla de instituição de crédito recebida no art. 2.º, n.º 1, a maior parte das entidades enumeradas no art. 3.º não podem receber do público depósitos e outros fundos reembolsáveis.

⁸ Trata-se de uma noção ampla, uma vez que integra diversas instituições antes qualificadas como paraban-cárias. Para maiores desenvolvimentos, cfr. Carlos Costa PINA, *Instituições e Mercados Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 210 ss.

Em suma, podemos dizer que resulta do art. 4º do RGICSF uma divisão das instituições de crédito em duas grandes categorias: as universais e as especializadas⁹. As primeiras caracterizam-se por realizarem de modo irrestrito todas as operações que se encontram mencionadas nas diversas alíneas do nº 1 do art. 4º do RGISF. As segundas caracterizam-se por apenas poderem efectuar as operações permitidas pelas normas legais e regulamentares que regem a sua actividade.

2.2. Instituições de crédito com carácter universal: os bancos

De entre as instituições de crédito enumeradas no art. 3º, os bancos destacam-se como a mais importante e paradigmática¹⁰, pois são os principais agentes da chamada “intermediação financeira”,¹¹ captando a poupança com o intuito de a ceder lucrativamente, de tal modo que, na prática, aquelas são vistas comumente como meros sinónimos de instituições bancárias.

Por influência do Direito comunitário, vigora actualmente, no nosso sistema financeiro, o modelo da “banca universal”¹², que lhes permite exercer praticamente todas as operações financeiras, ao contrário, como vimos, das restantes instituições de crédito.

Para além da actividade nuclear de qualquer instituição de crédito - recepção de depósitos e concessão de crédito -, os bancos podem exercer qualquer das operações constantes do elenco do art. 4º do RGICSF, tais como: a locação financeira e *factoring*; a emissão e gestão de meios de pagamento; a realização de transacções por conta própria ou de clientes; a participação em emissões e colocações de valores mobiliários, a actuação nos mercados interbancários; a gestão de patrimónios (individuais ou colectivos) de terceiros; a prestação de serviços de consultoria; operações de pagamento; emissão e gestão de meios de pagamento, tais como cartões de crédito, cheques de viagem e cartas de crédito; transacções, por conta própria ou da clientela, sobre instrumentos do mercado monetário e cambial, instrumentos financeiros, opções e operações sobre divisas, taxas de juro, mercadorias e valores mobiliários; participações em emissões e colocações de valores

⁹ Cfr. Luís Máximo dos SANTOS, “Regulação e Supervisão Bancária”, in *Regulação em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.54-55.

¹⁰ Tanto assim que, segundo António Menezes CORDEIRO, boa parte do regime do RGICSF reportado a instituições de crédito foi “moldado tendo os bancos como modelo” (cfr. *Manual de Direito Bancário* (3.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2008, p. 829).

¹¹ Segundo Manuel Correia de PINHO, “a intermediação financeira constitui a linha de negócios central da actividade dos bancos e traduz-se, principalmente, na concessão de crédito a partir dos recursos monetários captados” (cfr. “A Actividade Bancária”, *Revista da Banca*, n.º 58, Julho/Dezembro 2004, p. 11).

¹² Sobre o modelo de banca universal, cfr., entre outros, João Calvão da SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 180 ss. No direito Italiano os autores falam também em *despecializzazione* (neste sentido, cfr., entre outros, Paolo BONTEMPI, *Diritto Bancario e Finanziario*, Giuffrè Editore, Milão, 2006, p. 81).

mobiliários e prestação de serviços correlativos; actuação nos mercados interbancários; consultoria, guarda, administração e gestão de carteiras de valores mobiliários; gestão e consultoria em gestão de outros patrimónios; consultoria das empresas em matéria de estrutura do capital, de estratégia empresarial e de questões conexas, bem como consultoria e serviços no domínio da fusão e compra de empresas; operações sobre pedras e metais preciosos; tomadas de participações no capital de sociedades; mediação de seguros; prestação de informações comerciais; aluguer de cofres e guarda de valores; locação de bens móveis, nos termos permitidos às sociedades de locação financeira; prestação dos serviços e exercício das actividades de investimento a que se refere o artigo 199.º-A, não abrangidos pelas alíneas anteriores; e outras operações análogas e que a lei não lhes proíba.

O mencionado art. 4º merece-nos duas observações. Em primeiro lugar, não podemos deixar de salientar o desfasamento evidente entre a epígrafe do preceito e o seu conteúdo. Não obstante a epígrafe se referir à “Actividade das instituições de crédito”, a verdade é que, no fundo, o que se descreve são as operações típicas dos bancos que correspondem apenas a um dos tipos de instituições de crédito. O desfasamento só é compreensível na medida em que os bancos são, na óptica do RGICSF, a instituição de crédito paradigmática sob a qual foi gizada a definição tipo¹³. No fundo, à actividade das instituições de crédito refere-se apenas o nº 2 do art. 4º, dizendo que as demais “só podem efectuar as operações permitidas pelas normas legais e regulamentares que regem a sua actividade”.

Em segundo lugar, importa relevar que o elenco das actividades permitidas aos bancos não é, como à primeira vista parece indiciar, taxativo, uma vez que exercem todas as operações referenciadas no art. 4º, nº 1, e “outras operações análogas que a lei não lhes proíba¹⁴ e, ainda, quaisquer outras autorizadas por lei especial. O que significa que o âmbito das actividades cometidas aos bancos difere muito dos das demais instituições de crédito. Enquanto estas apenas podem desenvolver as actividades previstas na lei, os bancos podem exercer quaisquer das operações previstas no art. 4º, nº 1, outras análogas que a lei lhes não proíba e, ainda, quaisquer outras autorizadas especialmente pela lei. Indo ao encontro desta diferença, quanto ao tipo de operações desenvolvidas, alguma doutrina classifica como instituições de crédito universais as que podem praticar, de

¹³ Cfr. Carlos Costa PINA, *ob. cit.*, p. 211.

¹⁴ Segundo Luis Máximo dos SANTOS (“Regulação e supervisão bancária”, *cit.* p. 56), “Tendo em conta as boas regras da hermenêutica jurídica”, a analogia terá de verificar-se em relação a cada uma das operações especificamente previstas nas restantes alíneas e não tendo por referência o conceito geral de actividade bancária, de resto de muito difícil determinação.

modo irrestrito, todas as operações referidas no mencionado preceito e instituições de crédito especializadas as demais.

2.3. Instituições de crédito com características especiais

2.3.1. As Caixas de Crédito Agrícola Mútuo (CCAM)

Regime jurídico especial

Nos termos do art. 1.º do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo (RJCAM)¹⁵, as caixas de crédito agrícola mútuo são instituições de crédito sob a forma cooperativa, cujo objectivo é o exercício de funções de crédito agrícola em favor dos seus associados, bem como a prática dos demais actos bancários inerentes à actividade bancária.

Conforme resulta do art. 2.º, n.º 1, do Código Cooperativo, as cooperativas “*são pessoas colectivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles.*”

As CCAM, embora qualificadas como instituições de crédito, são instituições caracterizadas por um regime especial, derivado essencialmente da forma cooperativa e da vinculação a um objectivo prioritário que é o exercício de funções de crédito agrícola em favor dos seus associados.

Assim, enquanto para os bancos o regime jurídico basilar é o que consta do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, as CCAM seguem a título principal o aprovado pelo RJCAM, emergindo o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras como direito subsidiário. Além do mais, aplica-se-lhes ainda, a título de direito subsidiário, o Código Cooperativo e demais legislação aplicável às cooperativas em geral (art. 2.º do RJCAM).

Compreende-se, por isso, que, em tudo o que não estiver regulado no RJCAM, as CCAM estejam sujeitas à disciplina, consoante a matéria, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, e outras normas que disciplinam as instituições de crédito, e pelo Código Cooperativo¹⁶ e demais legislação aplicável

¹⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/90, de 11 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 230/95, de 12 de Setembro, n.º 320/97, de 25 de Novembro, Decreto-Lei n.º 102/99, de 31 de Março, Decreto-Lei n.º 201/2002, de 26 de Setembro; e Decreto-Lei n.º 142/2009, de 16 de Junho.

¹⁶ Aprovado pela Lei n.º 51/96, de 7 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Declaração de Rectificação n.º 15/96, de 2 de Outubro, Decreto-Lei n.º 343/98 de 6 de Novembro, Decreto-Lei n.º 131/99, de

às cooperativas em geral (art. 2º do RJCAM).

A forma e a estrutura

No que respeita à forma de constituição, diz o art. 3º que se constituem sob a forma de cooperativa de responsabilidade limitada e visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e as aspirações económicas, sociais e culturais dos seus associados.

As CCAM apresentam, deste modo, diferenças estruturais e intrínsecas face aos bancos, desde logo, pelo facto de estes, de acordo com o disposto no art. 14.º, n.º 1, alínea b), do RGICSF, estarem obrigados a adoptar a forma de sociedade anónima, visando, como tal, a obtenção de lucro.

Não obstante a última alteração ao RJCAM ter adaptado o modelo de governação das CCAM às estruturas previstas no Código das Sociedades Comerciais, a importação de normas legais aplicáveis às sociedades comerciais não pode deixar de ponderar a compatibilização com a natureza própria das cooperativas e dos fins a que estas se destinam. Daí que se compreenda as competências e a importância dada à Assembleia Geral, órgão característico do modelo cooperativo.

Nesta sequência, diz o art. 20º do RJCAM, segundo a redacção introduzida pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 142/2009, que “A administração e fiscalização das caixas agrícolas são estruturadas segundo as modalidades previstas para as sociedades anónimas no Código das Sociedades Comerciais”.

Por sua vez, o nº 2 do mesmo preceito estabelece que “Sem prejuízo da competência da Assembleia Geral, a composição e a competência dos órgãos de administração e fiscalização das caixas agrícolas são as previstas no Código das Sociedades Comerciais para as Sociedades anónimas, com as devidas adaptações.”

Trata-se, por conseguinte, de um desvio ao regime geral traçado para as cooperativas no âmbito do código cooperativo, em prol de uma opção pelo regime do Código das Sociedades Comerciais, mas mantendo a matriz originária de cooperativa.

Tudo conjugado, podemos dizer que as Caixas Agrícolas apresentam diferenças estruturais face aos bancos, pelo que qualquer importação de normas legais aplicáveis às sociedades comerciais, forma de constituição obrigatória dos bancos, não pode deixar de ponderar a compatibilização com a natureza própria das cooperativas e dos fins a que estas se destinam.

21 de Abril, Decreto-Lei n.º 108/2001, de 6 de Abril, Decreto-Lei n.º 204/2004, de 19 de Agosto e Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

Número mínimo de associados

Segundo o art. 18º do RJCAM, nenhuma CCAM se pode constituir com menos de 50 associados, não podendo manter-se em funcionamento com número inferior por período superior a seis meses, sob pena de dissolução.

Capital social

O capital social mínimo exigido é substancialmente inferior ao dos bancos, segundo a Portaria nº 1197/2000, de 9 de Agosto de 2000¹⁷. O capital social mínimo das instituições de crédito e sociedades financeiras está fixado na Portaria nº 95/94¹⁸, de 4 de Fevereiro, que para os bancos é de 3,5 milhões de contos.

Nos termos do art. 15º do RJCCAM, o montante mínimo de capital que cada novo associado deve subscrever e realizar integralmente na data de admissão é de €500.

Aumento de capital

O capital social das CCAM pode ser aumentado com a admissão de associados, com o aumento da participação de um associado, por sua iniciativa, e mediante novas entradas em dinheiro ou mediante incorporação de reservas disponíveis para o efeito.

Área de acção

As CCAM têm âmbito local, não podendo ser constituídas as que se proponham exercer a sua actividade em área que exceda a do município onde tiverem sede, salvo nos casos em que nos municípios limítrofes não exista nenhuma outra em funcionamento ou se o excesso resultar da fusão de caixas agrícolas já existentes (art. 12º RJCAM). Nos termos do nº 2 do mesmo preceito, segundo redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 142/2009, “Não é igualmente concedida autorização a novas caixas agrícolas que se proponham exercer actividade em município onde outra já estiver sediada ou tiver aberto agência.”

Associados

Os beneficiários privilegiados da sua actividade são os respectivos associados, pessoas singulares ou colectivas que reúnam as características do art. 19º, nºs 1, 2 e 3, do RJCAM, isto é, que de um modo geral exerçam actividades no sector da agri-

¹⁷ Para as CCAM independentes é cerca de 7.500.000 Euros e para as que integram o SICAM é de cerca de 1.500.000 Euros.

¹⁸ Sucessivamente alterada pelas Portarias nºs 847/97, de 16 de Outubro, 1010/98, de 21 de Setembro, 1197/2000, de 27 de Julho, 102/2002, de 1 de Fevereiro, e 866/2002, de 27 de Julho.

cultura, silvicultura, pecuária, caça, pesca, aquicultura, e actividades afins.

O Decreto-Lei nº 142/2009 visou fundamentalmente adaptar o modelo de governação das CCAM às estruturas previstas no Código das Sociedades Comerciais e, ao mesmo tempo, alargar a base de associados, aproximando-as das demais instituições de crédito, como forma de possibilitar o aumento de capital, tendo em conta a regressão que se verifica no sector agrícola. Em conformidade com a última alteração introduzida ao RJCAM, verificou-se um alargamento da base dos associados, permitindo-se a associação a uma caixa de crédito agrícola mútuo de quaisquer pessoas singulares ou colectivas, fora do âmbito das actividades agrícolas, até ao limite de 35% do número total de associados dessa caixa de crédito. Em casos excepcionais, devidamente justificados, esse limite pode ser elevado até 50%, mediante autorização do Banco de Portugal (cfr. os nºs 3 e 4 do art. 19º do RJCAM, segundo a redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 142/2009).

Operações permitidas

É tendo em conta a sua forma, natureza dos associados e a finalidade, que as CCAM são chamadas a desempenhar um tipo especial de operações de crédito, as denominadas operações de crédito agrícola, considerando-se como tais os empréstimos e outros créditos, qualquer que seja a forma, a natureza, o título ou o prazo destes, quando tenham como objecto, as operações do art. 27º, do RJCAM¹⁹. Para além de outros meios de financiamento permitidos às cooperativas em geral, as CCAM podem receber depósitos ou outros fundos reembolsáveis dos seus associados ou de terceiros, bem como ter acesso a outros meios de financiamento que lhes sejam especialmente autorizados pelo Banco de Portugal, ouvida a Caixa Central, se se tratar de caixas suas associadas (art. 26º do RJCAM).

¹⁹ Que compreende as seguintes: “a) Facultar recursos para apoio ao investimento ou funcionamento de unidades produtivas dos sectores da agricultura, silvicultura, pecuária, caça, pesca, aquicultura, agro-turismo e indústrias extractivas, ou para formação, reestruturação, melhoria ou desagravamento do capital fundiário das explorações agrícolas, silvícolas, pecuárias, cinegéticas, piscícolas, aquícolas, agro-turísticas ou de indústrias extractivas; b) Financiar a criação, a montagem, o aperfeiçoamento, a renovação, total ou parcial, e o funcionamento de instalações destinadas à transformação, ao melhoramento, à conservação, à embalagem, ao transporte e à comercialização dos produtos agrícolas, silvícolas, pecuários, cinegéticos, piscícolas, aquícolas ou de indústrias extractivas; c) Facultar recursos para apoio ao investimento ou funcionamento de unidades que se dediquem ao fabrico ou comercialização de factores de produção directamente aplicáveis na agricultura, silvicultura, pecuária, caça, pesca, aquicultura, agro-turismo e indústrias extractivas ou à prestação de serviços com elas directa e imediatamente relacionados; d) Facultar recursos para o apoio ao investimento ou financiamento de unidades de turismo de habitação ou turismo rural e de produção e comercialização de artesanato; e) Financiar as despesas que contribuam para o aumento das condições de bem-estar dos associados das caixas agrícolas e dos familiares que com eles vivam em economia comum, designadamente através de crédito à habitação;” etc.

As CCAM são instituições especialmente vocacionadas para o exercício de funções de crédito agrícola em favor dos seus associados, que têm subjacente uma finalidade muito específica: a concessão de crédito aos respectivos associados, tendo em vista o apoio, a diversos níveis, dos sectores específicos da agricultura, silvicultura, pecuária, caça, pesca, aquacultura, agro-turismo e indústrias extractivas.

No entanto, segundo o nº 1 do art. 36º-A do RJCAM, as caixas agrícolas que apresentem condições estruturais adequadas e meios suficientes, designadamente quanto a fundos próprios, solvabilidade, liquidez, organização interna e capacidade técnica e humana, poderão ser autorizadas pelo Banco de Portugal a alargar o seu objecto a uma ou várias das actividades seguintes:

- a) *Locação financeira a favor dos associados para financiamento de actividades referidas no art. 27º;*
- b) *Factoring a favor dos associados para financiamento de actividades referidas no artigo 27º;*
- c) *Emissão e gestão de meios de pagamento, tais como cartões de crédito, cheques de viagem e cartas de crédito;*
- d) *Participação em emissões e colocações de valores mobiliários e prestações de serviços correlativos;*
- e) *Consultoria, guarda, administração e gestão de carteiras de valores mobiliários;*
- f) *Gestão e consultoria em gestão de outros patrimónios.*

Entretanto, estas instituições estão autorizadas a realizar outras operações, cujo âmbito foi ampliado na sequência do regime introduzido pelo Decreto-Lei nº 142/2009.

O novo regime veio permitir o alargamento de actividade (operações com não associados) a todas as CCAM que cumpram em base individual as regras prudenciais fixadas ao abrigo do art. 99º do RGISF **até ao limite de 35% do activo líquido total**, limite que **pode ser elevado até 50% pelo Banco de Portugal**, em casos excepcionais (cfr. a redacção dada ao art. 28º, nºs 2 e 3, do RJCAM pelo art.1º do Decreto-Lei nº 142/2009).

Por outro lado, deu-se igualmente o alargamento da actividade a operações não ligadas à actividade agrícola. Mais concretamente, refere o nº 6 do art. 36º-A do RJCAM que as caixas agrícolas, nos mesmos termos previstos no nº 2 do art. 28º, podem efectuar operações de crédito com finalidades distintas das previstas no art. 27º, até ao limite de 35% do valor do respectivo activo líquido, limite que pode ir até 50% , desde que obtida autorização do Banco de Portugal.

A referida alteração visa garantir a aproximação das CCAM ao regime de concorrência com as outras instituições de crédito, estando agora sujeita a registo no Banco de Portugal a autorização para efectuar operações de âmbito não agrícola e as operações com não associados (art. 10º, nº 1, alínea c), do RJCAM, segundo redacção dada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 142/2009).

Abertura de balcões

A abertura de balcões está sujeita a autorização da Caixa Central, no caso das CCAM suas associadas e à do Banco de Portugal, no caso das CCAM independentes.

Administração e fiscalização

Nos termos do art. 20º do RJCAM a administração e a fiscalização das CCAM são estruturadas segundo as modalidades previstas para as sociedades anónimas no Código das Sociedades Comerciais.

Outras características

As CCAM passam a estar obrigadas à certificação legal de contas (cfr. o art. 42º-A do RJCAM aditado pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 142/2009) e continuam em geral sujeitas à supervisão da CCCAM e, em especial, do Banco de Portugal.

Acresce, ainda, que as CCAM do SICAM apenas calculam, a nível individual, os requisitos de fundos próprios a título indicativo (Aviso 5/07) e que os limites de grandes riscos aplicáveis às CCAM do Sistema integrado do Crédito Agrícola Mútuo se encontram regulados na Instrução 88/96, ao contrário dos bancos (Aviso 6/2007).

Por último, importa referir que as CCAM podem exercer a sua actividade de forma independente ou associar-se no âmbito do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, cujo regime especial consta do art. 65º ss. do RJCAM). O legislador prevê ainda que possam agrupar-se em cooperativas de grau superior em uniões regionais e numa federação nacional a fim de melhorarem as suas condições de exercício e resultados (art. 49º do RJCAM).

2.3.2. A Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo (CCCAM)

A CCCAM é uma instituição de crédito sob a forma de cooperativa de responsabilidade limitada e é o organismo central do sistema do crédito agrícola mútuo (art. 50º, nº 1, do RJCAM). Nos termos do nº 2 do mesmo preceito, o objecto da CCCAM abrange a concessão de crédito e a prática dos demais actos inerentes à actividade bancária, nos mesmos

termos autorizados aos bancos (alteração introduzida ao preceito pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 142/2009).

A CCCAM está também autorizada a instalar agências, nos mesmos termos dos bancos, sendo que antes de decidir abrir uma agência deve ouvir as CCAM suas associadas cuja área territorial abranja o município onde pretende instalar a agência (art. 52º do RJCAM, segundo a redacção introduzida pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 142/2009).

A licença atribuída à CCCAM é uma licença de banco universal, devendo, contudo, abster-se de concorrer com as suas associadas (nº 3 do art. 50º do RJCAM, segundo redacção dada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 142/2009).

Para além da natureza cooperativa a CCAM é uma caixa de grau superior, na medida em que lhe cabe representar e coordenar o Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo (arts. 50º, nº 7, do RJCAM), que é o conjunto formado pela CCCAM e pelas caixas agrícolas suas associadas (artigo 63.º do RJCAM), devendo os seus estatutos incluir, designadamente, os poderes de fiscalização, intervenção e orientação, bem como as regras de exoneração e exclusão das caixas agrícolas associadas (art. 65º do RJCAM).

Salvo no caso especial em que seja necessário a adopção de medidas extraordinárias de saneamento, em que o Banco de Portugal pode convidar outras entidades ligadas ao crédito agrícola mútuo, outras entidades do sector cooperativo ou mutualista, para garantir o equilíbrio da situação financeira da CCCAM, nos termos do artigo 81º, nº 1, do RJCAM), só podem ser associadas da CCCAM: a) as CCAM devidamente registadas no Banco de Portugal; b) outras entidades ligadas ao crédito agrícola mútuo que, para o efeito, tenham obtido autorização do Banco de Portugal.

Apesar de o Banco de Portugal ser o responsável pela supervisão do sector bancário, em relação às caixas de crédito agrícola mútuo integradas no Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, a lei delega parte relevante dessas funções na Caixa Central que, por sua vez, se encontra igualmente sujeita à supervisão do Banco de Portugal.

Ao Banco de Portugal cabe definir relações e limites prudenciais aplicáveis ao Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, e efectuar a supervisão do sistema com base em contas consolidadas (art. 74º, nºs 1 e 2, do RJCAM). Por sua vez, à Caixa Central cabe, nos termos do n.º 3 do art. 74.º do RJCAM, assegurar o cumprimento das regras de solvabilidade e liquidez do sistema integrado do crédito agrícola mútuo e das caixas agrícolas a ele pertencentes, bem como orientá-las e fiscalizá-las, nos termos dos artigos 75.º e 76.º do RJCAM. Ainda segundo o n.º 4 do art. 74.º, do RJCAM, a consolidação das contas das caixas associadas da Caixa Central é da responsabilidade daquela instituição e processa-se em conformidade com os termos que forem definidos pelo Banco de Portugal.

O art. 75.º, nº 1, do RJCAM estabelece os poderes de orientação da Caixa Central, que compreendem, designadamente: a) definir as orientações necessárias para assegurar o cumprimento das regras relativas à solvabilidade e liquidez das CCAM suas associadas e do sistema integrado do crédito agrícola mútuo; b) definir as regras gerais de política comercial e de concessão do crédito, incluindo a prestação de garantias; c) definir regras gerais quanto à admissão, remuneração, formação e qualificação do pessoal; d) definir regras gerais quanto à criação de novos estabelecimentos; e) definir regras gerais de funcionamento e segurança dos estabelecimentos.

Por sua vez, segundo o art. 76.º, do RJCAM, sem prejuízo da competência do Banco de Portugal, compete à Caixa Central a fiscalização das caixas suas associadas nos aspectos administrativos, técnico e financeiro e da sua organização e gestão.

Outro poder da Caixa Central respeita à possibilidade de intervenção numa caixa associada, nos termos do art. 77.º do RJCAM, através da designação de delegado seu para acompanhar a respectiva gestão, quando se verifique situação de desequilíbrio que, pela sua extensão ou continuidade, possa afectar o regular funcionamento da mesma caixa, quando a sua solvabilidade se mostre ameaçada ou quando se verifiquem irregularidades graves.

Por sua vez, quando uma CCAM pertencente ao Sistema Integrado de Crédito Agrícola Mútuo esteja em situação de desequilíbrio financeiro grave, ou em risco de o estar, e incumprir as orientações definidas pela CCCAM, nos termos do art. 77º-A do RJCAM, pode a CCCAM, após comunicação prévia ao Banco de Portugal, que pode opor-se (nº 9 do art. 77º-A do RJCAM), designar para a caixa de crédito agrícola em causa um ou mais directores provisórios. Nos termos do nº 3 do mesmo preceito, com a designação dos administradores provisórios, pode a CCCAM suspender, no todo ou em parte, os órgãos de administração e de fiscalização da CCAM, após comunicação prévia ao Banco de Portugal, que pode igualmente deduzir oposição.

Finalmente, importa realçar que a CCCAM garante as obrigações assumidas pelas CCAM associadas da CCCAM, ainda que emergentes de facto anterior à associação, nos mesmos termos em que o fiador garante as obrigações do afiançado (nº 1 do art. 78º do RJCAM), sem gozar do benefício de excussão (nº 2 do mesmo preceito).

O Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo encontra-se, desta forma, subordinado a uma dupla tutela, sendo que, em relação às caixas do sistema integrado, a Caixa Central emerge como responsável directa não só pela organização, mas também pela gestão económica e financeira das suas associadas.

Das novidades introduzidas pelo Decreto-Lei nº 142/99 destaca-se o alargamento do âmbito das operações activas da CCCAM, cujo objecto passará a abranger todas as actividades permitidas aos bancos, como vimos.

Por outro lado, reforçaram-se os poderes de intervenção, por via da possibilidade de veto, por parte dos administradores provisórios, das deliberações do órgão de administração da CCCAM (cfr. a alínea a) do nº 2 do art. 77º-A do RJCAM, segundo alteração introduzida pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 142/2009).

Outro aspecto respeita à reformulação do registo dos órgãos sociais das CCAM suas associadas, passando o parecer desfavorável a este registo por parte da CCCAM a implicar a recusa do registo pelo Banco de Portugal (cfr. o nº 4 do art. 10º do RJCAM, segundo alteração introduzida pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 142/2009).

Esta nova solução encontra justificação no regime de co-responsabilidade da CCCAM perante as CCAM associadas do sistema integrado, nas funções e poderes assumidos pela CCCAM de representação desse sistema e nas funções de orientação, de fiscalização e de intervenção assumidos pela CCCAM relativamente às CCAM.

II. Síntese

O regime jurídico das CCAM emerge especialmente marcado pela forma (cooperativa) que tais instituições assumem e finalidades específicas que prosseguem: exercício de funções de crédito agrícola em favor dos seus associados. No fundo, podemos dizer que as CCAM são instituições de crédito especializadas nas operações de crédito agrícola, dispondo da possibilidade de exercer todas as operações necessárias ao fim tido em vista com a sua criação.

Com a alteração recente foi alargado, como vimos, o leque de associados bem como a possibilidade de as CCAM realizarem operações de crédito com não associados ou com finalidades não agrícolas. Desde que verificados os condicionalismos legalmente fixados e emitidas as devidas autorizações, pelo Banco de Portugal, quando necessário, as CCAM estão autorizadas a exercer a maioria das actividades comerciais realizadas pelas restantes instituições de crédito. Para poderem realizar as operações que os Bancos estão autorizados a realizar, as CCAM teriam de ter condições estruturais adequadas, bem como de organização, além de meios suficientes, o que não acontece.

O regime das CCAM contempla diversas limitações decorrentes do objecto social, área territorial de actuação, qualidade de associados, etc., limitações que não podem deixar de ter como contrapartida menores exigências ao nível do capital social, da estrutura organizativa, meios técnicos e humanos disponíveis, rácios de solvabilidade, fiscalização e pres-

tação de contas. Para além das limitações decorrentes do nível de capital social, as caixas agrícolas têm dificuldades, em caso de necessidade de aumentar os fundos próprios, uma vez que só podem fazê-lo com recurso aos associados.

Em relação à CCCAM, como vimos, para além do denominador comum, as instituições em causa têm mais características que as distanciam do que as que as aproximam.

A CCCAM é também, como ficou dito, o organismo central do sistema integrado do crédito agrícola mútuo e, nesta medida, viu reforçados os seus poderes de entidade supervisora do sistema, uma vez que além de se encontrar mais próxima das CCAM suas associadas do que o Banco de Portugal, tem o ónus decorrente do regime de co-responsabilidade com as mesmas, assumindo ainda funções e poderes fundamentais de representação do sistema de crédito agrícola mútuo e de orientação, fiscalização e intervenção nas CCAM associadas, sem paralelo com as restantes instituições de crédito.

A CCCAM funciona como garante das suas associadas sem qualquer limitação e é também garantida por elas. A posição de garante do Sistema de Crédito Integrado Mútuo, por um lado, e o regime de solidariedade, por outro, dá-lhe ao mesmo tempo maior robustez em termos de capital social e fundos próprios, com o correspondente aumento de garantias de fiabilidade e confiança essenciais ao funcionamento do sector bancário. Ou seja, a posição de garante do Sistema Integrado de Crédito Agrícola Mútuo, por um lado, e o regime de solidariedade, por outro, conferem-lhe garantias de fiabilidade e confiança que são essenciais ao funcionamento do sistema bancário.

Por último, a CCCAM está autorizada a praticar todas as actividades permitidas aos bancos, mas o alargamento do âmbito das operações activas foi acompanhado da elevação dos requisitos regulamentares mínimos de capital social aplicáveis, o que significa que, além de ter de cumprir os mesmos deveres que impendem sobre os bancos, encontra-se igualmente sujeita aos poderes de fiscalização e de supervisão do Banco de Portugal como qualquer outro banco. □

As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular.

Pedro Nuno Rodrigues
Advogado

I. Introdução

1.1. Enquadramento: a constituição de direitos de uso privativo sobre bens do domínio público e as regras da contratação pública

A comercialidade do domínio público¹ é, consabidamente, uma *comercialidade pública*, não sendo possível constituir direitos reais menores ou de garantia sobre bens domaniais². As coisas públicas, afectas à prestação de uma utilidade pública, sujeitam-se a uma especial tutela jurídica, essencialmente associada ao facto de estarem fora do comércio jurídico privado, ou seja, *serem insusceptíveis de redução à propriedade particular, inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e não oneráveis pelos modos de Direito Privado*³. Qualquer negócio jurídico que ofenda estes princípios será, pois, nulo por impossibilidade do respectivo objecto, conforme directiva resultante do artigo 280.º do Código Civil, que aqui tem inteira aplicação.

¹ Sobre a evolução do domínio público na História do Direito Português, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público, O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Almedina, 2005, págs. 38 a 99.

² Os mencionados direitos podem, em todo o caso, constituir-se sobre bens abrangidos pelo âmbito de uma relação dominial: assim, por exemplo, será possível constituir uma hipoteca sobre bens que integrem o estabelecimento de uma concessão de domínio público – cf. art. 688.º, nº 1, alínea d), do Código Civil, art. 28.º, nº 3, do Decreto-Lei nº 280/2007, de 7 de Agosto, que aprova o regime jurídico do património imobiliário público (RJPIP), e art. 69.º da Proposta de Lei nº 256/X referente ao futuro Regime Geral dos Bens do Domínio Público (RGBDP).

³ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª Ed., Tomo II, Coimbra Editora, 1972, págs. 867. Cf., também, artigos 18.º, 19.º e 20.º do RJPIP.

Naturalmente, esta incomercialidade privada não inviabiliza o aproveitamento, pelos particulares, dos bens dominiais⁴.

Relevado o respectivo uso comum (ordinário ou extraordinário)⁵, a forma porventura mais habitual do referido aproveitamento é a do respectivo uso privativo⁶. O uso privativo consubstancia *um direito de aproveitamento ou utilização de um bem do domínio público concedido a pessoa determinada através de um acto ou contrato administrativo*⁷. Pode, pois, o uso privativo de um bem público, ser titulado por um acto administrativo (licença de uso privativo) ou por um contrato (concessão de uso privativo).

O aproveitamento ou utilização de um bem do domínio público, concedido a determinada pessoa, resulta, frequentemente, da iniciativa e do interesse (imediato) do próprio particular. Pense-se, por exemplo, nos casos da utilização privada de recursos hídricos através de um poço ou de um furo, na instalação de uma esplanada no passeio, em apoio a um estabelecimento comercial, ou na instalação de um estabelecimento comercial em determinada praia. Ora, com frequência, nestas hipóteses como em outras similares, é o particular interessado que se dirige à Administração, solicitando-lhe a atribuição do título necessário que o habilite ao uso privativo do bem público pretendido⁸.

⁴ As coisas dominiais destinam-se, como referido, a prestar uma utilidade pública. Por isso, e em ordem a preservar a produção dessa utilidade pública, caracterizam-se pelas notas (ónus) da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

⁵ O uso comum corresponde ao modo de utilização do domínio que, sendo conforme com o destino principal da coisa pública, será facultado a todos (ou a uma categoria genericamente delimitada de particulares), directa ou indirectamente – cf. FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, Coimbra Editora, 1965, e JOSÉ PEDRO FERNANDES, “*Domínio Público*”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV, Lisboa, 1991, págs. 166 e seguintes. Os bens do domínio público estão juridicamente afectos ao uso comum, portanto, em regra, podem ser utilizados de forma livre e gratuita por todos os sujeitos, em conformidade com a sua função principal. Todavia, como se sublinhou no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 640/95 (Proc. nº 286/94), *ainda que a generalidade dos bens do domínio público de uso comum seja de utilização gratuita, isso não corresponde a um dever-ser que obrigue a justificar as excepções. (...). As excepções à regra de gratuitidade – suposto que a Constituição as não proíbe – não são constitucionalmente ilícitas se estiverem previstas na lei. A gratuitidade do uso comum do domínio público constitui, no dizer de Yves Gaudemet, uma «escolha de política administrativa, uma opção aberta aos Poderes Públicos em cada caso particular entre duas técnicas de financiamento: o imposto ou o preço pago pelo utente. A gratuitidade é apenas, na sua essência, um procedimento técnico»*. Neste contexto, dispõe o RJPIP que o uso comum ordinário dos imóveis do domínio público é, em regra, gratuito, podendo o uso extraordinário ser sujeito a autorização e pagamento de taxas – cf. arts. 25º e 26º.

⁶ A comercialidade dos bens do domínio público poderá revestir, não obstante, outra natureza, *maxime*, exploração do domínio público, reserva dominial, mutação dominial, cedência de utilização ou delegação.

⁷ Cf. Acórdão do STA, de 22.10.1996 (Proc. nº 39207), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁸ Este problema, aliás, não se coloca somente no âmbito dos bens dominiais. A título de exemplo, quanto ao planeamento urbanístico, dispõe o nº 1 do art. 6º-A, do Decreto-Lei nº 380/99, de 22 de Setembro (RJIGT), sob epígrafe *Contratualização*, que os *interessados na elaboração, alteração ou revisão de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor podem apresentar à câmara municipal propostas de contratos que tenham por objecto a elaboração de um projecto de plano, sua alteração ou revisão, bem como a respectiva execução*. Consagra-se, assim, expressamente, a admissibilidade de a Administração, na sequên-

Questiona-se, neste contexto, a susceptibilidade – à luz das regras comunitárias da contratação pública e do Código dos Contratos Públicos (CCP) – de a Administração responder favoravelmente ao referido tipo de solicitações, deferindo a pretensão do particular sem suscitar qualquer procedimento concorrencial.

1.2. Delimitação do problema: a aparente insuficiência do Código dos Contratos Públicos para a disciplina da actividade pré-contratual administrativa na atribuição de usos privativos

A nosso ver, o CCP apresenta, na sua génese, relativamente à disciplina da “contratação pública”, um aparente paradoxo.

Por um lado, o CCP pretende transpor, e transpõe, para o ordenamento jurídico português, as directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos, sejam os *marchés publics* clássicos (empreitadas, fornecimentos e serviços) e as concessões⁹, sejam os contratos celebrados por entidades que operam nos denominados sectores especiais (as *utilities*)¹⁰.

Nesta perspectiva, o CCP deu cumprimento à vinculação comunitária de adequar o regime nacional da formação daqueles contratos ao disposto nas directivas, as quais têm por pressuposto uma aceção comunitária de “contratos públicos”, *maxime*, enquanto *contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços*¹¹.

cia de um impulso contratual dos *interessados*, celebrar os denominados contratos para planeamento, nos seguintes termos: (a) pode, a câmara municipal, comprometer-se, junto dos interessados, a elaborar um determinado plano ou a elaborá-lo com um determinado conteúdo; ou (b) pode o contrato consistir na formalização i) dos pressupostos da aprovação de um futuro plano (definindo ou redefinindo o respectivo conteúdo) a elaborar e apresentar pelo próprio interessado, de acordo com determinados “termos de referência”, e/ou ii) dos termos e condições da execução desse plano. Também quanto a estes contratos se pode questionar a respectiva sujeição às regras gerais da contratação pública. Na verdade, os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes – designadamente, os contratos para planeamento – têm natureza de contratos públicos, sendo, em consequência, a respectiva formação disciplinada pelo regime da contratação pública estabelecido na Parte II do CCP – cf. art. 1º, nº 2, primeira parte, do CCP. Assim, e não existindo um regime procedimental especialmente estabelecido, seja por lei, seja por regulamento (cf. arts. 6º-A e 6º-B do RJIGT), a escolha do particular que colabora com a Administração na concertação do exercício dos poderes públicos apenas não estará sujeita às regras da formação dos contratos públicos (Parte II do CCP) na medida em que se verifique uma situação de contratação excluída nos termos do CCP, nomeadamente, quando as prestações objecto do contrato para planeamento não estejam nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado – cf. art. 5º, nº 1, do CCP.

⁹ Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

¹⁰ Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

¹¹ Cf. art. 1º, nº 2. a), da Directiva 2004/18/CE.

A formação destes “contratos públicos” está sujeita, por força das directivas, a um determinado regime pré-contratual – sem prejuízo, conforme entendimento pacífico da jurisprudência do Tribunal de Justiça, da aplicação dos princípios constantes do Tratado, em geral, aos restantes contratos não abrangidos pelas directivas, desde que estes assumam relevância económica para a construção do mercado único europeu¹².

Portanto, por imposição comunitária, o CCP procedeu à transposição das (rígidas) regras estabelecidas para a formação de *determinados contratos públicos* (os previstos nas directivas), configurados, todos, como hipóteses em que a Administração se dirige ao mercado para obter, junto dos particulares, uma determinada prestação da qual necessita para prosseguir as suas actividades de interesse público¹³.

Todavia, e *por outro lado*, o CCP consagra um âmbito de aplicação objectiva visivelmente mais vasto: assim, estabelece a disciplina da contratação pública aplicável (i) à formação dos contratos públicos, *entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação ou natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes*¹⁴, e (ii) aos *procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes (...), de quaisquer vantagens ou benefícios, através de acto administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público*¹⁵.

Assim, a pretexto da transposição das regras comunitárias relativas à adjudicação dos *contratos públicos abrangidos pelas directivas*, o CCP sujeita aos procedimentos pré-contratuais nelas definidos, aparentemente, *toda a actividade pré-contratual* das entidades adjudicantes¹⁶ – desenvolvida através de acto ou de contrato.

Ou seja, neste enquadramento, aspirando o CCP a disciplinar a formação (i) de qualquer contrato celebrado pelas entidades adjudicantes, independentemente da sua forma ou natureza, ou (ii) de qualquer acto administrativo ou equiparado em sua substituição que atribua uma vantagem ou benefício, incorre no aparente paradoxo de, sob a égide daquela transposição, pretender regular modos de actuação administrativa anteriormente excluídos das exigentes regras procedimentais das directivas e para as quais estas não estavam especialmente vocacionadas.

¹² Cf., por todos, o Acórdão *Telaustria*, de 7 de Dezembro de 2000 (Proc. C-324/98).

¹³ Neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Contrato Público e Domínio Público, Estudos da Contratação Pública – I*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, pág. 848.

¹⁴ Cf. art. 1º, nºs 1 e 2, do CCP.

¹⁵ Cf. art. 1º, nº 3, do CCP.

¹⁶ Ressalva-se, em todo o caso, a formação dos contratos celebrados entre as entidades do sector público tradicional e dos contratos celebrados pelos organismos de direito público, uma vez que a Parte II do CCP apenas será aplicável na medida em que estejam em causa os contratos abrangidos pelas directivas – cf. art. 6º do CCP.

Da mencionada estrutura da disciplina da actividade administrativa pré-contratual, assim estabelecida no CCP – ou seja, fundada em pressupostos comunitários de apelo ao mercado para satisfação de necessidades identificadas –, decorre uma conseqüente inadaptação do regime nacional naqueles casos em que a constituição das relações jurídico-administrativas não resulte de um impulso da Administração mas, antes, do particular.

Ora, o CCP não contém, pelo menos de forma expressa, qualquer resposta, para as situações acima descritas¹⁷.

II. A coexistência da disciplina da contratação pública estabelecida no CCP com outros regimes pré-contratuais especiais

2.1. O CCP enquanto *regime geral da contratação pública* e os regimes especiais de contratação pública: a relação lógico-jurídica de especialidade

No tocante ao modo de atribuição dos títulos habilitantes do aproveitamento privado de um bem dominial, cumpre esclarecer, antes de mais, se a Parte II do CCP esgota toda a disciplina da actividade pré-contratual da Administração ou se, pelo contrário, se verifica um cenário de coexistência de regimes pré-contratuais especiais com o regime constante do Código.

Vários argumentos propenderiam para o primeiro entendimento.

Desde logo, em face da norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro¹⁸, pode sustentar-se que, estando em causa uma matéria regulada pelo CCP, na respectiva Parte II, quaisquer outros procedimentos pré-contratuais previstos em legislação especial se considerariam necessariamente revogados.

Acresce, neste âmbito, que não apenas os procedimentos pré-contratuais estão regulados no CCP, como o Código contém, no seu artigo 21º, uma norma geral expressamente vocacionada para a formação de “outros contratos”, para além dos abrangidos pelas directivas comunitárias – neste sentido, portanto, vocacionada para a formação de todos os contratos que possam ser perspectivados pela Administração.

Aliás, atendendo às normas constantes dos números 2 e 3, do seu artigo 1º, o âmbito objectivo da aplicação do Código é, aparentemente, configurado com essa amplitude,

¹⁷ Poderá sempre defender-se que a Administração terá a possibilidade de absorver esse impulso do particular e transformá-lo numa decisão de contratar própria – cf. art. 36º do CCP. Todavia, como é bom de ver, não só esta solução se revela num “jogo de cintura” da disciplina da contratação pública estabelecida no CCP, como, mais importante, como se precisará, esta solução esvaziaria, na maioria das situações, as virtualidades da iniciativa dos particulares, a quem (em função da simples abertura de um procedimento comum, na sequência da decisão de contratar) se amputaria o estímulo dessa iniciativa.

¹⁸ Diploma que aprova, em anexo, o CCP.

pretendendo regular a formação de todos os contratos ou actos equiparados celebrados ou praticados pelas entidades adjudicantes.

Ficaria, pelo exposto, afastada a possibilidade de existência de regimes especiais sobre a mesma matéria – a mero título de exemplo, dos regimes consagrados quanto ao aproveitamento de recursos hídricos¹⁹ ou, fora do âmbito dos bens dominiais, quanto à exploração de zonas de jogo²⁰.

Não obstante a aparente validade dos argumentos enunciados, pensamos que o CCP não esgotará toda a disciplina da contratação pública administrativa.

Naturalmente, o CCP aspira, em geral, à regulação da actividade pública pré-contratual. Julgamos, todavia, que não pretende excluir a coexistência de outros regimes especiais de formação de actos ou contratos: o CCP configura, antes, o *regime geral da contratação pública*, sem prejuízo da disciplina de *regimes especiais* – anteriores e posteriores à vigência do Código.

Por um lado, a superveniência de regimes especiais de contratação pública – de que o Decreto-Lei nº 34/2009, de 6 de Fevereiro²¹, é um bom exemplo – não reveste particular especificidades, dependendo, no essencial, da validade do acto legislativo em causa, *maxime*, do respeito pelas normas que disciplinam o processo legislativo e a hierarquia das leis.

Aliás, no sentido da acima mencionada coexistência superveniente de regimes especiais com o regime geral do CCP, o legislador vem perspectivando, para o futuro (em momento posterior à entrada em vigor do Código), a aprovação de novos regimes pré-contratuais específicos. Por exemplo, na actual Proposta de Lei do Regime Geral dos Bens do Domínio Público (RGBDP)²² consagra-se, expressamente, no respectivo artigo 41º, e sem prejuízo de outros regimes legais especiais relativos ao domínio público (cf. art. 95º, nº 1), a existência de um procedimento específico para a emissão de licenças de uso privativo.

Por outro lado, na *relação lógico-jurídica de especialidade* – aferida por referência a um domínio de aplicação menos vasto, enquanto espécie do conceito mais extenso que con-

¹⁹ Cf., em especial, o art. 68º, nºs 3 e 5, da Lei da Água, aprovada pela Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, e os arts. 21º e 24º do Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de Maio.

²⁰ Cf., em especial, os arts. 10º e seguintes da Lei do Jogo, reformulada pelo Decreto-Lei nº 422/89, de 2 de Dezembro.

²¹ Está em causa o diploma que estabelece medidas excepcionais de contratação pública aplicáveis aos procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação e de ajuste directo, destinados à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, destinadas à rápida execução de projectos de investimento público considerados prioritários.

²² Cf. Proposta de Lei nº 256/X, objecto discussão pública.

figura o respectivo género –, a norma especial pode reconduzir-se a uma concretização ou desenvolvimento de regras gerais, à regulação de aspectos não disciplinados no regime geral ou, ainda, a um desvio ou derrogação daquele normativo.

É neste enquadramento que, sem prejuízo de outros exemplos, parece inserir-se o regime da atribuição de usos privativos de recursos hídricos relativamente à disciplina geral da contratação pública, constante do CCP.

Com efeito, a relação lógico-jurídica de especialidade, verificada entre aquele e esta, resulta, além do mais, de dois aspectos essenciais. *Por um lado*, do facto da atribuição dos títulos de usos privativos não corresponder a qualquer tipologia de contrato especificamente abrangida pelas directivas comunitárias em matéria de contratação pública. Por outro, da circunstância – aliás, estruturante na perspectiva da relevância para a construção do mercado único comunitário – da atribuição de uma licença ou concessão de uso privativo, em regra, não resultar de uma necessidade própria da Administração Pública – que, por isso, a impulsiona a dirigir-se ao mercado em busca das prestações que melhor satisfaçam o interesse público subjacente a essa necessidade. Diversamente, resulta, no essencial, de uma resposta a uma necessidade ou interesse primário do próprio particular, que a Administração satisfaz – obtendo, para o efeito, a correspondente contrapartida.

A atribuição de usos privativos é, pois, matéria não especialmente regulada pelas directivas comunitárias transpostas pelo CCP. Acresce, ainda, que aquela disciplina se caracteriza por um conjunto de especificidades próprias, não identificadas e não regulamentadas seja pelas directivas, seja pelo CCP – pense-se, para não irmos mais longe, na questão, em análise, da iniciativa procedimental do particular na *contratualização* (por acto ou contrato) das prestações em matéria de recursos hídricos.

Neste contexto, entendemos que a norma revogatória do art. 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, não deverá ser interpretada com o lastro aparentemente ilimitado que resulta do seu elemento literal. Com efeito, a interpretação da lei – isto é, a descoberta do sentido legislativo – não se há-de cingir à mera letra da lei, intervindo, nesta tarefa, igualmente, elementos sistemáticos, históricos e teleológicos (cf. artigo 9º, nº 1, do Código Civil).

Na verdade, a revogação pode operar, consabidamente, de modo expresse ou tácito. A revogação diz-se expressa na hipótese de a nova lei individualizar concretamente a lei ou as disposições anteriores revogadas; diversamente, será tácita se, na ausência daquela indicação expressa, a revogação resultar da incompatibilidade existente entre uma nova lei e a lei anterior, conjugada com o princípio geral da prevalência da vontade mais recen-

te do legislador²³. Pressuposto da revogação tácita será, pois, em qualquer caso, a existência desta incompatibilidade (contrariedade) entre a lei nova e a anterior (cf. artigo 7º, nº 2, do Código Civil).

Ora, em matéria de cessação de vigência da lei, rege o princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, salvo “*se outra for a intenção inequívoca do legislador*” (cf. artigo 7º, nº 3, do Código Civil). Por isso, se não houver uma interpretação inequívoca no sentido da revogação ou, noutra perspectiva, se uma interpretação no sentido da substituição da norma não for isenta de dúvidas, impõe-se o respeito pela presunção normativa do artigo 7º, nº 3, do Código Civil, portanto, a lei especial não será afastada²⁴.

É neste contexto que, julgamos, há-de ser interpretada a norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008 – norma que, ao contrário da constante do número um do mesmo artigo, não opera uma concreta individualização das leis ou das disposições anteriores revogadas, antes estabelece, em geral, a revogação de “*toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível*”.

Assim, em obediência ao normativo do artigo 7º, nº 3, do Código Civil, não parece vislumbrar-se uma “*intenção inequívoca do legislador*”, subjacente à norma do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, no sentido de derrogar todos os regimes específicos de contratação pública que, à data, estivessem em vigor. Uma interpretação neste sentido não estaria, necessariamente, *isenta de dúvidas*.

Vejam os.

Em primeiro lugar, a norma do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, enquadra-se, sistematicamente, na sequência de uma outra (a constante do nº 1, do mesmo artigo) que procede à revogação casuística, concreta e individualizada de regimes e preceitos específicos. Assim sendo, a interpretar-se o artigo 14º, nº 2, no sentido de que o seu conteúdo determina uma verdadeira revogação de sistema, revelar-se-ia de uma absoluta inutilidade a norma do artigo 14º, nº 1. Com efeito, sempre bastaria aquela norma, dispensando-se a identificada sobreposição normativa.

Em segundo lugar, como referido, esta norma revogatória insere-se, sistematicamente, na sequência de uma outra, que procede à revogação de regimes e preceitos especificamente aplicáveis a contratos abrangidos pelas directivas. Ora, tendo presente, por um lado, o enquadramento dado pela norma revogatória do mencionado artigo 14º, nº 1

²³ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4ª Edição, I Volume, Coimbra Editora, 1957, pág. 405.

²⁴ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 11ª Ed., Almedina, 2001, págs. 518 a 522.

(que procede à substituição de leis e normas específicas sobre contratos abrangidos pelas directivas), e, por outro lado, o objectivo latente ao CCP quanto à disciplina da contratação pública (de, em primeira linha, proceder à transposição das directivas comunitárias relativas aos processos de adjudicação dos contratos por elas abrangidos), considerar-se-á que, salvo inequívoca intenção em contrário, a força revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, terá especial intensidade (e, dir-se-á, presunção de aplicabilidade) relativamente a esses tipos de contratos – e, em contrapartida, uma inferior presunção de aplicabilidade aos contratos não regulados pelas directivas. A norma do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, assume, *prima facie*, uma natureza residual e complementar relativamente à norma revogatória do número precedente, do mesmo artigo, destinada aos contratos públicos previstos nas directivas²⁵.

Em terceiro lugar, uma revogação absoluta de sistema apresentar-se-ia com contornos de uma radicalidade insustentável, no limite, não sendo possível identificar, ao menos com facilidade, qualquer legislação que, de alguma forma, total, parcial ou residualmente, não fosse relativa a qualquer uma das *matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos*, fosse ou não com ele incompatível.

Em quarto lugar, no plano dos factos, não se desconhece a existência de regimes especiais anteriores à entrada em vigor do CCP cuja disciplina veio sendo desenvolvida pelo legislador no pressuposto evidente da sua coexistência com o Código. Exemplo flagrante do que se acaba de referir sucede com a disciplina pré-contratual estabelecida no domínio dos recursos hídricos, designadamente, no Decreto-Lei nº 226-A/2007, diploma cuja última alteração se operou através do Decreto-Lei nº 93/2008, de 4 de Junho – ou seja, em data correspondente a vários meses após a publicação do CCP e às vésperas da respectiva entrada em vigor. Neste contexto, não será facilmente aceitável um entendimento segundo o qual, querendo o legislador efectivamente revogar aquela disciplina pré-contratual, específica da atribuição de títulos de utilização de recursos hídricos, nenhuma referência tenha feito sobre esse propósito revogatório, no diploma que aprovou em 4 de

²⁵ Não afirmamos que o CCP se encontra apenas vocacionado para aquelas hipóteses em que a Administração se dirige ao mercado no propósito de obter uma prestação que satisfaça uma necessidade por si previamente identificada. Como referido, o CCP tem uma vocação geral quanto a toda a actividade administrativa de formação de contratos e acto substitutivos (cf. respectivo artigo 1º, nºs 2 e 3), seja esta seja o impulso próprio ou de terceiro, seja a necessidade a satisfazer primordialmente sua ou de terceiro. Com efeito, o CCP expressamente exclui da sua Parte II a formação de determinados contratos em que a necessidade satisfeita não é própria, ao menos de forma directa – cf. o artigo 5º, nº 4, alíneas b) e c). Assim se depreende que, em situações similares, não expressamente previstas, o Código se apresente com a vocação de se aplicar. O que afirmamos, pois, é que a presunção revogatória da norma do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, operará com maior intensidade a respeito dos contratos abrangidos pelas directivas e especialmente regulados no CCP – seja na perspectiva da sua formação, seja no concernente ao seu regime substantivo.

Junho. Na verdade, o legislador procedeu, antes, à modificação de determinadas matérias e manteve inalterada, de forma inequívoca, aquela disciplina pré-contratual, pelo que um entendimento no sentido da revogação tácita dessa disciplina traduzir-se-ia numa verdadeira *esquizofrenia volitiva* do legislador.

A norma do artigo 14º, nº 2, do CCP – no mínimo, redigida de forma pouco cuidada – suscita, então, inquestionáveis dificuldades de interpretação e de compatibilização com o sistema, mas não se poderá inferir da mesma uma revogação “cega” de toda a *legislação* conexas, mais ou menos intensamente, com as matérias reguladas pelo CCP, nomeadamente, as respeitantes aos procedimentos de formação de contratos e actos substitutivos dos mesmos.

Dir-se-á, portanto, que os regimes especiais convivem, ou podem conviver, com o CCP, na medida em que, consoante sejam anteriores ou posteriores à data da vigência do Código, se deva entender que estão excluídos do âmbito da norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, ou que resultam de um processo legislativo válido. Quanto a este último aspecto, não está, pois, o legislador impossibilitado de criar novos regimes pré-contratuais, específicos relativamente à disciplina do CCP, desde que os mesmos, na sequência de um regular processo legislativo, resultem de um acto normativo válido (*maxime*, com valor face ao Decreto-Lei nº 18/2008) e respeitem as exigências comunitárias prescritas em sede de contratação pública.

No tocante ao âmbito da norma revogatória do mencionado artigo 14º, nº 2, a análise será, por seu lado, necessariamente casuística, assente em índices de facto e de direito concretos. Neste contexto, os procedimentos específicos da atribuição de usos privativos sobre bens dominiais considerar-se-ão em vigor (portanto, em coexistência com as regras gerais estabelecidas no CCP) sempre que, em função daqueles índices de facto e de direito, se devam ter como excluídos do âmbito da mencionada norma revogatória. Nesta análise, atender-se-á, nomeadamente, à relação lógico-jurídica de especialidade entre as diferentes normas em análise.

No quadro das referidas directrizes, podemos concluir, por exemplo, pela subsistência e, como tal, não revogação, dos procedimentos de atribuição de licenças e concessões para aproveitamento dos recursos hídricos especialmente previstos na Lei da Água e no Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, de acordo com o princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.

Em síntese, o CCP aplicar-se-á aos procedimentos de atribuição de usos privativos de bens dominiais na medida em que não existam regimes especiais sobre a matéria. Existindo regimes especiais – *maxime*, não revogados pelo artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº

18/2008 ou aprovados após a entrada em vigor do Código –, o CCP será de aplicação meramente subsidiária.

2.2. Aplicação do CCP à atribuição de usos privativos – *excepções*

Nas situações em que o procedimento de atribuição do uso privativo de determinado bem dominial não seja objecto de disciplina específica, aplicar-se-ão – pelo menos até a aprovação do Regime Geral dos Bens do Domínio Público – as regras da contratação pública estabelecidas na Parte II do CCP, independentemente de a atribuição ser realizada mediante contrato de concessão de uso privativo (cf. art. 1º, nº 2, do CCP) ou de licença de uso privativo (cf. art. 1º, nº 3, do CCP). Regem, nesse caso, relativamente à escolha do procedimento a adoptar, em especial, as normas dos artigos 21º e 24º do Código.

Configurada no âmbito do CCP, a atribuição dos usos privativos de bens dominiais não será sujeita a um processo concorrencial em três hipóteses: (a) no caso de as prestações objecto do contrato ou do acto não estarem nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (cf. artigo 5º, nº 1, do CCP); (b) no caso de o benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com as prestações que constituem objecto do contrato ou acto serem de valor máximo inferior a 100.000€ ou sem valor (cf. artigos 21º e 17º, do CCP); (c) no caso de a prestação objecto do contrato ou acto só poder ser confiada a uma entidade determinada (cf. art. 24º, nº 1, alínea e))²⁶.

No primeiro caso, estaremos no âmbito de uma situação de contratação excluída, não sendo sequer aplicável, à formação do contrato ou acto, a Parte II do CCP, designadamente, qualquer procedimento pré-contratual. Na segunda e na terceira hipóteses, haverá lugar a um procedimento pré-contratual, no caso, o ajuste directo, justificado, respectivamente, em função do valor do contrato ou do acto a celebrar ou a praticar ou em função do referido critério material expressamente previsto.

²⁶ Poder-se-ia, ainda, por hipótese, qualificar o contrato ou acto para uso privativo de um bem dominial como “similar” aos contratos “de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis”, assim configurando um tipo de contrato (ou acto substitutivo) excluído do CCP – cf. art. 4º, nº 2, alínea c). Parece-nos, todavia, que se fosse essa a intenção do legislador, teria este expressamente ressalvado, ao lado das situações que menciona na referida norma, os contratos para aproveitamento de bens dominiais.

2.3. A atribuição de usos privativos por iniciativa do particular – o exemplo dos recursos hídricos

No contexto do aproveitamento dos recursos hídricos, dispõe a Lei da Água²⁷ que o direito de utilização privativa de domínio público²⁸ só pode ser atribuído por licença (nos casos previstos no artigo 60º) ou por concessão (nos casos previstos no artigo 61º) – cf. artigo 59º, nº 2.

A concessão de utilizações privativas dos recursos hídricos do domínio público é atribuída nos termos de contrato a celebrar entre a administração e o concessionário (cf. artigo 68º, nº 1), podendo a Administração escolher como concessionário *“o interessado que apresente um pedido nesse sentido, desde que, durante um prazo não inferior a 30 dias contados a partir da afixação dos editais e da publicação no jornal oficial, não seja recebido outro pedido com o mesmo propósito, sendo que, sempre que, no decurso desse prazo, outro interessado apresentar um idêntico pedido de atribuição de concessão, a administração abre um procedimento concursal entre os interessados, gozando o primeiro requerente de direito de preferência em igualdade de condições”* (cf. artigo 68º, nº 3, alínea c) e nº 5).

Por sua vez, o Regime da Utilização dos Recursos Hídricos (RURH)²⁹ concretiza aqueles procedimentos de atribuição das utilizações privativas dos recursos hídricos, (tituladas por de licença ou contrato de concessão). Nas situações em que a atribuição das licenças não esteja sujeita a concurso (cf. artigo 21º, nº 1), poderão estas resultar de um pedido apresentado pelo particular junto da autoridade competente, desencadeando-se, nessa circunstância, um “procedimento concursal” específico, descrito nas diversas alíneas no artigo 21º, nº 4 do RURH. Assim, de acordo com este procedimento, a Administração procederá à publicitação do pedido do particular por um prazo de 30 dias, reconhecendo-se a faculdade a outros interessados de requererem para si a emissão do título com o objecto e finalidade da utilização publicitada. Decorrido aquele prazo sem que seja apresentado um pedido concorrente, será iniciado o procedimento de licenciamento. Caso, durante aquele prazo, sejam apresentados pedidos idênticos de atribuição de licença, a Administração iniciará um procedimento concursal entre os interessados, gozando o primeiro requerente do direito de preferência desde que comunique sujeitar-se às condições da

²⁷ Aprovada pela mencionada Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro.

²⁸ Considera-se utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público aquela em que alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo – cf. art. 59º, nº 1, da Lei da Água.

²⁹ Aprovado pelo mencionado Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de Maio, e alterado pelo Decreto-Lei nº 391-A/2007, de 21 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei nº 93/2008, de 4 de Junho.

proposta seleccionada (cf. artigo 21º, nº 5). Por seu lado, nas situações em que a utilização privativa dos recursos hídricos esteja sujeita a prévia concessão (cf. artigo 23º, nº 1), esta pode resultar igualmente de pedido apresentado pelo particular junto da autoridade competente, sendo, nesse caso, a escolha do concessionário realizada de acordo com aquele procedimento concursal específico da atribuição das licenças, com as necessárias adaptações (cf. artigo 24º, nº 5)³⁰.

Em síntese, a lei nacional reconhece, com vista à atribuição de utilizações privativas do domínio público hídrico, a admissibilidade de um procedimento de impulso particular, nos termos do qual a Administração não promove, mas recebe uma manifestação de interesses, publicitando-a e dando sequência a um determinado procedimento pré-contratual transparente e não discriminatório.

2.4. Os procedimentos de atribuição de usos privativos na Proposta de *Lei do Regime Geral dos Bens do Domínio Público (RGBDP)*

À semelhança do regime estabelecido para a atribuição de utilizações privativas de recursos hídricos, também a Proposta de Lei do RGBDP (a qual, como se sublinhou, expressamente salvaguarda a prevalência de regimes legais especiais relativos ao domínio público – cf. artigo 95º, nº 1) prevê que, em geral, a atribuição do título jurídico habilitante do uso privativo do domínio público possa resultar da iniciativa procedimental de um particular interessado.

Assim, a atribuição de licença de uso privativo é, em regra, de iniciativa privada (cf. artigo 41º, nº 1 do RGBDP) – facto que, todavia, não inviabiliza a iniciativa oficiosa, divulgada, nomeadamente, através da publicação de anúncios no jornal ou da afixação de editais.

O procedimento, por regra, não é concursal, observando-se, nessa matéria, o disposto no CPA quanto à prática de actos administrativos (cf. artigo 41º, nº 4). Esta exigência já resultava, de resto, da cláusula geral relativa aos pressupostos de atribuição de qualquer título jurídico habilitante do uso privativo (cf. art. 32º, nº 2), nos termos da qual, no processo de licenciamento, devem ser respeitados os princípios gerais da actividade administrativa e, em especial, o CPA e os princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e da boa fé.

³⁰ Sem prejuízo do referido, quando o número de pretensões apresentadas o justificar, a Administração poderá relativamente a direitos sobre bens que integram o domínio público decidir que a escolha do concessionário seja realizada mediante concurso público – cf. art. 24º, nº 6, do RURH. Em qualquer caso, quer aquele “procedimento concursal”, quer este “concurso público” não estão necessariamente sujeitos às regras do CCP, podendo, na falta de disposição especial, seguir-se uma tramitação diversa, desde que estejam garantidos os princípios da transparência, da imparcialidade, do tratamento não discriminatório e da concorrência – cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Contrato Público...*, pág. 854.

É, pois, atendendo à circunstância de o impulso procedimental ser do particular, feita uma expressa demarcação face ao regime pré-contratual estabelecido no CCP.

Podem questionar-se os pressupostos da validade desta demarcação nas situações em que existe uma *pluralidade de interessados* ou em que a *iniciativa procedimental é da própria Administração*. Em qualquer caso, certo é que os procedimentos adjudicatórios estabelecidos no RGBDP (o qual será aprovado por diploma com dignidade e valor normativo não inferiores ao diploma que aprova o CCP) assumem natureza especial relativamente ao regime da contratação pública definido no CCP, sendo matéria regulada fora do âmbito substantivo das directivas. Por esta razão, apresenta-se válida a decisão pública de, nas duas situações mencionadas, proceder à atribuição de uma licença de uso privativo no quadro do referido artigo 41º do RGBDP.

Assim, no âmbito do domínio público, e na falta de um procedimento especial (como é o caso, por exemplo, do legalmente consagrado quanto ao aproveitamento dos recursos hídricos), a atribuição de uma licença de uso privativo observará o procedimento para a prática de actos administrativos previsto no CPA, designadamente, os princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e da boa fé (cf. artigo 41º, nº 4, do RGBDP), e não as regras da contratação pública estabelecidas no CCP. Vigorará, caso a Administração assim o entenda e não existam razões para decidir de forma diversa, o sistema de *first-come-first-serve*.

Sem prejuízo do que se acaba de dizer, sublinha-se que poderá, ainda assim, em função das circunstâncias concretas³¹, exigir-se que seja assegurada uma publicidade adequada do processo de titularização do uso privativo de bens do domínio público, na medida em que se tem por pressuposto a formação de um contrato, ou acto substitutivo, não abrangido expressamente pelas directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos³².

³¹ Designadamente, em função de uma eventual relevância do contrato para a construção do mercado único europeu – cf. o citado Acórdão *Telaustria*, de 7 de Dezembro de 2000 (Proc. C-324/98).

³² Na verdade, desde o Acórdão “*Telaustria*”, de 7 de Dezembro de 2000, do Tribunal de Justiça (Proc. nº C-324/98), a jurisprudência comunitária vem sustentando a aplicação dos princípios do Tratado (*maxime*, o da igualdade de tratamento e da transparência) inclusivamente aos contratos não abrangidos pelas directivas. Esta aplicação, todavia, conforme entendimento da Comissão expresso na *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos* (documento 2006/C 179/02), visa especialmente os contratos públicos de valor inferior aos limiares comunitários fixados nas directivas, as concessões de serviços públicos e as parcerias publico-privadas. E, mesmo quanto a estes contratos, os princípios comunitários “*apenas se aplicam às adjudicações de contratos que tenham uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno*”. Cada entidade adjudicante deverá, assim, no entender da Comissão, decidir se o contrato a adjudicar pode apresentar um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros. Nesta perspectiva, os contratos ou actos celebrados ou praticados para a titularização do uso privativo do domínio público (i) não estão abrangidos pelo

Por seu turno, a concessão de uso privativo de bens do domínio público é, em regra, de iniciativa oficiosa (cf. artigo 63º, nº 1, do RGBDP) – podendo, todavia, resultar de um impulso particular, beneficiando, nesse caso, o requerente, de um direito de preferência, reunidos que estejam determinados pressupostos (cf. artigo 66º). Em qualquer caso, deverá a atribuição da concessão de uso privativo ser realizada através de um procedimento pré-contratual concorrencial, de acordo com as regras do CCP, com as necessárias adaptações e especificidades do RGBDP (cf. artigo 62º).

Enquadrado nestes termos, conclui-se, assim, que, no regime geral dos procedimentos de atribuição de licenças e concessões de usos privativos do domínio público, a Administração não se encontra sujeita a um dever legal de adjudicar, como sucede no âmbito do CCP (cf. artigo 76º do Código). A Administração reserva, pois, o poder discricionário de não atribuir a licença ou concessão requerida ou oficiosamente impulsionada – há, portanto, um dever legal de decidir (cf. artigo 9º do CPA) mas não um dever de adjudicar (art. 76º do CCP).

3. O princípio da concorrência e a admissibilidade das *propostas não solicitadas (unsolicited proposals)*

3.1. A compatibilidade das *unsolicited proposals* com o direito comunitário

A contratação pública por iniciativa particular é aquela que resulta de uma proposta não solicitada, isto é, de impulso procedimental não oficioso em que o privado estrutura uma pretensão ou um projecto que submete à Administração para análise e eventual decisão de implementação. Consequentemente, a entidade administrativa avalia a pretensão formulada, ou o projecto apresentado, e, decidindo a respectiva implementação, o requerente ou autor original beneficia de uma determinada vantagem competitiva, conforme o modelo procedimental consagrado. Em regra, não pode haver lugar a adjudicação directa sob pena de, em abstracto, serem violadas as regras da concorrência.

O principal problema subjacente às propostas não solicitadas é, naturalmente, o do respeito pelos princípios comunitários da concorrência e da transparência, inerentes à contratação pública. De resto, o risco do prejuízo destes princípios pode, com facilidade, ser dinamizado pelos próprios particulares interessados na obtenção do contrato, que justifi-

âmbito das directivas sobre contratos públicos, (ii) não estão especialmente abrangidos pelo enquadramento comunitário que vem sendo desenvolvido quanto aos contratos não abrangidos pelas mesmas directivas e (iii) em determinados casos não revelam, certamente, qualquer “*interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros*”. No plano do direito comunitário, a formação destes contratos ou actos substitutivos dos mesmos apresenta-se, assim, apenas muito residualmente, sujeita aos princípios do Tratado.

carão um procedimento de “adjudicação directa” com fundamento na titularidade de direitos exclusivos sobre o projecto que apresentam, na pretensa ausência de concorrentes interessados, nos custos de eficiência de um procedimento não concursal ou, ainda, na urgência da implementação do projecto que apresentam.

Não obstante, assegurado o respeito pelos princípios comunitários da contratação pública, designadamente, através da sujeição a um procedimento concorrencial, as propostas não solicitadas podem, de facto, ser um contributo para a satisfação das necessidades públicas das entidades adjudicantes, principalmente, nos casos em que estas não disponham de meios para a implementação de determinados projectos ou não estejam especialmente sensibilizadas para o aproveitamento de determinadas oportunidades. A actuação dos privados, nessas circunstâncias, poderá revelar-se de absoluta utilidade para a prossecução do interesse público³³.

O direito comunitário não é, neste contexto, indiferente à iniciativa dos particulares no âmbito da actividade pré-contratual administrativa. Esta iniciativa tem como pressuposto a compatibilização de dois princípios ou interesses estruturais: por um lado, o estímulo da iniciativa privada; por outro, o respeito pela concorrência.

No seu *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*³⁴, a Comissão pronunciou-se, além do mais, sobre o desenvolvimento, em determinados Estados-Membros (por exemplo, em Itália, através da *Lei Merloni B*, de 18 de Novembro de 1998 e, em Espanha, mediante o regulamento dos serviços das autarquias locais de 1955 e a Lei nº 13/2003, de 23 de Maio de 2003, sobre as concessões de obras) de certas práticas tendentes a proporcionar ao sector privado a oportunidade de tomar a iniciativa de uma operação PPP, mediante as quais os operadores económicos formulam uma proposta pormenorizada de um projecto. Na perspectiva das vantagens, reconhece-se que a iniciativa privada permite, numa fase precoce, aferir a disponibilidade e o interesse dos operadores económicos em investir em determinados projectos, incitando-os a desenvolver ou a aplicar soluções técnicas inovadoras, adaptadas às necessidades específicas da entidade adjudicante.

Em qualquer caso, sublinhou a Comissão, a contratualização de um projecto na sequência de uma iniciativa privada não altera – estando em causa prestações abrangidas pelo direito derivado e sendo o contrato celebrado a título oneroso – a natureza pública desse con-

³³ Sobre a matéria, cf. JOHN T. HODGES e GEORGINA DELLACHA, *Unsolicited Infrastructure Proposals – How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, Working Paper nº 1, 2007, em http://www.ppiaf.org/documents/working_papers/Unsolicited_Proposals_Experience_Review_Report_FINA_L_2006.pdf.

³⁴ Documento COM/2004/327, de 30 de Abril de 2004.

trato, impondo-se o cumprimento do regime de adjudicação pertinente. Neste contexto, a Comissão considerou que, no mínimo, o acesso de todos os operadores europeus a este tipo de projecto deverá ser assegurado, por exemplo, por meio de publicidade adequada do convite para apresentar um projecto. Seguidamente, se a autoridade pública pretender executar o projecto apresentado, deverá organizar um concurso aberto a todos os operadores económicos potencialmente interessados, oferecendo as garantias de imparcialidade da selecção.

Neste âmbito, os Estados-Membros implementaram diversos formalismos para estimular aquela iniciativa privada, desde a recompensa do requerente original (por exemplo, indemnizando-o pela sua iniciativa fora do processo concorrencial posterior) ou a atribuição, ao requerente original, de determinadas vantagens concretizadas por ocasião do concurso para o desenvolvimento do projecto seleccionado. Estas soluções, como explicou a Comissão, merecem um exame cuidado de modo a evitar que aquelas vantagens concorrenciais concedidas colidam com o princípio da igualdade de tratamento.

3.2. Contributos de outros ordenamentos jurídicos

A matéria das propostas não solicitadas é regulada em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, principalmente no contexto de contratos de concessão e de prestação de serviços, dos quais se destacam os ordenamentos do Chile, Coreia, Filipinas, África do Sul, China, Argentina e Costa Rica³⁵.

No âmbito da União Europeia, este tema está disciplinado, como acima referido, a propósito do *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, em Itália (sistema em que se concede ao requerente original um direito de preferência) e em Espanha (sistema em que se concede um direito ao reembolso das despesas, acrescido de um percentagem desses custos – *reimbursement*).

No âmbito das propostas não solicitadas, estabelecem-se, essencialmente, três tipos de sistemas de salvaguarda ou garantia da concorrência: *Bónus*, *Swiss challenge* e *Best and final offer* (BAFO).

No sistema de *Bónus* atribui-se um bónus ao proponente original, o qual pode revestir formas diversas. Entre as mais comuns contam-se, por um lado, a atribuição, à cabeça, de

³⁵ Para um enquadramento da matéria, em especial, na perspectiva do desenvolvimento de projectos infraestruturais em ordenamentos de países americanos, asiáticos e africanos, cf. JOHN T. HODGES e GEORGINA DELLACHA, *Unsolicited Infrastructure Proposals...*, disponível em http://www.ppiaf.org/documents/working_papers/Unsolicited_Proposals_Experience_Review_Report_FINAL_2006.pdf.

um determinado número de pontos, relevantes para a valorização final da proposta; por outro, a atribuição de uma percentagem (variável) dentro da qual a proposta original prefere à melhor proposta seleccionada.

No sistema de *Swiss challenge* o proponente original não beneficiará de qualquer avanço, antes de um direito de preferência sobre a proposta seleccionada – ou seja, aplica-se a metodologia de avaliação adoptada tendo, a final, o proponente o direito de preferir (um *right to match*) nos termos da melhor proposta que vier a ser seleccionada³⁶.

Já no sistema *BAFO*, o proponente não beneficia de qualquer bónus, nem de nenhum direito de preferência, apenas lhe sendo assegurado que a sua proposta será qualificada para uma fase final de negociações, juntamente com uma ou mais propostas igualmente qualificadas. São, assim, negociadas as propostas que o procedimento admitir, acrescidas, necessariamente, da original.

Paralelamente a estes sistemas, está, ainda consagrada, em alguns ordenamentos jurídicos (por exemplo, como acima mencionado, no espanhol), uma lógica de *reembolso* das despesas em que o proponente comprovadamente incorreu, acrescido de uma percentagem desses custos (normalmente, repercutidos nos custos a suportar pelo adjudicatário) – *reimbursement*. Não obstante, o *reimbursement* é, mais do que um sistema de introdução de concorrência em determinado procedimento pré-contratual, um simples estímulo à iniciativa privada. Neste contexto, o incentivo à iniciativa resulta da compensação atribuída, sem que, desse facto, resulte qualquer direito à obtenção do contrato.

3.3. As *unsolicited proposals* no direito português

Como sublinhámos, a nossa lei já reconhece, como admissível, a atribuição de usos privativos na sequência de propostas não solicitadas – *maxime*, no âmbito das utilizações privativas do domínio público hídrico –, consagrando-se uma cláusula de salvaguarda dos princípios comunitários da contratação pública através do denominado sistema *Swiss challenge*.

O mesmo sistema é, de resto, previsto na Proposta de Lei do Regime Geral dos Bens do Domínio Público relativamente à concessão de usos privativos de bens dominiais (cf. artigo 66º do RGBDP). A atribuição do uso através de licença poderá, por sua vez, ser absolutamente subtraída à concorrência comunitária, observando-se (somente) os princípios gerais da actividade administrativa e, em especial, o CPA e os princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e da boa fé (cf. artigos 41º e 32º, nº 2, do RGBDP).

³⁶ Corresponde, assim, ao sistema consagrado na Lei da Água, acima referido.

Em abstracto, mostra-se legitimada a consagração, no RGBDP, das propostas não solicitadas, diploma que consagra um regime procedimental especial relativamente ao do CCP, com a aptidão de disciplinar a atribuição dos usos privativos sobre os bens dominiais. Na verdade, apesar de, frequentemente, a atribuição de usos privativos servir, em primeira linha, os interesses privados do seu titular³⁷, não deixa, mesmo nesses casos, de constituir um estímulo (ainda que indirecto) à satisfação de necessidades públicas das entidades adjudicantes. Esta circunstância será especialmente evidenciada, como referimos, nos casos em que a Administração não disponha de meios para a implementação de determinados projectos ou não esteja especialmente sensibilizada para o aproveitamento de determinadas oportunidades, ainda para mais em tempos em que a rentabilização do domínio público consta da ordem do dia.

Entre os sistemas de salvaguarda da concorrência habitualmente consagrados, e ao lado do *Swiss challenge* estabelecido na nossa lei, poder-se-ia, ainda, prever um regime assente no sistema de *Best and final offer* (BAFO).

O sistema de *Bónus*, por seu lado, mais dificilmente se justificaria à luz dos princípios comunitários da igualdade de tratamento e da concorrência. Na verdade, o bónus traduz-se na atribuição de um prémio sem qualquer conexão com o mérito da proposta, procedimento que, aliás, com grande potencialidade, pode resultar na adjudicação daquela que, de facto, não é reconhecidamente a melhor proposta – para tanto, sendo suficiente que a proposta adjudicada seja inferior à classificada em segundo lugar apenas na medida da margem atribuída pelo bónus.

Naturalmente, a admissibilidade das *unsolicited proposals* é, aqui, configurada apenas para os contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias da contratação pública.

Quanto aos contratos abrangidos, e à luz do regime actualmente em vigor, sempre se dirá, *por um lado*, que os procedimentos para a formação de contratos públicos estão tipificados, e, como tal, elencados de forma taxativa, nas directivas; *por outro*, nenhum dos tipos de procedimentos tipificados parece ser compatível com a previsão de uma faculdade de iniciativa inoficiosa da decisão de contratar, regulada por qualquer dos mencionados sistemas de salvaguarda da concorrência.

4. Conclusões

Do que antecede, podemos, agora, em síntese, extrair as conclusões seguintes:

³⁷ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Contrato Público...*, pág. 849.

- (1ª) O aproveitamento ou utilização de um bem do domínio público concedido a pessoa determinada resulta, frequentemente, da iniciativa e do interesse (imediate) do próprio particular.
- (2ª) O CCP aspira, em geral, à regulação da actividade pública pré-contratual. Todavia, não pretende excluir a coexistência de outros regimes especiais de formação de actos ou contratos: o CCP configura, antes, *o regime geral da contratação pública*, sem prejuízo da coexistência de regimes especiais.
- (3ª) Os regimes especiais convivem, ou podem conviver, com o CCP, na medida em que, consoante sejam anteriores ou posteriores à data da vigência do Código, devam ser entendidos como excluídos do âmbito da norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, ou resultem de um processo legislativo válido.
- (4ª) Na interpretação da norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, atender-se-á, nomeadamente, à relação lógico-jurídica de especialidade entre a disciplina da contratação pública constante do CCP e a prevista em outros regimes específicos. Assim, concluímos, por exemplo, pela subsistência dos procedimentos de atribuição de licenças e concessões para aproveitamento dos recursos hídricos especialmente previstos na Lei da Água e no Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, de acordo com o princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.
- (5ª) No que respeita à superveniência de regimes especiais de contratação pública, não está o legislador impossibilitado de criar novos regimes pré-contratuais específicos relativamente à disciplina do CCP, desde que os mesmos, na sequência de um regular processo legislativo, resultem de acto normativo válido (*maxime*, com valor face ao Decreto-Lei nº 18/2008) e respeitem as exigências comunitárias prescritas em sede de contratação pública.
- (6ª) O CCP aplicar-se-á, portanto, aos procedimentos de atribuição de usos privativos de bens dominiais na medida em que não existam regimes especiais sobre a matéria. Existindo regimes especiais – em particular, não revogados pelo artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008 ou aprovados após a entrada em vigor do Código –, o CCP será de aplicação meramente subsidiária.
- (7ª) Nas situações em que o procedimento de atribuição do uso privativo de determinado bem dominial não seja objecto de disciplina específica, aplicar-se-ão – pelo menos até à aprovação do Regime Geral dos Bens do Domínio Público (RGBDP) – as regras da contratação pública estabelecidas na Parte II do CCP, independentemente de a atribuição ser realizada mediante contrato de concessão de uso privativo (cf. art. 1º, nº 2, do CCP) ou de licença de uso privativo (cf. art. 1º, nº 3, do CCP).

Regem, nesse caso, relativamente à escolha do procedimento a adoptar, em especial, as normas dos artigos 21º e 24º do Código.

- (8ª) Tal como configurada no âmbito do CCP, a atribuição dos usos privativos de bens dominiais não será sujeita a um processo concorrencial em três hipóteses: no caso de as prestações objecto do contrato ou do acto não estarem nem serem susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (cf. artigo 5º, nº 1, do CCP); no caso de o benefício económico que possa ser obtido pelo adjudicatário com as prestações que constituam objecto do contrato ou acto serem de valor máximo inferior a 100.000€ ou sem valor (cf. artigos 21º e 17º, do CCP); no caso de a prestação objecto do contrato ou acto só poder ser confiada a uma entidade determinada (cf. art. 24º, nº 1, alínea e)).
- (9ª) A nossa lei, com vista à atribuição de utilizações privativas do domínio público hídrico, reconhece a admissibilidade de procedimentos de impulso particular, nos termos do qual a Administração não promove, antes recebe, uma determinada manifestação de interesses, publicitando-a e dando sequência a um determinado procedimento pré-contratual transparente e não discriminatório. Idêntica admissibilidade se consagra na Proposta de Lei do RGBDP.
- (10ª) Em abstracto, mostrar-se-á válida a consagração, no RGBDP, da figura das propostas não solicitadas, enquanto factor de estímulo (ainda que indirecto) à satisfação de necessidades públicas das entidades adjudicantes. Assim será, em termos elucidativos, nos casos em que estas não disponham de meios para a implementação de determinados projectos ou não estejam especialmente sensibilizadas para o aproveitamento de determinadas oportunidades. Esta é, de resto, uma exigência da necessária rentabilização do domínio público.
- (11ª) Entre os sistemas de salvaguarda da concorrência habitualmente consagrados, e ao lado do *Swiss challenge* previsto na nossa lei, poder-se-ia, ainda, introduzir um regime assente no sistema de *Best and final offer* (BAFO). O sistema de *Bónus* encontra mais obstáculos de legitimação, sendo dificilmente justificável, à luz dos princípios comunitários da igualdade de tratamento e da concorrência.
- (12ª) A admissibilidade das *unsolicited proposals* é, aqui, configurada apenas para os contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias da contratação pública. Quanto aos contratos abrangidos, e à luz do regime actualmente em vigor, sempre se dirá, *por um lado*, que os procedimentos para a formação de contratos públicos estão tipificados – e, como tal, elencados de forma taxativa – nas directivas; *por outro*, nenhum dos tipos de procedimentos tipificados parece ser compatível com a previ-

são de uma faculdade de iniciativa inoficiosa da decisão de contratar, regulada por qualquer dos mencionados sistemas de salvaguarda da concorrência. □

Os Poderes de regulação da ERSE*

Rodrigo Varela Martins
Advogado

1. Delimitação do objecto do trabalho

O presente trabalho pretende apresentar uma resenha dos poderes administrativos exercidos pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (“ERSE”), tentando contribuir modestamente com algumas reflexões sobre a sua natureza e exercício.

Atento o limite imposto à extensão do trabalho pelo Regulamento de Avaliação do Curso, não curaremos da temática geral das Autoridades Reguladoras Independentes, nomeadamente das razões que presidiram à sua instituição, percurso histórico, sua natureza e regime jurídico, independência e legitimidade – matérias sobre as quais foi produzido considerável acervo doutrinal ao longo dos últimos anos -, sem embargo de, pontualmente, trazermos à colação alguns desses aspectos comuns às diversas autoridades reguladoras (designadamente às autoridades reguladoras sectoriais) por forma a emprestar alguma clareza à exposição que nos propomos realizar.

Igualmente, sob pena de ininteligibilidade ou incompletude do texto, não poderemos deixar de aludir inicialmente, ainda que de modo perfunctório, à instituição da ERSE, ao seu percurso até à actualidade, bem como às principais disposições constantes dos respectivos Estatutos.

* Texto elaborado no âmbito do Curso de Pós-Graduado em Direito da Energia da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ano lectivo 2009/2009).

2. A Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (“ERSE”)

(a) *Constituição*: A ERSE foi criada pelo Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, tendo entrado em funcionamento no início de 1997 como regulador do sector eléctrico nacional. Mais tarde, por via do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, as atribuições da ERSE foram estendidas à regulação do sector do gás natural e, nos termos do Decreto-Lei n.º 69/2002, de 25 de Março, a sua competência foi alargada às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira no que respeita ao sector eléctrico.

Conforme é sabido, em 2002, em resultado das alterações legislativas comunitárias¹ e da evolução da política energética nacional, optou-se, a nível interno, por atribuir a regulação do sector do gás natural a uma entidade independente², opção essa determinada quer pela necessidade de assegurar a imparcialidade da regulação através da separação entre o “Estado regulador” e o “Estado operador” face à enorme intervenção do Estado no sector, quer como meio de reforço da confiança dos *stakeholders* do sector energético (em particular, os operadores e consumidores), garantindo a independência da regulação face aos ciclos eleitorais e conjuntura política. Assim, dando cumprimento ao disposto no Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de Janeiro e na Resolução do Conselho de Ministros n.º 154/2001, de 19 de Outubro, o citado Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril (posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 200/2002, de 25 de Setembro, que aprovou os Estatutos da ERSE - doravante os “Estatutos”), veio atribuir a função reguladora do sector do gás natural à ERSE em função da alteração de denominação, transformação e alargamento de competências da Entidade Reguladora do Sector Eléctrico³.

(b) *Natureza*: A ERSE é uma «*pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio*»⁴, regendo-se pelos seus «*Est*

¹ Referimo-nos concretamente à Directiva 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade (revogada, em 2003, pela Directiva 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho – doravante “Directiva Electricidade”) e à Directiva 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 2008, que estabelece regras comuns para o mercado do gás natural (revogada, em 2003, pela Directiva 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho – doravante “Directiva Gás”).

² Só após a revisão constitucional de 1997, a Constituição da República Portuguesa passou a prever a possibilidade de criação de «*entidades administrativas independentes*» (art. 267º, n.º 3).

³ A opção seguida, a nível nacional, foi a de concentrar apenas na ERSE a regulação económica dos sectores da electricidade e do gás natural, mantendo a respectiva regulação técnica na estrutura clássica da administração pública (actualmente a Direcção-Geral de Energia e Geologia – cfr. Decreto-Lei n.º 139/2007, de 27 de Abril).

⁴ Art. 1º, n.º 1 dos Estatutos.

tutos, pelas disposições legais que lhe sejam especificamente aplicáveis⁵ e, subsidiariamente, pelo regime jurídico das entidades públicas empresariais ressalvadas as regras incompatíveis⁶».

- (c) *Atribuições:* Nos termos do n.º 3 do art. 1º dos seus Estatutos, a ERSE tem por finalidade a regulação dos sectores do gás natural e da electricidade «*nos termos dos presentes Estatutos, e no quadro da lei, dos contratos de concessão e das licenças existentes*».

Para o efeito, a ERSE dispõe de um elenco de atribuições muito extenso e variado⁷, cumprindo, de entre as mais relevantes, mencionar as seguintes: proteger o interesse dos consumidores em relação a preços, serviços e qualidade de serviço; implementar a liberalização e a concorrência nos sectores regulados; velar pelo cumprimento das obrigações de serviço público; contribuir para o progresso técnico, económico, ambiental e utilização eficiente dos recursos; garantir condições que permitam o equilíbrio económico e financeiro dos operadores regulados; garantir condições para a segurança do abastecimento; e promover a investigação.

- (d) *Estrutura:* Nos termos do disposto no art. 26º dos Estatutos, são órgãos da ERSE o Conselho de Administração⁸, o Fiscal Único⁹, o Conselho Consultivo¹⁰ e o Conselho Tarifário¹¹.
- (e) *Competências e Poderes:* Cfr. ponto 3 *infra*.
- (f) *Independência (e suas manifestações):* «*A ERSE é independente no exercício das suas funções, no quadro da lei, sem prejuízo dos princípios orientadores da política energética fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos da lei e dos seus Estatutos¹²*».

⁵ Cfr., a título de exemplo, os arts. 26º, n.º 2 e 38º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 31/2006, de 15 de Fevereiro (as comumente designadas “Bases do Petróleo”).

⁶ Art. 2º, n.º 1 dos Estatutos.

⁷ Cfr. art. 3º dos Estatutos.

⁸ É o órgão colegial responsável pela definição e acompanhamento da actividade reguladora da ERSE (art. 27º dos Estatutos), dispondo das competências previstas no art. 31º dos Estatutos. Quanto à nomeação dos seus membros, duração do mandato, remuneração, incompatibilidades e inamovibilidade, *vide* os arts. 28º a 30º dos Estatutos.

⁹ Compete-lhe fundamentalmente examinar as contas e fiscalizar a observância das normas e princípios contabilísticos (cfr. arts. 35º a 39º dos Estatutos).

¹⁰ Constitui um órgão colegial de consulta, apoio e participação na definição das linhas gerais de actuação da ERSE (art. 40º dos Estatutos), competindo-lhe emitir parecer, não vinculativo, sobre as matérias elencadas no art. 43º dos Estatutos.

¹¹ É um órgão colegial especializado ao qual cabe emitir parecer, não vinculativo, sobre a fixação de tarifas e preços e sobre a aprovação e revisão dos regulamentos tarifários (cfr. art. 48º dos Estatutos).

¹² Cfr. art. 2º, n.º 2 dos Estatutos.

Entre os aspectos que consubstanciam a autonomia ou *independência*¹³ da ERSE, cabe salientar a sua independência orgânica e funcional¹⁴, o regime aplicável aos membros do respectivo Conselho de Administração e o facto de ter receitas próprias suficientes.

Assim, no que respeita aos membros do Conselho de Administração, cumpre referir o exigente regime de impedimentos e incompatibilidades, o mandato de 5 anos - mais longo que as legislaturas -, a exigência de «*qualificações adequadas e reconhecida competência técnica e profissional*», a não sujeição a quaisquer «*instruções ou orientações específicas*», e o estatuto de inamovibilidade¹⁵.

Quanto aos funcionários da ERSE, não obstante se encontrarem sujeitos ao regime geral do contrato individual de trabalho, são-lhe aplicáveis as incompatibilidades da função pública, não podendo, em qualquer caso, exercer funções nas empresas dos sectores regulados¹⁶.

Visando conferir equilíbrio à referida independência, consagrou-se a «*tutela do Ministro da Economia e, quando for caso disso, do Ministro das Finanças*», consubstanciada designadamente na necessidade de aprovação ministerial do (i) relatório de actividades e contas, (ii) do regulamento dos serviços e (iii) do regulamento de recrutamento de pessoal e tabela remuneratória¹⁷. Do mesmo passo, a ERSE está obrigada a apresentar um relatório anual ao Governo e à Assembleia da República sobre as suas actividades de regulação e

¹³ É tarefa difícil descortinar um critério que permita delimitar as autoridades reguladoras independentes das não independentes. Um critério possível – e, provavelmente, o mais rigoroso – será o da não sujeição a superintendência governamental (ainda que existindo sujeição à tutela) por parte das autoridades reguladoras independentes e, deste modo, teríamos como *independentes* o Banco de Portugal – onde o Governo tem poderes de nomeação dos respectivos órgãos e de aprovação do relatório e contas anuais -, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), o Instituto de Seguros de Portugal (ISP), a ERSE, a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), a Autoridade da Concorrência (AdC) e a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) – cfr., neste sentido, GONÇALO ANASTÁCIO, “Regulação da Energia” in AA.VV., *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, 2009, p. 323, nota 49.

¹⁴ Art. 58º, n.º 1 dos Estatutos. Em bom rigor, conquanto exista independência orgânica consubstanciada no estatuto de inamovibilidade dos seus órgãos, o certo é que a independência funcional – entendida como a não sujeição à tutela ou à superintendência do Governo – não existe verdadeiramente, uma vez que a ERSE não está fora da órbita de influência do Governo como o atesta, por exemplo, o facto de a nomeação, recondução e remuneração dos membros do órgão executivo da ERSE – o Conselho de Administração – carecerem de despacho governamental – cfr. art. 28º, n.ºs 1 e 2 dos Estatutos *infra* citados. *Vide*, neste sentido, referindo-se às ARI em geral, MARISA CAETANO FERRÃO, “As entidades administrativas independentes com funções de regulação económica e a dualidade de jurisdições. Breves Notas” in O Direito, Ano 139.º, III (2007), p. 609. Admite-se, porém que esteja apenas em causa uma tutela muito limitada, conforme aduzem VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, 2003, p. 204.

¹⁵ Cfr., respectivamente, arts. 29º, 28º, n.ºs 2 e 3, e 30º, n.ºs 1 e 2 dos Estatutos.

¹⁶ Cfr. art. 54º, n.ºs 1 e 5 dos Estatutos.

¹⁷ Cfr. art. 58º, n.ºs 1 e 2 dos Estatutos.

está sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas¹⁸. Por outro lado, também a existência dos já aludidos Conselho Consultivo e Conselho Tarifário, ainda que não emitindo pareceres vinculativos, não deixa, na prática, de assegurar algum grau de controlo (ainda que se trate de auto-controlo) sobre a ERSE.

Ainda como manifestações da intenção legislativa de contrabalançar a independência que lhe é - também por via legislativa - reconhecida, podemos relevar, no que concerne aos membros do Conselho de Administração, o facto de os respectivos mandatos se poderem renovar por uma única vez, havendo sujeição subsidiária ao estatuto do gestor público, a necessidade de despacho governamental quanto à sua nomeação, recondução e remuneração¹⁹ e, bem assim, a possibilidade de perda do mandato em circunstâncias graves e excepcionais²⁰.

Acresce que, no tocante ao contencioso dos seus actos de autoridade, segue-se o regime geral, sendo as suas decisões sujeitas a controlo judicial (pelos tribunais administrativos ou judiciais conforme esteja em causa a sua actividade administrativa ou a impugnação de sanções aplicadas em processos contra-ordenacionais), para além de que os seus membros respondem criminal e disciplinarmente pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções²¹.

Por último, releva-se igualmente o facto de o orçamento da ERSE se integrar no Orçamento do Estado, encontrando-se sujeito, por conseguinte, às disposições gerais e comuns de enquadramento dos orçamentos e contas de todo o sector público administrativo previstas na Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto)²².

3. Os poderes administrativos da ERSE

Para assegurar a regulação dos mercados, as Autoridades Reguladoras Independentes (“ARI”) são dotadas de poderes adequados, os quais variam em função dos sectores regulados.

¹⁸ Cfr., respectivamente, arts. 59º, n.º 1 e 62º dos Estatutos.

¹⁹ Cfr. art. 28º, n.ºs 2 a 4 dos Estatutos.

²⁰ Cfr. art. 30º, n.ºs 2 e 3 dos Estatutos. Em caso de incapacidade permanente, incompatibilidade superveniente, falta grave no exercício das funções, trânsito em julgado de sentença condenatória pela prática de crime e excesso injustificado de despesas.

²¹ Cfr., respectivamente, arts. 61º e 60º dos Estatutos.

²² No Relatório Anual para a Comissão Europeia de Julho de 2008 (disponível em <http://www.erse.pt/pt/uniao-europeia/Paginas/UniaoEuropeia.aspx>), a ERSE sublinha que a sua sujeição ao regime de integração no Orçamento de Estado limita consideravelmente a sua independência face à aplicação de um regime financeiro de intervenção governamental dependente de autorizações dos Ministérios da área da Energia e das Finanças, nomeadamente no que se refere à aquisição de bens e recrutamento de pessoal.

De acordo com Vital Moreira, os poderes regulatórios das ARI podem resumir-se «em três etapas essenciais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação correcta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição de infracções». Conclui, assim, o referido Autor que «É por a regulação poder conjugar estes três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina norte-americana refere as “comissões reguladoras independentes” como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial)»²³.

Ora, também no sector energético, a ERSE não se afasta destas considerações gerais. Nos respectivos Estatutos é-lhe atribuído um exaustivo elenco de competências²⁴, podendo, de entre as mais significativas, salientar-se a preparação e emissão de regulamentos da maior importância para os sectores regulados (tais como em matéria tarifária, de qualidade de serviço, relações comerciais, despacho, acesso, etc.), fixar tarifas, emitir pareceres, verificar a aplicação de normas, aplicar sanções e decidir diferendos.

Destarte, importa proceder a uma breve síntese dos principais poderes da ERSE e às questões suscitadas pela sua atribuição, recorrendo, para o efeito, à *classificação* utilizada pela doutrina²⁵ quanto às ARI em geral, que os divide em poderes regulamentares, poderes de supervisão e poderes sancionatórios e de resolução de litígios.

3.1. Poder regulamentar

Nos termos dos respectivos Estatutos, compete à ERSE, em relação ao Sistema Eléctrico Público (SEP), preparar e emitir o regulamento tarifário (art. 8º, n.º1, alínea a)) e, relativamente ao SEP e ao Sistema Eléctrico Não Vinculado, preparar e emitir os regulamentos das relações comerciais, do despacho e do acesso às redes e às interligações (art. 10º, alíneas a), f) e i), respectivamente).

Ainda no sector da electricidade, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 67º do Decreto-Lei n.º 172/2006²⁶, cabe à ERSE a aprovação do Regulamento de Acesso à Rede e às Inter-

²³ Vide VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, 1997, p.36.

²⁴ Cfr. Capítulo II dos Estatutos.

²⁵ Cfr., exemplificativamente, VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *ob.cit.*, pp. 33-36 e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, 2008, pp. 157 e ss.

²⁶ Diploma que vem complementar a disciplina da organização e funcionamento do Sistema Eléctrico Nacional constante do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e que estabelece o regime aplicável às actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade (entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de Julho).

ligações, do Regulamento de Relações Comerciais, do Regulamento Tarifário e do Regulamento de Operação das Redes²⁷.

No sector do gás natural, cabe igualmente à ERSE editar o Regulamento de Acesso às Redes, às Infra-Estruturas e às Interligações, o Regulamento das Relações Comerciais, o Regulamento de Operação das Infra-Estruturas, o Regulamento de Qualidade do Serviço e o Regulamento Tarifário²⁸.

É, por conseguinte, apodíctico que, à semelhança do que sucede com outras ARI (v.g. CMVM, ANACOM, ERS, AdC, entre outras), a ERSE dispõe do poder de emitir regulamentos aplicáveis aos intervenientes nos sectores por si regulados.

Todavia, o poder regulamentar da ERSE convoca um par de problemas jurídicos, os quais não são, aliás, um exclusivo do sector energético, posto que se colocam igualmente quanto aos poderes regulamentares de outras ARI. Importa, por conseguinte, descrever sumariamente quais as questões suscitadas pelo poder regulamentar das ARI em geral e analisar em que medida os mesmos se colocam quanto ao poder regulamentar próprio da ERSE.

A primeira das questões em apreço coloca-se a respeito do facto de a competência regulamentar das ARI não poder implicar, na feliz síntese de Paula Costa e Silva, «*inovação normativa, mas tão-somente a execução, por complementação legalmente habilitada, de normas preexistentes*»²⁹. Tal limite decorre, com meridiana clareza, do disposto no n.º 6 do art. 112º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), o qual veda a produção de efeitos inovatórios sobre actos normativos por actos de outro tipo, nomeadamente - e *in casu* - os regulamentos. Conforme sublinham Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁰, actos desta natureza estão inibidos de, com eficácia externa, interpretarem, modificarem, suspenderem ou revogarem a lei, sob pena de ingerência da actuação administrativa no domínio legislativo.

²⁷ Competindo ao Ministro da Economia aprovar, por portaria, o Regulamento da Rede de Transporte, o Regulamento da Rede de Distribuição e o Regulamento da Qualidade de Serviço (cit. art. 67º, n.ºs 3 a 5).

²⁸ Cfr. art. 63º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho. Por seu turno, ao Ministro da Economia compete, nos termos do n.º 2 do art. 67º do mesmo diploma, aprovar o Regulamento de Armazenamento Subterrâneo, o Regulamento de Terminal de Recepção, Armazenamento e Regaseificação do GNL e o Regulamento da Rede de Transporte.

²⁹ PAULA COSTA E SILVA, “As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica” in *O Direito*, ano 138º, III (2006), p. 555.

³⁰ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, sub art. 115º, n.º XIX.

É certo que a proibição constante do n.º 6 do art. 112º da CRP não impede a deslegalização com a consequente «*degradação da matéria de lei a matéria de regulamento*»³¹. Porém, esta deverá ter, como primeiro limite, a sua reserva. Vale isto dizer que sempre que determinada matéria deva reger-se por acto com a natureza de lei (reserva de lei horizontal), aquela não poderá, nem sequer por acto de deslegalização, ser absorvida por regulamento³².

Ora, na nossa perspectiva, esta primeira questão – a da observância do princípio da reserva de lei – não pode ser suscitada quanto à competência regulamentar da ERSE.

Dado que as matérias objecto dos citados Regulamentos emitidos pela ERSE não se incluem no domínio da reserva natural de lei, nada obsta a que as mesmas sejam *deslegalizadas* e, assim, tratadas através do modelo normativo fixado pelas leis habilitantes (os diplomas legais citados no início do presente capítulo), isto, é através de regulamento da ERSE, sendo a solução encontrada pelo legislador nacional inteiramente consonante com as directrizes de política energética emanadas da União Europeia^{33 34}.

Maior acuidade para o tema que nos ocupa reveste o segundo dos problemas em apreço, o qual se consubstancia na limitação do poder regulamentar das ARI imposta pelo princípio da primariedade ou da precedência da lei³⁵, expressamente acolhido pela CRP no n.º 7 do seu art. 112º.

Do ponto de vista do referido princípio da precedência da lei, a área mais controversa da concatenação entre lei e regulamento reside nas leis habilitantes em branco e nos regulamentos independentes. Com efeito, nestes casos, destinando-se o regulamento não ao desenvolvimento ou concretização de uma lei específica³⁶, mas de uma política traçada

³¹ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, 2006, sub art. 112º, n.º IX.

³² PAULA COSTA E SILVA, *ob.cit.*, *loc.cit.* .

³³ Cfr. os arts 23º da Directiva Electricidade e 25º da Directiva Gás, em especial o n.º 2 de ambas as disposições.

³⁴ Poderia discutir-se se certas matérias tratadas nos Regulamentos da ERSE em apreço não constituirão uma intromissão em áreas de reserva de lei. Por exemplo, os Regulamentos de Relações Comerciais no sector da electricidade e do gás natural, ao estabelecerem as regras de funcionamento das relações comerciais entre os vários intervenientes do Sistema Eléctrico Nacional e do Sistema Nacional de Gás Natural, poderão contender, em tese e quanto a certos aspectos aí tratados, com o direito fundamental à iniciativa económica privada (art. 61º, n.º 1 da CRP). Parece-nos, todavia, que o argumento é demasiado rebuscado, para além de que a ideia de que o direito à iniciativa económica privada admite uma “conformação regulamentar” (desde que não esteja envolvida a definição dos respectivos *quadros gerais*) legitima a emissão de regulamentos das ARI, quer para disciplinar as actividades reguladas, quer mesmo para constituir obrigações para os regulados. Sobre o assunto em geral, cfr., por todos, PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra, 2008, pp. 40-41.

³⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, sub art. 15º, n.º XXV.

³⁶ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob.cit.*, sub art. 112º, n.º XXV.

por um conjunto de leis ou por uma norma aberta, não haverá critérios materiais que permitam delimitar a actividade regulamentar, o que poderá conduzir à (porventura) excessiva discricionariedade da Administração³⁷. Conforme refere Paula Costa e Silva, «a competência regulamentar, quando exercida, reveste necessariamente carácter inovatório, sujeitando-se, por isso, a mais apertados requisitos para a ulterior entrada em vigor dos resultados do seu exercício (v.g. sujeição a promulgação pelo Presidente da República). Isto porque a lei habilitante se limita a definir “a competência subjectiva e objectiva” (cfr. art. 112.º/8 da CRP) para a emissão do(s) regulamento(s), tendo a entidade administrativa habilitada larga margem de discricionariedade na conformação das soluções materiais constantes daquele(s) acto(s)»³⁸. Deste modo, o facto de se conceder tão amplo poder a entidades cuja actuação não é escrutinada pelos cidadãos gera, segundo alguns Autores, «um entorse ao princípio democrático ou, por outras palavras, à ideia de que todo o poder público deve ser legitimado directa ou indirectamente»³⁹. Daí que haja quem recuse o poder das ARI de emitirem regulamentos independentes, invocando que a concessão de poderes de normação primária ou inicial às ARI, porquanto despojadas de *democratic pedigree*⁴⁰, ainda que fora da reserva natural da lei e mesmo que com base em lei prévia, não encontra título habilitante na CRP e é passível de afectar o equilíbrio da relação entre os poderes legislativo e executivo, competindo-lhes somente poderes de regulamentação secundária⁴¹.

Do nosso ponto de vista, e salvo melhor opinião, o argumento de que as ARI não têm poder para emitir regulamentos independentes fora da reserva da lei e mesmo com base em lei prévia não merece ser sufragado, pelo menos no que tange aos regulamentos da ERSE.

³⁷ Cfr. JOÃO MIRANDA, “O regime jurídico de acesso às actividades de produção e de comercialização no sector energético nacional” in *Temas de Direito da Energia*, Cadernos O Direito, nº 3, Coimbra, 2008, p. 137. Nas palavras de Fernanda Maçãs, «Em regra, as ARI gozam, nos termos dos respectivos estatutos, de um poder regulamentar geral, fruto da especial qualificação e autorictas derivada da legitimação técnica que se arrogam, ao abrigo do qual ficam autorizadas a elaborar regulamentos no âmbito das suas atribuições – que podem ser, além dos regulamentos de execução e complementares, regulamentos independentes. As ARI dispõem, desta forma, de lata margem de liberdade para emanar normas que contêm verdadeiro direito inicial, primário ou inovador, que acaba por constituir uma das principais fontes de direito do respectivo sector» (FERNANDA MAÇÃS, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58 (Julho/Agosto 2006), p. 38.

³⁸ PAULA COSTA E SILVA, *ob.cit.*, p. 556. Sobre esta questão quanto às *independent regulatory agencies* do sistema norte-americano, vide DOMINIQUE CUSTOS, “The rulemaking power of independent regulatory agencies”, in *The American Journal of Comparative Law*, Supl. V. 54 (2006), pp. 615-639.

³⁹ JOÃO MIRANDA, *ob.cit.*, p. 136.

⁴⁰ A expressão é de SUNSTEIN (“Nondelegation canons”, *University of Chicago Law Review*, 2000, p. 320) citado *apud* PEDRO GONÇALVES, *ob.cit.*, p. 40.

⁴¹ É essa, por exemplo, a posição de JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA (*ob.cit.*, pp. 161-163).

Na verdade, o princípio da precedência da lei (art. 112º, n.º 7 da CRP) determina a possibilidade de emissão de regulamentos independentes apenas com base numa lei prévia. Ora, no caso da ERSE, a lei habilitante (prévia) existe e é muito clara a este respeito: à ERSE compete emitir os regulamentos a que aludem os arts. 8º, n.º 1, alínea a) e 10º, alíneas a), f) e i) dos seus Estatutos e os arts. 67º, n.º 1 e 63º, n.º 1 dos citados Decretos-Leis n.ºs 172/2006 e 140/2006, respectivamente. E não se afigura sequer razoável invocar a este propósito a falta de título habilitante na CRP – que, aliás, prevê expressamente a criação legislativa de *entidades administrativas independentes* (art. 267º, n.º 3) – quando esta nem sequer tipifica formas e competências regulamentárias⁴².

Por outro lado, recorrendo às definições de regulamentos de execução ou complementares e de regulamentos independentes dadas por Marcello Caetano⁴³, não nos parece que os regulamentos emitidos pela ERSE quadrem bem com a definição atribuída a estes últimos. Com efeito, o próprio legislador refere-se, nuns casos, à definição de «*disposições gerais que fixam o objecto, o sentido e o alcance de um conjunto de regulamentos essenciais*» para o exercício das actividades reguladas (cfr. Preâmbulo do citado Decreto-Lei n.º 172/2006), noutros à emissão de regulamentos «*no respeito dos princípios estabelecidos*» na lei que estabelece as bases de organização do sector em questão (v.g. art. 8º, n.º 1, alínea a) dos Estatutos) e noutros ainda ao facto de os mesmos se preverem «*para efeitos de aplicação do presente decreto-lei*» (cfr. art. 54º do citado Decreto-Lei n.º 140/2006)⁴⁴. Deste modo, afigura-se-nos que os regulamentos emitidos pela ERSE nos sectores por si regulados se aproximam mais do conceito de regulamentos complementares ou de execução⁴⁵, posto que desenvolvem os “preceitos basilares” das respectivas leis habilitantes⁴⁶.

⁴² Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob.cit.*, sub art. 112º, n.º XXI : «*Não há tipicidade constitucional de formas e competências regulamentárias. Ambas são apenas as que a lei estabelecer, no respeito das normas constitucionais pertinentes*».

⁴³ Os regulamentos complementares ou de execução «*são elaborados e publicados em seguimento a uma lei e para assegurar a respectiva execução pelo desenvolvimento dos seus preceitos basilares*» ao passo que os regulamentos independentes «*não se propõem assegurar a execução de certa lei anterior; são elaborados no exercício de competência própria e para o desempenho das atribuições normais e permanentes da autoridade administrativa*» (MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª ed. (reimpressão), Coimbra, 2008, p. 99).

⁴⁵ Ou do conceito de «*règlements de mise en application de la loi*» das *autorités administratives indépendantes* do direito francês. Cfr., sobre o assunto, ARNAUD HAQUET, “Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes: Réflexions sur son objet et sa légitimité” in *Revue du Droit Public*, t. 142 - n.º 2 (Mar.-Avr. 2008), pp. 404-412.

⁴⁶ Para citar apenas um exemplo, no sector eléctrico o Regulamento de Acesso às Redes e às Interligações desenvolve, entre outros, o princípio basilar dos arts. 28º e 39º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, que impõe a obrigação dos operadores de redes (transporte e distribuição) proporcionarem aos *interessados*, de forma não discriminatória e transparente, o acesso às respectivas redes.

Isto posto, não podemos, todavia, deixar de acompanhar as preocupações dos Autores citados no que concerne à ampla margem de discricionariedade das ARI decorrente de alguma indeterminação de algumas das normas legais habilitantes, que, pouco mais fazendo do que delimitar a competência objectiva e subjectiva, conferem às ARI uma lata margem de liberdade na conformação do conteúdo das medidas regulamentares. No entanto, entendemos que esta situação se encontra de alguma forma mitigada pelo facto de a aprovação ou revisão de qualquer dos regulamentos em causa obedecer a ampla participação dos interessados⁴⁷, bem como pelo facto de em relação aos mesmos, quando ilegais, poderem ser accionados os mecanismos previstos na lei em geral, a saber, a impugnação de normas e declaração de ilegalidade (cfr. arts. 72º e ss. do CPTA)⁴⁸.

3.2. Poder de supervisão

Para além da produção de regras gerais e abstractas (regulamentos), as ARI também adoptam decisões individuais e concretas no âmbito do seu poder de supervisão, em especial de supervisão económica, ou seja, do «*controlo da actuação dos operadores económicos e dos mecanismos dos mercados*».⁴⁹

Também a ERSE não escapa à regra, e, compulsados os seus Estatutos, deparamo-nos com diversas prerrogativas próprias do poder de supervisão⁵⁰, a saber:

- a) Poderes de autorização: a ERSE é competente para conceder a autorização de adesão ao Sistema Eléctrico Não Vinculado aos clientes do Sistema Eléctrico Público que tenham apresentado o respectivo pedido (cfr. art. 10º, alínea e) dos Estatutos)⁵¹;
- b) Poderes de aprovação: homologação de tarifas e preços (cfr. art. 10º, n.º1, alíneas a), d), e) e f) dos Estatutos);
- c) Prerrogativas de inspecção e de investigação: investigação das queixas e reclamações dos consumidores que lhe sejam apresentadas ou submetidas às entidades concessionárias ou licenciadas (desde que se enquadrem no âmbito das suas competências) e inspecção dos registos dessas queixas e reclamações preservados por

⁴⁷ Cfr. art. 23º. n.ºs 1 a 3 dos Estatutos.

⁴⁸ Cfr., sobre esta impugnação contenciosa, FERNANDA MAÇÃS, *ob.cit.*, *loc.cit.* .

⁴⁹ JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *ob.cit.*, p. 165.

⁵⁰ Adoptamos aqui um conceito amplo de supervisão compreendendo as técnicas de controlo preventivo (através da autorização, fiscalização e vigilância) empregues na procura de um equilíbrio entre a liberdade de iniciativa económica e a prossecução do interesse público. Para maiores desenvolvimentos, *vide* FERNANDA MAÇÃS, *ob.cit.*, p. 25 e a bibliografia aí citada.

⁵¹ No que concerne às concessões e licenças de serviço público, a decisão compete ao Governo, ainda que com base em parecer prévio, obrigatório e não vinculativo, da ERSE (cfr. art. 13º dos Estatutos).

estas últimas (cfr. art. 20º, n.ºs 1 e 2 dos Estatutos); promoção, por sua iniciativa ou a pedido do Ministro da Economia, de sindicâncias, inquéritos ou auditorias às entidades concessionárias ou licenciadas que tenham por objecto matérias que integrem o âmbito das suas competências (cfr. art. 22º dos Estatutos).

Ainda no âmbito das suas funções de monitorização da actividade dos operadores, cumpre destacar a equiparação dos funcionários da ERSE que desempenham actividades de fiscalização aos agentes de autoridade com a concessão de prerrogativas de tipo policial, designadamente a identificação, para posterior actuação, das entidades infractoras de leis e regulamentos sujeitos à fiscalização da ERSE e o direito de acesso às instalações eléctricas e de gás natural, assim como aos documentos e livros das entidades concessionárias ou licenciadas (art. 56º dos Estatutos).

Por último, importa salientar que, no âmbito destas prerrogativas de inspecção e de investigação, prevê-se no art. 6º dos Estatutos a obrigação das entidades concessionárias ou licenciadas e demais operadores de prestar à ERSE toda a cooperação por si solicitada para o cabal desempenho das suas funções, facultando-lhe, designadamente, informações e documentos⁵² no prazo máximo de 30 dias contados da sua solicitação (se outro prazo menor não for fundamentadamente fixado por motivos de urgência), sendo que a ERSE poderá proceder à divulgação da informação colhida, sem prejuízo de dever guardar sigilo quanto às informações que revelem segredo comercial, industrial ou relativo à propriedade intelectual.

Ora, são justamente estas prerrogativas de inspecção e investigação que poderão levantar maiores problemas na medida em o seu exercício poderá atentar contra posições jurídico-subjectivas das entidades reguladas, podendo implicar deveres de indemnização a cargo da ERSE⁵³.

Resumidamente, a doutrina invoca a este respeito que as prerrogativas de tipo policial *supra* referidas devem ser exercidas *proporcionalmente*, sob pena de se atentar, sem cobertura, «*contra a privacy das empresas, contra o seu bom nome e reputação e, até,*

⁵² Cfr. o elenco (exemplificativo) de tal acervo informativo e documental constante dos n.ºs 2 e 3 do referido art. 6º.

⁵³ Não cabe na economia do presente trabalho analisar a questão da responsabilidade civil das ARI. Sumariamente, dir-se-á apenas que, com fundamento no art. 22º da CRP e no disposto na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, as ARI podem ser responsabilizadas civilmente pelas suas acções ou omissões ilícitas e culposas que tenham sido causa adequada de danos na esfera jurídica das entidades reguladas. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *ob.cit.*, pp.166-173 e PEDRO DE ALBUQUERQUE/MARIA DE LURDES PEREIRA, “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação” in AA.VV., *Regulação e Concorrência*, Coimbra, 2005, pp. 243 e ss. .

contra a sua propriedade privada, no sentido do artigo 62º/1 da Constituição»⁵⁴. De igual modo, o poder de exigir informações e documentos acima descrito encontra-se limitado por um princípio de adequabilidade ao fim a que as mesmas se destinam. Tais informações não podem ser divulgadas, encontrando-se os agentes de inspecção que a elas acedem adstritos a um dever de sigilo. Contudo, como sublinha Pedro Gonçalves, «uma vez obtidas pelas entidades reguladoras, as informações passam a ser “informações administrativas”, abrangidas, por conseguinte, pelo “direito à informação”», mas, adianta o Autor, «os dados relativos a segredo comercial ou industrial ou de outra natureza (cf. artigo 62º, n.º1 do Código de Procedimento Administrativo) não podem ser divulgados e ficam, por isso, excluídos do âmbito do direito»⁵⁵.

3.3. Poder sancionatório e de resolução de litígios

Em caso de incumprimento do quadro regulatório, as ARI dispõem, em geral, do poder de aplicar sanções, constituindo o poder sancionatório um prolongamento das prerrogativas e faculdades que integram o seu poder de supervisão.

De entre os meios sancionatórios ao dispor das ARI, destacam-se as coimas, de natureza pecuniária, e as sanções acessórias, incluindo estas medidas diversas, tais como o encerramento de estabelecimentos, a revogação de autorizações, a suspensão de alvarás e licenças, entre outras.

Na aplicação das sanções, as ARI devem actuar dentro dos parâmetros constitucionais, o que implica que deverão agir com total respeito pelos princípios processuais estruturantes (*maxime*, os princípios da imparcialidade e do contraditório), havendo, como é óbvio, possibilidade de recurso jurisdicional das suas decisões.

Para além do poder sancionatório, gozam ainda as ARI, em geral, de poderes de resolução e composição de litígios, havendo, por isso, alguma doutrina que fala na sua natureza parajudicial⁵⁶. No quadro regulatório dos vários sectores, observa-se, nesta sede, uma certa preferência pela arbitragem como forma de resolução de litígios, quer facultando às partes remeterem a resolução dos seus diferendos para a arbitragem, quer incumbindo a entidade reguladora de fomentar este meio de composição. Outras vezes, a resolução dos

⁵⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuação de inspecção” in *Regulação e Concorrência cit.*, p. 155.

⁵⁵ PEDRO GONÇALVES, *ob.cit.*, p. 51, nota (140). Cfr., no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo-Sul, de 21 de Dezembro de 2005, disponível em www.dgsi.pt, proc.01169/05.

⁵⁶ Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública cit.*, p.37.

diferendos deve ser obrigatoriamente efectuada através da arbitragem e, por último, casos há também em que a própria ARI funciona como árbitro⁵⁷.

Feitas estas considerações gerais, vejamos agora se assistem estes poderes à ERSE no quadro regulatório do sector energético, de que faculdades dispõe no exercício dos mesmos, bem como que eventuais questões suscita o seu exercício pela entidade reguladora aqui em apreço.

3.3.1. Ausência de poder sancionatório da ERSE no quadro regulatório vigente.

Nos termos dos seus Estatutos, a ERSE dispõe de competências para processar contra-ordenações e aplicar determinadas coimas e sanções acessórias nos sectores da electricidade e do gás natural (cfr. n.ºs 1 dos arts. 11º a 18º).

Compete-lhe, ainda, em ambos os sectores, propor à Direcção-Geral de Energia e Geologia “DGEG”) a suspensão da licença sempre que do julgamento de um processo contra-ordenacional da sua competência entenda haver lugar para aplicação dessa sanção (cfr. n.ºs 2 do citado art. 11º e alínea b) do n.º 2 do citado art. 18º), bem como – apenas no que toca ao sector do gás natural – propor ao Governo a aplicação das sanções previstas nos contratos de concessão ou nas licenças, e ainda a punição das infracções às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão não caibam à ERSE (cfr. alínea a) do n.º 2 do art. 18º).

Não obstante o disposto nos respectivos Estatutos, o certo é que a ERSE, no que concerne ao exercício do poder sancionatório, padece actualmente de enormes limitações.

Desde logo, no sector do gás natural o poder sancionatório da ERSE é, desde a entrada em vigor dos seus Estatutos, inexistente. Com efeito, o citado art. 18º dos Estatutos, ao prever a possibilidade de aplicação de coimas e sanções acessórias remete, no seu n.º 1, para os Decretos-Leis n.ºs 183/95, 184/95 e 185/95, todos de 27 de Julho. Ora, estes diplomas legais dizem exclusivamente respeito ao sector eléctrico (respectivamente à actividade de produção, distribuição e transporte de energia eléctrica), pelo que são os próprios Estatutos que inviabilizam *ab initio* o exercício do poder sancionatório da ERSE no sector do gás natural⁵⁸.

⁵⁷ Para uma panorâmica geral do quadro regulatório dos vários sectores em matéria de resolução de litígios, cfr., por todos, FERNANDA MAÇÃS, *ob.cit.*, pp. 44 e ss. .

⁵⁸ *Vide*, a este respeito, o Relatório de Auditoria n.º 21/2007 do Tribunal de Contas (Auditoria à Regulação do Sector Energético), disponível para consulta em www.tcontas.pt, segundo o qual tal erro legislativo, nunca corrigido, inviabiliza o exercício do poder sancionatório da ERSE, o que constituirá uma clara barreira a uma regulação eficaz (p.45). Cfr., igualmente nesse sentido, GONÇALO ANASTÁCIO, *ob.cit.*, p. 325, nota 56.

Mas, relativamente ao sector da electricidade, o panorama actual não é distinto. Com efeito, no exercício do seu poder sancionatório, competia à ERSE, *ex vi* n.º 1 do art. 11º dos Estatutos, processar contra-ordenações e aplicar determinadas coimas e sanções acessórias a infracções previstas e punidas em diversas disposições dos citados Decretos-Leis n.ºs 183/95, 184/95 e 185/95 (*v.g.*, inobervância das regras de relacionamento comercial aplicáveis às actividades, não envio à DGEG ou à ERSE de informação requerida no âmbito de competências destas últimas, interdição ou dificultação do acesso da fiscalização dessas entidades às instalações ou documentos respeitantes ao exercício da actividade, etc.). Porém, tais diplomas legais foram expressamente revogados pelo já citado Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto (cfr. a norma revogatória constante do seu art. 79º), pelo que, a partir da publicação deste, deixou de existir qualquer regime sancionatório em sede de regulação do sector eléctrico. Ora, se no quadro legal vigente até Agosto de 2006, o regime sancionatório era já marcado pela baixa capacidade de dissuasão, uma vez que os montantes das coimas aplicáveis eram relativamente baixos (no máximo de cerca de € 30.000,00), a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 172/2006 a situação agravou-se, uma vez que – de acordo com o relatado pela ERSE ao Tribunal de Contas – o anterior regime «*foi revogado e, em sua substituição, ainda não aprovado outro regime sancionatório*»⁵⁹.

Nestes termos, é a própria ERSE que tem vindo a alertar para que a falta de base legal para o seu poder sancionatório, cuja definição foi remetida pelos Decretos-Leis n.º 31/2006, de 15 de Fevereiro, e 172/2006, de 23 de Agosto, para legislação complementar, constitui actualmente um claro obstáculo à eficácia da regulação, nomeadamente nos campos de acesso às infra-estruturas, do relacionamento comercial e da aplicação tarifária, clamando por um regime sancionatório eficiente, cujas coimas sejam «*proporcionais à importância das empresas do sector e das actividades que o integram*»⁶⁰.

No plano do direito a constituir, e contra as reservas manifestadas por algumas vezes muito autorizadas⁶¹, entendemos que o exercício de prerrogativas sancionatórias por parte das ARI não compromete o equilíbrio institucional visado pelo princípio da separação de poderes, pois, para além da tecnicidade das matérias reguladas e da celeridade

⁵⁹ Cfr. o citado Relatório de Auditoria n.º 21/2007 do Tribunal de Contas, *loc.cit.* .

⁶⁰ Pode ler-se no seu próprio sítio (www.erse.pt) : «*A ERSE tem uma competência sancionatória, nos termos dos seus Estatutos. No entanto, sem prejuízo de poder exercer esta competência em situações especificadas na lei (práticas comerciais desleais e livro de reclamações), a ERSE não dispõe actualmente de regime jurídico sancionatório próprio cuja aprovação já foi reclamada junto do Governo*».

⁶¹ Cfr. PAULA COSTA E SILVA, *ob.cit.*, pp. 556-561 e JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Boas intenções, maus resultados: Notas soltas sobre a investigação e processo na supervisão financeira” *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60 (2000), I, pp. 76-77.

exigida na resolução das questões, afigura-se-nos que as garantias legais de cumprimento dos direitos de defesa e o facto de estar sempre assegurado o recurso jurisdicional das decisões das ARI (cfr. art. 61º, alínea d) do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro) acautelam, como refere João Nuno Calvão da Silva, «o equilíbrio entre centros de poder»⁶². No entanto, seria importante que o legislador, ao rever os Estatutos da ERSE ou ao definir legislação complementar em sede de regime sancionatório desta, não viesse permitir que a entidade reguladora se pautasse por critérios decisórios diversos daqueles por que se pauta a actuação dos tribunais, uma vez que está em causa o exercício de funções (para)-jurisdicionais. A admitir-se o contrário, *abrir-se-ia a porta* para o órgão administrativo se poder vir a reger por critérios de oportunidade (como é próprio da actividade administrativa), o que dificultaria ao tribunal - senão mesmo inviabilizaria - controlar o mérito da decisão da entidade reguladora⁶³.

3.3.2. A resolução de litígios

Nos termos do disposto na alínea i) do n.º 1 do art. 3º dos Estatutos, compete à ERSE «*arbitrar e resolver os litígios que surjam no âmbito da electricidade e do gás natural, nos termos definidos na lei*».

A actividade de resolução de litígios por parte da ERSE processa-se através da mediação, da conciliação e da arbitragem voluntária de litígios.

Quanto à mediação e conciliação, nos termos dos Regulamentos que disciplinam a matéria da resolução de conflitos⁶⁴, os interessados (sejam eles empresas reguladas ou consumidores) podem solicitar a apreciação pela ERSE de quaisquer reclamações por si apresentadas junto das entidades do Sistema Eléctrico Nacional ou do Sistema Nacional de Gás Natural com quem se relacionam contratual ou comercialmente, caso estas não respondam, oportuna e fundamentadamente, a tais reclamações ou as respostas não resolvam satisfatoriamente a reclamação apresentada. Nesse âmbito, a ERSE recorre normalmente à mediação e à conciliação, enquanto procedimentos voluntários de resolução extrajudicial de litígios, cujas decisões são da responsabilidade das partes em litígio, na

⁶² JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *ob.cit.*, p.173, nota 468.

⁶³ Como anota PAULA COSTA E SILVA, *ob.cit.*, p. 560, há exemplos no nosso sistema de «*fuga ao critério da legalidade estrita da decisão, por vezes fundados num alegado interesse público*». Cfr., por exemplo, os arts. 413º a 415º do Código dos Valores Mobiliários, segundo os quais o procedimento sancionatório está sujeito a critérios de oportunidade.

⁶⁴ Cfr., quanto sector eléctrico, os arts. 51º a 53º do Regulamento de Operação das Redes, os arts. 45º a 47º do Regulamento de Acesso às Redes e às Interligações e os arts. 264º a 266º do Regulamento de Relações Comerciais do Sector Eléctrico e, quanto ao sector do gás natural, os arts. 38º a 40º do Regulamento de Operação das Infra-Estruturas, os arts. 49º a 51º do Regulamento de Acesso às Redes, às Infra-Estruturas e às Interligações e os arts. 222º a 224º do Regulamento de Relações Comerciais do Sector do Gás Natural.

medida em que a solução do conflito não é imposta pela ERSE. Através da mediação e conciliação, a ERSE pode, respectivamente, recomendar a resolução do conflito ou sugerir às partes que encontrem de comum acordo uma solução para o conflito, sendo que as regras e procedimentos aplicáveis nesses casos são as que constam do Regulamento de Mediação e Conciliação de Conflitos⁶⁵. Trata-se, no fundo, de funções semelhantes à de um *amicus curiae*⁶⁶, o que bem se compreende em função da complexidade técnica das matérias envolvidas.

No que respeita à arbitragem voluntária, a disciplina comum dos Regulamentos que a prevêm determina que quaisquer litígios emergentes do relacionamento comercial e contratual entre as empresas reguladas, e entre estas e os consumidores, podem ser resolvidos com recurso à arbitragem voluntária, podendo, para o efeito, as entidades reguladas que intervêm no relacionamento comercial no âmbito do Sistema Eléctrico Nacional ou do Sistema Nacional de Gás Natural propor aos seus clientes a inclusão nos respectivos contratos de uma cláusula compromissória para a resolução dos litígios emergentes da interpretação, execução ou integração dos mesmos, sendo aplicável, dada a inexistência de centros de arbitragem criados pela ERSE, o disposto na lei geral (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto) quanto ao processo arbitral assim desencadeado.

A atribuição *ex lege* de um poder de composição de litígios à ERSE suscita a questão da constitucionalidade dessa solução, bem como a da natureza dessa actividade, em termos que, contudo, não se afastam do debate que a doutrina promove a respeito do poder de resolução de litígios das ARI em geral.

A primeira questão que se coloca a este respeito é a da chamada *reserva de jurisdição* e traduz-se em saber se os tribunais têm o exclusivo do exercício de funções jurisdicionais ou se estas poderão ser desempenhadas por outras instâncias de composição de conflitos, questão que, como é bom de ver, assume particular relevância em relação às ARI que, como sucede no caso da ERSE, gozam, em geral, de poderes de resolução de litígios.

Sumariamente, e aderindo à opinião da doutrina dominante⁶⁷, entendemos inexistir um monopólio jurisdicional dos tribunais, salvo nos casos expressamente previstos na CRP «e desde que a estes seja sempre assegurada a palavra final sobre a questão dirimida»⁶⁸,

⁶⁵ Aprovado pela ERSE através do Despacho n.º 22674-A/2002, de 22 de Outubro.

⁶⁶ Cfr., neste sentido, ROMAIN GODET, “La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun: l'exemple des autorités de marché” in *Revue Française de Droit Administratif*, t.18. n.º 5 (Sept.-Oct. 2002), pp. 957-967, em especial pp. 966-967.

⁶⁷ Por exemplo, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *ob.cit.*, pp. 176-177 e GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 793.

⁶⁸ JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *ob.cit.*, p. 176.

pelo que, estando garantido o recurso para os tribunais das decisões das ARI⁶⁹, e contanto que não se invada o núcleo da função jurisdicional constitucionalmente traçado, não vemos porque não concluir pela admissibilidade da atribuição de poderes de composição de litígios às ARI.

No que concerne à natureza da actividade em causa, e igualmente de acordo com a doutrina mais avisada⁷⁰, entendemos que sempre que na resolução de conflitos entre particulares ou entre particulares e a ARI esteja presente um específico interesse público que não o da mera prossecução da justiça, a resolução do litígio traduzir-se-á num *acto administrativo de resolução de conflitos*⁷¹ recorrível para os tribunais administrativos. Pelo contrário, se a intervenção das ARI não prossegue qualquer interesse público específico, antes visando a realização desinteressada da justiça, estaremos perante o exercício da função jurisdicional, consubstanciando-se a actividade das ARI numa *decisão arbitral* recorrível para os tribunais judiciais⁷².

4. Reflexões finais

Os principais fundamentos da regulação económica radicam na necessidade de corrigir as falhas do mercado decorrentes da existência de externalidades, poder de mercado, monopólios naturais e informação imperfeita ou assimétrica⁷³. No caso concreto do sector energético, podemos identificar ainda outros factores que justificam a regulação sectorial, tais como a garantia de fornecimento, a protecção dos consumidores mais vulneráveis e o respeito pelas obrigações de serviço público.

A regulação exercida através de ARI convoca múltiplos problemas jurídicos que, como tal, devem ser equacionados, sendo a conformação das suas competências e, em particular, a sua articulação com o texto constitucional o principal deles.

No entanto, num sector onde confluem o domínio de operadores históricos - com fortes ligações ao Estado e presentes nas diversas actividades dos sectores da electricidade e do gás natural - com os movimentos de liberalização dos mercados - com marcos impostos

⁶⁹ Cfr., no caso da ERSE, o n.º 1 do art. 61º dos Estatutos.

⁷⁰ FERNANDA MAÇÃS, *ob.cit.*, pp.44-47 e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, 2005, pp. 546-548.

⁷¹ São «*actos administrativos de natureza verificativa por cujo intermédio um órgão administrativo decide um conflito jurídico entre terceiros*» (PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas ... cit.*, p. 548).

⁷² Refere PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...cit.*, p. 548: «*Apesar de não estar envolvido qualquer interesse público administrativo - há, portanto, aí o desempenho de uma função jurisdicional - a reserva de jurisdição não é perturbada, pois que a Administração não exerce, in casu, a função jurisdicional estadual*».

⁷³ Cfr. VÍTOR SANTOS, “El papel del regulador. Independencia y cooperación con las instituciones” in COMISSION NACIONAL DE ENERGÍA, *Energía y Regulación en Iberoamérica*, Madrid, 2008, pp. 396-397.

pelas directivas comunitárias com o fito de incrementar a eficiência dos mercados através de um aumento da concorrência -, a ERSE, enquanto autoridade reguladora do sector, desempenha um papel fundamental.

Assim, sem prejuízo da necessidade de assegurar que a sua actividade se desenvolve dentro dos parâmetros constitucionais, urge imprimir maior eficácia à regulação do sector energético por si promovida, eliminando alguns obstáculos com que actualmente ainda se confronta no exercício das suas competências. Neste particular, salientam-se, como vimos, a actual ausência de um regime sancionatório próprio – situação que perdura, pelo menos, desde Agosto de 2006 – e a sujeição ao regime de integração no Orçamento de Estado, a qual limita substancialmente a independência da ERSE por aplicação de um regime financeiro dependente de autorizações governamentais (dos Ministérios da Economia e da Inovação e das Finanças). □

I N F O R M A Ç Õ E S

i) Decisões e actos de reguladores

BANCO DE PORTUGAL (www.bportugal.pt)

- Boletim Oficial do Banco de Portugal (BP), cujo conteúdo é composto por Instruções do BP, Avisos do BP publicados em Diário da República, Cartas Circuladas emitidas pelo BP e Informações;
- Boletins Estatísticos do Banco de Portugal;
- Publicação de Avisos do Banco de Portugal sobre Depósitos Bancários;
- Indicadores de Conjuntura do Banco de Portugal.

ERC (www.erc.pt)

- Directiva 1/2009, relativa à difusão de materiais publicitários através da imprensa, a qual é aplicável às publicações periódicas, doutrinárias e informativas, de informação geral e especializada;
- Deliberação no processo relativo à Queixa de Ilda Figueiredo, Vereadora da Câmara Municipal de Gaia contra o Boletim Gaia Informação Municipal, o site institucional da Câmara de Gaia e o Portal Gaia Global em que o Conselho Regulador instou a Câmara de Gaia a cumprir as regras da Directiva 1/2008, relativa à observância das regras do pluralismo, em especial ao nível dos conteúdos noticiosos publicados;

- Deliberação no processo relativo à Queixa de Carlos Tavares, Presidente da CMVM contra o Diário Económico em que o Conselho Regulador determinou a republicação do texto de direito de resposta com uma nota de chamada na primeira página, com o mesmo relevo e apresentação do escrito respondido, de uma só vez, sem interpolações nem interrupções, devendo o texto ser precedido da indicação de que se trata de direito de resposta e acompanhado da menção de que a publicação é efectuada por efeito de deliberação do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social;
- Deliberação a reprovar a conduta do serviço de Programas da RTP1, nomeadamente do serviço público de televisão, por o entendimento seguido quanto à classificação de publicidade institucional poder violar as regras da concorrência;
- Deliberação no sentido da sensibilização da SIC a observar os deveres de isenção e de rigor jornalísticos na cobertura informativa de campanhas eleitorais, aqui se incluindo, nomeadamente, o dever de demarcar claramente os factos da opinião na sequência de queixa apresentada por Carlos Guedes relativa a uma peça sobre a campanha às eleições europeias do Bloco de Esquerda;
- Comunicado da ERC sobre a notícia de que o Clube Desportivo Nacional da Madeira terá estabelecido novas regras respeitantes à cobertura informativa dos jogos a realizar no seu estádio em que a entidade torna pública a sua preocupação pelo possível e eventual desrespeito das disposições legais aplicáveis em matéria de protecção dos direitos dos jornalistas e, em última análise, do direito à informação; a urgência em consciencializar os responsáveis pela organização de espectáculos e, no caso vertente, o Clube Desportivo Nacional da Madeira, para a necessidade de ponderarem as suas decisões em conformidade com o quadro legal aplicável; a determinação clara em garantir os direitos legítimos referidos e postos em causa;
- Comunicado sobre a notícia de que a administração da Media Capital decidiu suspender o Jornal Nacional de Sexta em que o Conselho Regulador delibera, no âmbito das suas atribuições relativas à defesa do "livre exercício do direito à informação e à liberdade de imprensa" a imediata abertura, com carácter de urgência, de um processo de averiguações;
- Deliberação do Conselho Regulador a instar o jornal *O Jogo* ao cumprimento do disposto na Lei das Sondagens;
- Deliberação do Conselho Regulador referente a participações contra a série Rebelde Way exibida pela SIC em que a entidade considera que foram recolhidos

elementos suficientes para sustentar que a SIC violou o disposto no n.º 4 do artigo 27.º da Lei da Televisão, por ter transmitido conteúdos que são susceptíveis de influir negativamente na formação da personalidade de crianças e adolescentes

- Deliberação do Conselho Regulador a instar a RTP, na sequência da participação de Marina Rodrigues contra a RTP1 e o programa Praça da Alegria, a garantir na sua programação a observância de uma ética de antena, evitando, no futuro, fazer referências de natureza comercial susceptíveis de levar a confundir informação sobre produtos ou serviços com publicidade aos mesmos.

ANACOM (www.anacom.pt)

- Spectru - Boletim Mensal das Comunicações, últimas edições de 2009;
- Relatório com os resultados do inquérito ao consumo dos serviços de comunicações electrónicas em Portugal.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (www.concorrenca.pt)

- Comunicado 15/2009 a condenar as empresas do Grupo PT e do Grupo ZON por abuso de posição dominante;
- Comunicado 14/2009 nos termos do qual a Entidade recomenda notificação à Comissão Europeia de auxílios ao Jornal da Madeira.

ii) Relatórios e outros documentos

- Working paper: “A Simple Feasible Alternative Procedure to Estimate Models with High-Dimensional Fixed Effects (www.bportugal.pt);
- Working Paper: “ The Flexible Fourier Form and Local GLS- The trended Unit Root Tests (www.bportuga.pt);
- Working Paper: “ How Are Firms’Wages and Prices Linked: SurveyEvidence in Europe (www.bportugal.pt);
- Relatório de Regulação de 2008 (www.erc.pt);
- Estudo comparativo dos preços dos serviços postais entre os países da União Europeia (www.anacom.pt);
- The Broadband Adoption Index: Improving Measurements and Comparisons of Broadband Deployment and Adoption - Phoenix Center for Advanced Legal and Economic Public Policy Studies - Estudo no âmbito de um projecto de investigação científica no domínio da banda larga, designadamente no que se refere aos índices de medição da penetração da banda larga (www.anacom.pt);

- Vertical functional separation in the electronic communications sector - What are its implications for the Portuguese market? - Análise abrangente da separação vertical funcional no sector das comunicações electrónicas em Portugal (www.anacom.pt). □