

# REVISTA



## da Ordem dos Advogados

---

“EDITORIAL” Pág. 5

“DISCURSO DA ABERTURA SOLENE DO ANO JUDICIAL PELO BASTONÁRIO” por António Marinho e Pinto: Pág. 7

### Doutrina

Paulo Pitta e Cunha: “O EURO E A CRISE DAS DÍVIDAS SOBERANAS” Pág. 19

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “A CONVENÇÃO DO CABO E O PROTOCOLO SOBRE EQUIPAMENTO AERONÁUTICO. REGISTO INTERNACIONAL DE AERONAVES” Pág. 35

Carlos Pinto de Abreu: “EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS COM VIGILÂNCIA ELECTRÓNICA” Pág. 49

Jorge A. F. Godinho: “SOBRE A PUNIBILIDADE DO AUTOR DE UM CRIME PELO BRANQUEAMENTO DAS VANTAGENS DELE RESULTANTES” Pág. 71

Tiago Viana Barra: “A RESPONSABILIDADE CIVIL ADMINISTRATIVA DO ESTADO” Pág. 111

Diogo Vaz Marecos: “AS MODALIDADES DE CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO” Pág. 207

### Jurisprudência Crítica

Luís Manuel Teles de Menezes: “ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 399/10 — PROCESSOS N.ºs 523 E 524/10” Pág. 239

## Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer n.º 12/PP/2009-G: “*Seguro de Responsabilidade Cível Profissional*”  
Pág. 393
- Parecer N.º 252/ 2010 — CS/R: “*Infracções Disciplinares — Pena de Multa*”  
Pág. 311

## Vida Interna

- Regulamento Nacional de Estágio — Deliberação n.º 333-A/2009 Pág. 321
- Regulamento de Recrutamento, Selecção e Contratação de Formadores  
n.º 743/2010 OA (2.ª série), de 19 de Julho de 2010 Pág. 357
- Regulamento Disciplinar n.º 873/2010 Pág. 365

# REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS

ISSN 0870-8118

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

*Director*

Bastonário António Marinho e Pinto

*Sub-Director*

Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

*Comissão de Redacção*

Dr. Fernão Fernandes Thomaz	Prof. Doutor Diogo Leite de Campos
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão	Prof. Doutor Fausto de Quadros
Prof. Doutor José Sérvulo Correia	Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha
Dr. José Osvaldo Gomes	Dr. Rui Chancerelle de Machete
Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa	Bastonário Mário Raposo

Prof. Doutor Germano Marques da Silva

Dr. Alberto Luís

D.<sup>ra</sup> Carla Morgado

*Secretária*

Fátima Maciel

*Delegado do Conselho Geral*

Dr. João Loff Barreto

*Correcção*

D.<sup>ra</sup> Isabel Cambezes

Propriedade da Ordem dos Advogados

Edição da Ordem dos Advogados

*Redacção e Administração:*

Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-060 Lisboa — Portugal

*Composição*

AGuerra, Viseu

*Impressão*

Depósito Legal: 124011/98

N.º de Registo na ERC: 124904

Tiragem: 13 500 exemplares

# REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 70  
2 0 1 1



---

L I S B O A



## EDITORIAL 2011

A *Revista da Ordem dos Advogados* adquiriu, ao longo dos seus 70 anos de existência uma posição ímpar no panorama das revistas jurídicas portuguesas. Nesta altura inicia uma nova fase, com o alargamento da sua comissão de redacção, que se pretende que possa permitir a sua publicação por forma cada vez mais regular, desejavelmente ao ritmo de um exemplar por trimestre. Efectivamente, a evolução vertiginosa que tem sofrido o nosso Direito implica que os advogados estejam em condições de responder com estudos científicos actualizados sobre as modificações legislativas, sendo a *Revista da Ordem dos Advogados* o instrumento privilegiado para a obtenção desse desiderato.

As reformas legislativas devem ser precedidas de grande preparação e aturado estudo antes mesmo de serem anunciadas. Devem ser depois sujeitas a um longo período de discussão pública, com audição efectiva dos que por elas são afectados. E finalmente, depois de recolhidos os vários contributos, devem ser aprovadas com uma *vacatio legis* adequada, em ordem a permitir que os profissionais do direito se preparem para a sua aplicação.

Ora, o que se tem verificado nos últimos tempos tem sido exactamente o contrário deste modelo. As reformas legislativas surgem assumidamente mal preparadas, qualificando-as por vezes mesmo o próprio legislador como “experimentais”, parecendo querer assim transformar os profissionais do direito e os próprios cidadãos em “cobaias” das suas experiências. E talvez por esse motivo lança-as imediatamente, com uma *vacatio legis* muito reduzida, obrigando os profissionais por ela surpreendidos à sua aplicação imediata. Quando o resultado é péssimo, como naturalmente seria

de esperar, as reformas são sujeitas a revisões sucessivas, que por vezes surgem em curto espaço de tempo, lançando ainda maior perturbação na sua aplicação.

É por isso que a *Revista* deve assumir-se como o instrumento privilegiado dos advogados para a ponderação e análise rigorosa das diversas reformas legislativas, contribuindo desde o início para a sua discussão pública e para a avaliação constante dos resultados que a sua aplicação está a produzir.

Esta tarefa é tanto mais importante, quando se verifica que a crise económica que nos atinge se encontra a pôr à prova todas as nossas instituições jurídicas. E esta é uma crise que não vai durar apenas alguns anos, podendo criar uma nova realidade global diferente daquela em que até agora temos vivido, e seguramente muito pior para todos. Em termos jurídicos, esta crise ameaça pôr em causa regras que tínhamos por absolutamente consolidadas na nossa ordem jurídica, como a não retroactividade das leis fiscais, a irredutibilidade dos salários dos trabalhadores ou o direito às pensões de reforma. Os advogados vão ser assim cada vez mais chamados a defender os direitos dos cidadãos atingidos por essas medidas, pelo que a *Revista* terá que assumir o desafio de lançar esses debates.

Para essa ingente tarefa é necessário naturalmente o contributo de todos os colegas, que a *Revista* desde já solicita. O nosso compromisso é o de que a *Revista* assuma definitivamente o seu cariz trimestral, pelo que a mesma está aberta aos artigos de doutrina e anotações jurisprudenciais que os advogados pretendam nela publicar.

*A Comissão*



## DISCURSO DO BASTONÁRIO NA ABERTURA DO ANO JUDICIAL 2011

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Ministro da Justiça  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Procurador-Geral da República  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Cardeal Patriarca de Lisboa  
Ex.<sup>mos</sup> Convidados  
Ex.<sup>mos</sup> Magistrados  
Caros Colegas

Fiz questão de proferir este discurso sem o colar correspondente ao cargo de Bastonário da Ordem dos Advogados porque quero com este gesto simples simbolizar a minha solidariedade para com os simples e anónimos Advogados que de norte a sul do país, contra ventos e marés, defendem os direitos e os interesses legítimos dos cidadãos, dignificam o estado de direito e prestigiam a justiça e os tribunais de que, aliás, são um elemento essencial.

Por isso quem, nesta circunstância vos fala não é já o *primus inter pares* mas tão só mais um desses simples Advogados, munido apenas com a grande insígnia da Advocacia portuguesa que é esta Toga que tanto me honra e que eu sempre procurei honrar com a minha actividade profissional.

E, assim, legitimado apenas com a honradez desta velha Toga, quem vos fala agora é o Advogado anónimo que durante um ou mais anos patrocinou em tribunal um cidadão sem recursos para

contratar um Advogado e cujo processo terminou em Outubro de 2010, mas que até hoje ainda não recebeu os 200 ou 300 euros correspondentes aos honorários que o estado se obrigara, por lei, a pagar-lhe até ao final de Novembro desse ano.

Quem vos fala é, pois, o Advogado que no âmbito do sistema de apoio judiciário realiza uma dimensão fundamental do Estado de Direito Democrático, mas a quem o estado português falta sistematicamente ao respeito, pois não cumpre para com ele os compromissos ínsitos nas leis que o próprio estado elaborou.

Note-se que vos falo dos processos que foram concluídos em Outubro, Novembro e Dezembro de 2010 e ainda em Janeiro de 2011, e cujos honorários o estado, violando a sua própria lei, até hoje ainda não pagou, apesar de, sistematicamente, ter sido instado a fazê-lo pela Ordem dos Advogados e por mim próprio.

Sublinhe-se ainda que falo de situações em que muitos Advogados adiantaram verbas do seus próprios bolsos para custear as despesas desses processos, verbas essas que o estado até hoje também ainda não reembolsou.

Mesmo assim, posso garantir aos cidadãos mais desfavorecidos deste país que os Advogados continuarão a patrociná-los e a defender os seus direitos e interesses legítimos.

Ao contrário de outros, os Advogados não colocam os seus interesses acima dos interesses das pessoas que patrocinam, bem pelo contrário.

Os Advogados portugueses não se movem por interesses egoístas — sindicais, profissionais ou corporativos —, mas unicamente pelos interesses legítimos dos seus constituintes ou patrocinados.

Perante Vossas Excelências — as mais altas figuras do estado português —, eu proclamo bem alto e com muito orgulho a dignidade e honradez da Advocacia portuguesa.

Os portugueses podem, pois, continuar a confiar nos Advogados, porque eles honram os seus compromissos perante os cidadãos, mas, lamentavelmente, e com muita mágoa o faço, não posso, por imperativo de consciência, dizer o mesmo do estado.

Mas não é só em nome dos Advogados que prestam apoio judiciário que ora falo.

Nesta circunstância, eu sou também aquela Advogada que, por motivo de parto, solicitou o adiamento de um julgamento numa comarca da Grande Lisboa, mas a quem o juiz, violando ostensivamente a legalidade, recusou esse adiamento porque entende que a lei expressamente publicada para esse efeito, não se aplica às Advogadas no âmbito do apoio judiciário.

Ou seja, para esse juiz as Advogadas que prestam patrocínio no âmbito do sistema de acesso ao direito não têm direito à maternidade como as restantes colegas, apesar de ainda há pouco tempo ter sido publicada uma lei bem clara a esse respeito.

Falo também em nome daqueles Advogados a quem juízes prepotentes e arrogantes recusam o acesso às actas das audiências de julgamento, inclusive para exercerem o direito de protesto.

Faço-o ainda em nome dos Advogados que são condenados por juízes — indignos do nome e da função — em taxas de justiça como se fossem partes no processo e não mandatários destas.

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Ministro da Justiça

Sem o colar de Bastonário e apenas com a força moral desta velha Toga, eu exerço aqui e agora, como simples Advogado, o meu direito de protesto contra a falta de respeito do estado para com os Advogados que prestam patrocínio officioso, consubstanciada na falta de pagamento dos parcos honorários que lhes são devidos há vários meses.

Exerço o meu direito de protesto contra o afastamento dos cidadãos dos tribunais, quer devido às usurárias custas judiciais que lhes são exigidas, quer pela remessa dos litígios para instâncias não soberanas, tais como, conservatórias, cartórios notariais, centros privados de mediação ou de arbitragem ou ainda os chamados julgados de paz.

O Estado tem o dever de administrar soberanamente a justiça e não pode recusar-se a fazê-lo e obrigar as partes em litígio a fazerem as pazes.

A justiça cível tem de ser administrada nos tribunais por Juizes e Advogados independentes e não fora deles por funcionários e burocratas.

O processo de desjudicialização da justiça já chegou a esta situação aberrante: o estado, através dos órgãos de soberania que são os tribunais, declara solenemente o direito de um cidadão ou de uma empresa e entrega-lhe a sentença que titula esse direito.

Todavia, em seguida manda-o procurar um profissional privado para que ele execute essa sentença.

O estado entrega a privados a execução das suas próprias decisões soberanas.

As decisões soberanas do estado, em matéria de justiça de cível, já não executadas pelos tribunais, mas sim por profissionais liberais muitos dos quais não possuem as necessárias qualificações jurídicas, pois nem sequer são licenciados em direito.

É imperioso que se ponha cobro à privatização do processo executivo e se proceda rapidamente à sua rejudicialização.

A acção executiva tem de voltar a ser tramitada nos tribunais sob a direcção de um juiz como aconteceu ao longo de séculos.

O mesmo se diga em relação ao processo de inventário, ou seja, ao processo judicial que maior densidade litigiosa comporta.

Quando os herdeiros estão de acordo nas partilhas das heranças, não há problemas nenhuns nem são precisos tribunais, nem magistrados, nem Advogados.

Porém, quando eles se não entendem, então são necessárias, mais do que em qualquer outro processo, a autoridade soberana dos tribunais e dos juizes para a boa administração da justiça e para a pacificação social.

O processo de desjudicialização da justiça impulsionado por reivindicações sindicais das magistraturas e pelo economicismo dos sucessivos governos, constitui um perigoso retrocesso civilizacional que ameaça os alicerces do próprio estado de direito e acarretará graves consequências para a paz social.

A desjudicialização da justiça tem duas consequências imediatas, qual delas a mais perversa: por um lado premeia os que têm contas a prestar à justiça e incentiva-os a prosseguir as condutas anti-jurídicas.

Mas, por outro lado, faz com que aqueles que procuram justiça desesperem e muitos deles acabem, não raro, tentados a fazê-la pelas suas próprias mãos.

É o que tem estado a acontecer, cada vez com mais frequência, um pouco por todo o país.

Ainda recentemente contabilizei através da comunicação social mais de uma dezena de pessoas presas por fazerem justiça pelas próprias mãos, sobretudo no domínio da cobrança de dívidas.

Quando os cidadãos não podem recorrer aos tribunais para resolverem os seus diferendos, quando o estado se demite de fazer justiça, outros a farão, com as consequências que todos temos o dever o conhecer.

Como é que poderá haver paz social numa sociedade onde os cidadãos e as empresas são impedidos de resolverem os seus diferendos nos tribunais porque não dispõem de recursos económicos para pagar as elevadas custas judiciais que lhes são exigidas ou então porque os próprios tribunais já não são os locais próprios para desempenhar essa função?

Que saúde poderá ter a economia de um país onde as empresas e os comerciantes não podem cobrar os seus créditos nos tribunais e onde há magistrados que apelidam os processos de cobranças de dívidas como lixo processual?

Hoje, a principal preocupação do estado, neste domínio, já não é a administração da justiça e a pacificação social que tal acarreta, mas sim pacificar os próprios tribunais e os magistrados.

«Aliviar» os tribunais, «descongestionar» os tribunais tornou-se o principal objectivo do estado na área da justiça, objectivo esse que é conseguido sempre á custa dos cidadãos e das empresas.

O estado português já não é capaz de cumprir um dos fins mais importantes da nossa ordem jurídica que é a administração da justiça nos tribunais.

A vertigem da desjudicialização já atingiu tal ponto que se subverteu totalmente um dos paradigmas fundamentais do estado de direito, qual seja, o de as soluções para problemas jurídicos terem de estar vertidos em normas gerais, objectivas e abstractas.

Agora, em Portugal, deixa-se aos juízes a escolha sobre se querem ou não decidir este ou aquele processo.

Com efeito, o direito de recurso para o STJ, em processo civil, já não está estabelecido de forma abstracta e objectiva na lei, antes depende da vontade casuística dos juízes.

Também por isso, quem aqui vos fala é, mais uma vez, o simples Advogado que, ao fim de mais de 25 anos de Advocacia, não pode informar os seus clientes se as suas causas cíveis admitem ou não recurso para o STJ.

É o Advogado que não pode dizer aos seus constituintes qual o tribunal que irá decidir em última instância a sua causa, porque isso deixou de estar na lei para estar unicamente na cabeça dos juízes.

A força normativa da lei foi substituída pela vontade dos juízes.

A opção pela famigerada «dupla conforme» ignora a quantidade de decisões deste Supremo Tribunal que revogaram acórdãos dos tribunais das relações em conformidade com as decisões da primeira instância.

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Ministro da Justiça

Este é o quarto ano consecutivo que, por vontade dos Advogados portugueses, uso da palavra nesta solenidade.

Gostava, sinceramente, de poder proferir palavras elogiosas para o sistema judicial e para os magistrados portugueses, mas não.

Infelizmente, ainda não é desta vez. Bem, pelo contrário.

Que poderemos todos pensar de uma magistratura em cuja carreira se progride, agora, mais facilmente com graus académicos obtidos à pressa numa qualquer universidade do que com a qualidade das sentenças e das decisões proferidas nos tribunais?

Quase diariamente assistimos a intervenções de magistrados na comunicação social que em nada contribuem para a dignificação das suas funções nem para o prestígio e a respeitabilidade dos tribunais.

Que respeito se pode ter pelas magistraturas e pela justiça em geral quando há magistrados que desafiam, impunemente, a autoridade do próprio presidente deste Supremo Tribunal insita em deci-

sões jurisdicionais por ele proferidas no âmbito das suas competências legais?

É certo que os juízes não têm hierarquia, mas os tribunais têm. Os tribunais inferiores devem respeitar e cumprir as decisões dos tribunais superiores e não discuti-las ou desafiá-las em público.

Ora, se há juízes que se desautorizam uns aos outros, publicamente, que credibilidade poderão ter todos eles perante os cidadãos e a sociedade em geral, sobretudo quando facilmente se intui que essas divergências só aparentemente assentam em causas estritamente jurídicas?

Que pode o cidadão comum pensar da justiça e dos tribunais quando vemos magistrados a insurgirem-se publicamente contra as leis da República a que devem obediência e que, exemplarmente, deveriam ser os primeiros a respeitar, até porque têm o dever funcional de as aplicar?

Que poderemos pensar dos juízes portugueses no seu conjunto quando um deles, através de actos de pura chicana na comunicação social, devolve o equipamento que lhe fora entregue para o exercício das suas funções?

Que poderá o povo português pensar daqueles que em seu nome administram a justiça quando um juiz afirma à comunicação social que foi alvo de escutas telefónicas ilegais no âmbito das suas funções soberanas sem que nada aconteça?

É que, das duas uma: ou isso é verdade e então deveria, imediatamente, cair o Carmo e a Trindade ou isso não é verdade e então o juiz em causa deveria ser afastado das funções por irresponsabilidade.

Assobiar para o lado como todos estão fazer não é, seguramente, a melhor atitude.

Que respeito se poderá ter pela judicatura no seu conjunto quando alguns juízes atacam abertamente outros órgãos de soberania com recurso à mais imprópria linguagem política?

Que respeito poderemos ter por um juiz, ainda por cima de um tribunal superior, que, falando à comunicação social em nome de toda a classe, se refere aos colaboradores do Senhor Ministro da Justiça, alguns dos quais magistrados, tratando-os panfletariamente como «boys e girls»?

Que credibilidade pode ter a justiça portuguesa quando todos os dias vemos juízes, incluindo alguns deste supremo tribunal, travestidos de comentadores da actualidade nacional e internacional, nos jornais, nas rádios, nas televisões ou em blogues na internet?

Essa onda de vedetismo que assola a magistratura judicial, essa compulsiva necessidade de dar nas vistas, intervindo nos debates públicos, publicitando opiniões pessoais sobre os mais diversos acontecimentos da vida pública, são absolutamente incompatíveis com a reserva e sobriedade necessárias ao bom desempenho das funções jurisdicionais.

Nessa ânsia comentarista chegam a pronunciar-se publicamente sobre casos decididos ou a decidir por colegas ou então que eles próprios poderão vir a decidir no futuro.

É altura de dizer, aqui e agora, que aqueles que não são capazes de aceitar as exigências e os sacrifícios da função jurisdicional, então que procurem outras actividades.

Dir-se-á que esse vedetismo só atinge alguns juízes. É verdade, mas prejudica a imagem de todos porque descredibiliza a justiça e os tribunais no seu conjunto.

O juiz fala publicamente através das suas sentenças.

A situação já chegou a tal ponto que alguns juízes sentiram mesmo a necessidade de intervir nas últimas eleições realizadas na Ordem dos Advogados.

Alguns fizeram-no indirectamente, de forma mais ou menos velada, mas outros intervieram abertamente, diria mesmo, descaradamente.

Um deles, um juiz desembargador de Lisboa, chegou mesmo, sem qualquer pudor, a participar numa sessão pública de campanha eleitoral em benefício de um dos meus adversários.

Assim, é, de facto, muito difícil haver respeito pelos juízes, sobretudo, porque a primeira condição para eles serem respeitados é, como diz o nosso povo, darem-se ao respeito.

E isso não acontece quando alguns dos juízes portugueses, por vaidade e vedetismo, utilizam o seu estatuto funcional para a sua promoção pública.



Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República  
Ex.<sup>mo</sup> Senhor Ministro da Justiça

Não é só na justiça que as coisas vão mal.

A generalidade dos cidadãos sente que o país vive um dos momentos mais difíceis da sua história e pode estar na iminência de ter de fazer sacrifícios colectivos sem precedentes na vida de mais de um século da nossa República.

Temos a sensação que o estado se dissolve e as instituições se desmoronam.

Ao longo dos anos a corrupção alastrou a todos os níveis do aparelho de estado.

Pessoas houve que acumularam fortunas gigantescas no exercício exclusivo das mais altas funções públicas, durante anos, à vista de toda a gente sem que, aparentemente, ninguém se apercebesse ou se incomodasse com isso.

Houve verdadeiros assaltos aos recursos públicos, sem quaisquer consequências visíveis, a não ser o enriquecimento obsceno dos seus autores.

Bancos foram saqueados em milhares de milhões de euros e os principais beneficiários continuam impunes, gozando obscenamente as delícias da sua audácia.

A democracia herdou da ditadura um estado riquíssimo com centenas de toneladas de ouro no Banco de Portugal e com um gigantesco património imobiliário.

O país recebeu desde meados dos anos oitenta, avultados recursos financeiros da Europa que se traduziram em milhares e milhares de milhões euros.

Porém, tudo isso desapareceu na voragem de um novoriquismo consumista sem paralelo na nossa história ou então em negócios público-privados fomentados por redes de interesses obscuros.

Ao longo de décadas a nossa jovem democracia foi sendo minada nos seus alicerces morais pela acção de poderosas redes de corrupção e de tráfico de influências que asfixiaram e manietaram o estado democrático.

Nem na época do monopólio do comércio com a Índia ou no tempo da abundância gerada pelo ouro do Brasil se terão esbanjado tantos recursos.

Por herança do Estado Novo ou por transferência da Europa, Portugal dispôs nas últimas quatro décadas de recursos económicos vultuosíssimos que foram dissipados por nós todos sem sermos capazes de criar mecanismos sólidos de produção de riqueza ou de construir os alicerces de uma economia saudável.

Que é feito daqueles vultuosos recursos financeiros? Que é feito da nossa agricultura? Que é feito das nossas pescas? Que é feito da antiga excelência das nossas universidades?

Parece que tudo se dissipou de repente.

As universidades mercantilizaram-se e já não preparam adequadamente os jovens para as necessidades da economia e da sociedade.

Só lhes interessa o dinheiro das propinas ou das elevadas prestações que cobram aos estudantes.

Por isso vendem cursos, diplomas e graus académicos.

Muitos licenciados parecem analfabetos quando confrontados com as necessidades de um mercado cada vez mais exigente.

Durante muitos anos senti orgulho em pertencer a uma geração que lutou com coragem contra a ditadura e ajudou a construir a democracia com entusiasmo.

Foram tempos de confiança no futuro e de esperança num país que todos queríamos mais próspero e mais digno.

Confiança e esperança que ingenuamente transmiti às minhas filhas até que, subitamente, acordámos, em sobressalto, desse sonho. Afinal, a realidade era um pesadelo.

E hoje interrogo-me, aqui, publicamente: o que é que eu posso dizer ao meus filhos? Que é que a minha geração tem a deixar para os seus filhos e netos? Mais desemprego, mais pobreza, mais desigualdades, mais precariedade e dívidas para eles pagarem por aquilo que nós gastámos.

Mais de metade de todo o IRS cobrado aos portugueses é para pagar os juros das dívidas do estado.

Praticamente todas as semanas, o estado tem de pedir dinheiro emprestado para fazer face às suas despesas. Já estamos a pedir empréstimos para pagar dívidas.

Fizeram-se parcerias público-privadas em que os prejuízos são sempre para a parte pública e os lucros, quase sempre escandalosos, ficam sempre para a parte privada.

O estado utiliza todos os meios, incluindo os menos ortodoxos, para contornar as regras da contabilidade pública e já estendeu esses métodos às próprias autarquias, através das célebres empresas municipais.

O país e o povo empobrecem, enquanto outros enriquecem escandalosamente.

O Estado asfixia o povo com impostos, parte dos quais se destina a pagar os défices de empresas cujos gestores auferem principescas remunerações.

Alguns desses gestores recebem em cerca de um ano quantias que muitos portugueses não conseguem ganhar durante uma vida inteira de trabalho.

Mas, são os impostos e as taxas destes últimos que, em muitos casos, irão pagar as obscenas remunerações daqueles.

Os portugueses suportam das mais pesadas incidências de impostos, mas, mesmo assim, têm de pagar elevadas taxas quando precisam de recorrer à justiça, circular nas auto estradas, frequentar as universidades do estado ou mesmo tratar-se nos hospitais públicos.

O índice de atraso económico e social de um país não se mede tanto pelos baixos salários que paga aos seus trabalhadores mas sim pelos enormes vencimentos com que remunera as suas elites, nomeadamente os gestores das empresas do estado.

Mas, seja qual for o critério, Portugal é, sem dúvida, um dos países mais atrasados, pois aqui praticam-se algumas das mais baixas e algumas das mais altas remunerações do mundo.

A situação do país atingiu tal ponto que, hoje, todos temos de reconhecer publicamente esta evidência: as elites portuguesas falharam.

Falharam e conduziram o país à beira do caos económico e financeiro. E mais do que isso: perante o confrangedor aumento da pobreza de uns e a escandalosa acumulação de riqueza de outros,

fica-nos a ideia que as nossas elites ou parte delas procederam a um verdadeiro saque do estado e dos recursos públicos do país.

E agora, como nos momentos mais difíceis da nossa história, será, mais uma vez, o povo português que terá de resolver a situação, suportando os sacrifícios, pagando as facturas dos erros e dos esbanjamentos de uns e ainda dos roubos de outros levados a cabo ao longo das últimas décadas.

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente da Assembleia da República

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Ministro da Justiça

No meio deste panorama cujas consequências não estão ainda totalmente diagnosticadas, quero deixar uma nota final para enaltecer o papel da Igreja Católica e, nomeadamente, realçar a acção altamente meritória que as várias organizações dela dependentes têm realizado um pouco por todo o país, atenuando as consequências mais dramáticas da pobreza que tem vindo a alastrar.

A ordem dos Advogados, que é uma entidade laica, e eu próprio, que não sou católico nem sequer religioso, queremos aqui louvar publicamente a acção humanitária levada a cabo por centenas ou milhares de católicos anónimos que, movidos apenas pelos impulsos mais generosos da sua fé, ajudam os seus semelhantes a suportar as agruras da miséria que se tem abatido sobre um número crescente de portugueses.

Por essa acção, aqui deixo, na pessoa de V. Ex.<sup>a</sup>, Senhor Cardeal Patriarca de Lisboa, o meu

Muito obrigado.

Tenho dito.

*A. Marinho e Pinto*  
16 de Março de 2011

## O EURO E A CRISE DAS DÍVIDAS SOBERANAS

*Pelo Prof. Doutor Paulo Pitta e Cunha*

1. Apresentando a vertente monetária da união económica e monetária europeia fortes marcas de federalismo — a moeda única, a política monetária unificada sob a égide de um banco central de índole supranacional —, o mesmo não acontece com a vertente económica, com clara feição intergovernamental.

Falta designadamente a esta vertente o orçamento centralizado, capaz de fazer face, por compensações financeiras entre os Estados participantes, aos choques que atinjam apenas um ou vários de entre eles — os choques assimétricos.

No sistema de Maastricht, pelo contrário, as preocupações de rigor monetário e financeiro insufladas pela Alemanha levaram, até, a consagrar a proibição de socorro financeiro — “bail-out” — nas relações entre os países membros da União, deixando, em princípio, cada Estado entregue a si próprio na correcção dos desequilíbrios em que se envolva.

Esta exigência de “no bail-out” é temperada pelo reconhecimento de que, perante dificuldades extremas, não deixarão de se conceber soluções para a tornear. Mas o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (redesignação do Tratado da Comunidade Europeia operada com o Tratado de Lisboa) não veio introduzir modificações no regime previsto para a união monetária, pelo que continua a não se consagrar qualquer excepção formalizada à

proibição de socorro financeiro. A união monetária nasceu — e assim tem vivido — desacompanhada de uma união económica com os níveis de integração comparáveis aos daquela — o que explica as aspirações que têm vindo a focar-se na ideia da criação de um “governo económico europeu”.

Ora, a peculiaridade da moeda única europeia reside precisamente na inexistência de um poder estatal centralizado na base da criação e regulação dessa moeda: o euro é uma moeda sem Estado.

Por outro lado, deve lembrar-se que a União Europeia, e mesmo a parte desta que reúne os países que participam na união económica e monetária, está longe de reunir as características daquilo que é denominado uma “zona monetária óptima” — área dotada de requisitos tais que se torna dispensável o fenómeno cambial no seu interior. Entre esses factores conta-se a existência de um mecanismo centralizado de transferências automáticas, ou quase automáticas, entre os países ou regiões que compõem a zona.

**2.** As deficiências, ou insuficiências, verificadas na configuração da união monetária permaneceram durante bastante tempo em estado de latência. Na época em que o euro foi criado (1999), e nos anos que se seguiram, os mercados atribuíam valor praticamente igual às emissões de títulos da dívida soberana da Alemanha e dos países periféricos do sul da Europa. O “spread” entre as taxas de juro conseguidas pelo país economicamente mais poderoso e pelos restantes tinha muito reduzida expressão.

Foi no clima tomado adverso pelo impacto na Europa da crise financeira originada nos Estados Unidos (2008) que eclodiu o problema da Grécia, país onde o novo Governo, em Outubro de 2009, revelou que o anterior havia deturpado os dados das contas nacionais.

Pesem embora os cuidados com que a Alemanha havia procurado assegurar que o euro seria tão bom como o marco, designadamente por via do estabelecimento do mecanismo sancionatório dos défices excessivos, a verdade é que, faltando um controlo supranacional dos orçamentos nacionais, os Estados membros continuaram entregues a si próprios no campo da exigências de disciplina

desses orçamentos, alguns desses Estados tendo interpretado tais regras com engenhosa criatividade.

3. Conhece-se o caminho que as coisas levaram a partir da singularização da situação da Grécia. Os mercados despertaram e os juros das emissões de dívida soberana helénica subiram em flecha.

Ao longo deste processo, foram visíveis (e ainda estão visíveis) as interações dos mercados e das “agências de rating”: a degradação da notação atribuída por estas constituía, de cada vez que era praticada, um aviso aos potenciais investidores, suscitando crescentes dúvidas sobre a capacidade do país em causa de efectivar os compromissos assumidos.

Às “agências de rating” foi, assim, conferido um protagonismo que talvez não merecessem, atento o papel duvidoso que desempenharam na gestação da crise nos Estados Unidos, concedendo por forma ultragenerosa, mas para elas altamente lucrativa, a notação máxima ao lançamento de novos produtos financeiros (como as CDO, Collateral Debt Obligations), os mesmos que estiveram na origem do deflagrar da crise...

4. A partir da emergência do problema da Grécia, tornou-se claro que outros países da zona euro, por atravessarem, embora em menor grau, dificuldades semelhantes, poderiam estar sujeitos a um efeito de contágio, constituindo este alastramento um risco para a própria zona, e em particular para a moeda comum.

Tendo torneado a regra “no-bail-out” pela invocação do preceito do Tratado relativo a situações excepcionais (artigo 122.º, n.º 2 do TFUE), e atento o carácter temporário de que se revestia o dispositivo proposto, os Estados membros da zona euro proporcionaram empréstimos de emergência à Grécia (110 mil milhões de euros), e criaram, em Maio de 2010, uma facilidade de empréstimo em associação com o Fundo Monetário Internacional, totalizando 750 mil milhões. Desta última facilidade viria a beneficiar, em Novembro de 2010, a Irlanda (85 mil milhões), primeiro país atingido pelo temido efeito de dominó desencadeado a partir da Grécia.

As tergiversações alemãs terão sido uma das causas do nervosismo dos mercados ao longo do processo que se seguiu à eclosão

da crise da Grécia. A Alemanha parece hesitar entre a afirmação de uma solidariedade intraeuropeia e uma nova visão nacionalista da política económica, reflectida na relutância em financiar os países “gastadores”. Daí as indefinições quanto à estrutura e aos níveis dos mecanismos de estabilização à escala europeia.

A solenidade das afirmações de pleno empenho na defesa do euro, repetidamente dimanadas dos mais altos dirigentes políticos da União e dos Estados membros mais poderosos, tende, assim, a ser desvalorizada, por se tornar sensível que a Europa não se mostra nem coesa, nem solidária, nem definida quanto aos seus propósitos.

5. Neste contexto cheio de incertezas não deixa de surpreender o caso da Estónia — país que, em plena crise da zona euro, não mostrou a menor hesitação em se tornar, a partir do início de 2011, o 17.º componente dessa zona.

No interior da união monetária, não existindo mecanismos de compensação financeira e tendo-se abandonado o instrumento cambial, torna-se imperioso que cada Estado assegure os níveis de competitividade, sob pena, se o não conseguir, de ingressar em crescente (e até certo ponto insustentável) endividamento. E, em dada altura, tornar-se-á necessária uma penosa cura de austeridade, implicando a compressão dos salários, como única forma de restabelecer a competitividade perdida.

Este quadro, entrevisto nas experiências recentes, não parece influenciar a posição da Estónia, talvez motivada pelo anseio de, penetrando em fórmulas intensas dentro da União Europeia, se afastar ainda mais do temido país em que esteve integrada — e confortada pelo volume diminuto da sua dívida soberana.

6. Não parece que a estratégia de socorro financeiro decidida pela União Europeia, e em particular pelos países da zona euro, tenha alcançado os resultados pretendidos. Terá sido excessiva a condicionalidade (leia-se: austeridade) dos auxílios proporcionados.

Já em Janeiro de 2011, a despeito do auxílio concedido à Grécia e à Irlanda, as taxas de juro das obrigações soberanas a dez anos



continuavam a níveis muito elevados em relação a esses países (11,3% para a Grécia, 8,3% para a Irlanda), níveis demasiado altos para poderem ser suportados. Isto mostra que a visada acalmia dos mercados continua bem distante.

Por outro lado, o diferencial em relação às taxas alemãs a dez anos acentuou-se, sendo de 8,2% para a Grécia e 5,34% para a Irlanda, em Janeiro de 2011.

A intervenção do Fundo Monetário Internacional no esquema de auxílio financeiro da zona euro parece ter tido em vista principalmente proporcionar um suplemento de credibilidade às acções desenvolvidas, atenta a reputação de competência desta instituição internacional. O nível de auxílio proporcionado pelo FMI é apenas uma terça parte do total (250.000 milhões). Deve, aliás, notar-se que a panóplia de instrumentos à disposição dos países beneficiários dos apoios se encontra limitada, pois deixaram de contar com as armas de política cambial e de política monetária, que têm estado presentes nas tradicionais acções do Fundo.

7. Já em Abril de 2007 Portugal era apontado por “The Economist” como sendo o “New sick man of Europe” — sublinhando-se que a taxa de crescimento da economia portuguesa fôra, em 2006, a mais baixa da Europa.

No entanto, desde a entrada para a Comunidade Económica Europeia e até ao fim da década de 90 tinha-se registado um crescimento positivo (taxa média de crescimento anual real excedendo os 5% entre 1986 e 1991, sendo ligeiramente inferior a 3% entre 1992 e 1998). Ao longo deste período verificou-se a visada convergência em relação ao nível médio do PIB per capita da Comunidade, embora, em determinados anos da década de 90, se verificasse pontualmente divergência.

A partir de 1999, e durante um decénio, a economia portuguesa acusou prática estagnação (a taxa média anual de crescimento situando-se à volta de 1%), e acentuou-se a divergência negativa em relação à média comunitária. O ano de 2010 não se terá afastado desta tendência para o muito débil crescimento da economia. Para 2011 prevê-se, até por efeito das medidas de austeridade incluídas no orçamento do Estado, e das que ainda virão,

que se registe de novo uma recessão (crescimento negativo da ordem de 1,2%), com conseqüente agravamento do diferencial do PIB “per capita”. Se se confirmar esta previsão, Portugal registará a segunda pior taxa de crescimento não só da Europa, mas do mundo inteiro, apenas excedida pela da Grécia.

**8.** É, na realidade alarmante a queda na relação do PIB “per capita” em Portugal com a média da União Europeia: tendo atingido mais de 80% em 1999, veio a recuar nos últimos anos para o meio da casa dos 70%. Deve, em particular, atentar-se em que, na escala dos países da União em termos de produto por habitante, Portugal foi ultrapassado, ao longo da década de 2000, pela Grécia, por Chipre, pela República Checa, por Malta e pela Eslovénia. Em 2008, Portugal decaiu para o 19º lugar da União Europeia, com 76%, contra 94% para a Grécia, 103% para a Espanha e 135% para a Irlanda.

Pelo caminho que as coisas levam, não é impossível que, a breve trecho, Portugal seja ultrapassado, quanto a este indicador básico dos níveis de vida, pela Eslováquia, pela Estónia e pela Hungria.

A isto acresce a singularização da economia portuguesa em termos de balança de transacções correntes. Em 2010, o desequilíbrio terá sido da ordem de 8 % do PIB, o que constitui a posição mais negativa entre todos os países do mundo!

Não surpreende, que com tão decepcionantes indicadores de crescimento e de balança corrente, Portugal tenha ficado sob a mira dos mercados, agravando-se as taxas das emissões da respectiva dívida soberana, dívida que em 2010 atingia 140% do PIB na Grécia, 97% na Irlanda, 83% em Portugal e 64% em Espanha, país que vem logo a seguir na cadeia dos possíveis contágios.

**9.** Conhecem-se as causas da crise em que está mergulhada a economia portuguesa, expressa na amplitude do desequilíbrio da balança de pagamentos, no endividamento crescente em relação ao exterior, na expressão do défice orçamental, na prática estagnação da actividade. Podem enumerar-se, entre outras, a desatenção aos sectores que produzem bens susceptíveis de concorrer no comércio internacional (os chamados “bens transaccionáveis”); o crescimento dos salários para além dos limites da competitividade; a não

contenção da despesa do Estado e a insistência em obras públicas de mais do que duvidosa reprodutividade; e, em plano de fundo, a falta de reformas estruturais destinadas a corrigir as deficiências no plano do ensino, a incapacidade do sistema judicial, a rigidez do regime laboral.

Acresce a inação ou incompetência do Governo, desatendendo à crise que já se desenrolava, abstendo-se de corrigir, antes que o problema se agravasse por forma desmedida, os excessos de endividamento, quer por parte do sector público, quer do sector privado, perante os sinais evidentes de aprofundamento do défice orçamental e do desequilíbrio externo.

Atente-se também na dificuldade da economia em defrontar os choques suscitados pela extinção do acordo multifibras, pelo alargamento da União Europeia a países de Leste, pelo efeito da entrada da China na Organização Mundial do Comércio.

**10.** É de salientar que o Tratado de Lisboa, cingindo-se aos aspectos institucionais decorrentes do projecto de Constituição europeia, se absteve de abordar a problemática de fundo do euro e da respectiva zona, ou de rever os pressupostos que deram origem ao Pacto de estabilidade.

Significou isto que, infelizmente, se entendeu ser desnecessário modificar a caracterização da união monetária definida em Maastricht, na qual aflora uma visão unilateral favorável a uma espécie de “misticismo monetário”, e em que se terá esquecido o “contrato implícito” que deveria ter estado na base da união monetária, envolvendo a criação de mecanismos de compensação financeira em contrapartida da renúncia pelos Estados participantes ao instrumento cambial.

**11.** Deparava-se a Portugal, em Fevereiro de 2011, para além de ter de realizar um esforço sustentado no sentido de aumentar a produtividade e a competitividade da economia, a opção entre diversos tipos de conduta visando enfrentar o angustioso problema da dívida externa.

Uma primeira solução consistiria em manter a linha que vinha sendo seguida, compreendendo a consagração de medidas de aus-

teridade e a prossecução de financiamento junto dos mercados, ou do Banco Central Europeu, ou directamente de países individualmente considerados, dispensando-se o auxílio do actual mecanismo europeu de estabilização e do FMI.

Esta linha assentava, porém, em pressupostos fora do controlo do País: supunha, designadamente, que o BCE não abrandasse a sua política de aquisição de dívida soberana, e que as taxas do mercado acalmassem para um nível razoável, desejavelmente não superior a uns 4% ou 4,5%. E o país deveria dar sinais de que se encontrava empenhado na efectiva realização das reformas estruturais indispensáveis — o que até então não tinha feito.

**12.** Uma segunda via seria a do recurso ao mecanismo temporário de “bail-out” da União Europeia e, complementarmente, do Fundo Monetário Internacional.

Mesmo pondo de lado a humilhação que representava o recurso a esta forma de auxílio externo, atenuada, é certo, pelo facto de outros países da zona euro a ela já terem recorrido, eram de recear as imposições de austeridade acrescida (ou excessiva) que poderia implicar. Na verdade, não seria crível que as condições do programa a ser definido em relação a Portugal se confinassem à aprovação do grau de sacrifícios já estabelecido — sem, aliás, convencer os mercados. Era de prever que a União Europeia e o FMI acordassem num suplemento de austeridade.

Acresce que os níveis de taxas de juro do “bail-out” em relação à Grécia e à Irlanda, aproximando-se, respectivamente, de 5% e de 6%, se afiguram excessivos, tornando problemática a possibilidade de solvência dos compromissos assumidos — e estes exemplos não são encorajadores.

**13.** Um terceiro caminho seria aguardar (se for possível aguentar até lá) uma definição, no âmbito da União Europeia, do esquema definitivo de auxílio financeiro aos países em dificuldade (o mecanismo permanente para resolução de crises), desejavelmente dotado de maior flexibilidade do que o actual sistema, e, porventura, a decisão sobre o reforço do volume actual de recursos disponíveis para o integrar.

Mas este caminho levaria tempo, porque a implantação do novo esquema está dependente da realização de uma alteração do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a qual, mesmo conduzida pelo processo de revisão simplificado previsto no artigo 48.º, n.º 6 do Tratado da União Europeia — por se tratar de uma alteração na parte III do TFUE — não deixa de implicar as aprovações nacionais segundo os processos constitucionalmente previstos.

**14.** Na sua reunião de Dezembro de 2010, o Conselho Europeu definiu os requisitos da criação do Mecanismo Europeu de Estabilidade, com carácter permanente, mas persistem dúvidas quanto à forma como venha a ser concretizado.

É de lembrar, que no esquema proposto, a concretização de assistência financeira é sujeita a “rigorosa condicionalidade”, traduzida esta na aprovação de um programa de medidas económicas e financeiras destinadas a assegurar a sustentabilidade da dívida.

E, pela primeira vez, prevê-se (o actual esquema provisório não o fez) a hipótese de um país ser considerado insolvente, caso em que teria de ser negociado um plano de reestruturação global com os credores do sector privado. A simples divulgação desta hipótese nas conclusões do Conselho Europeu não deixará de ter tido o efeito, junto dos mercados, de se lançar uma acha para a fogueira...

Positiva é a referência à proposição de medidas legislativas relativas à “governança económica”, em articulação com a estratégia “Europa 2020”, envolvendo reformas estruturais para o crescimento e o emprego.

O Mecanismo Europeu de Estabilidade, destinado a suceder a título definitivo ao dispositivo actual, deverá decorrer do acrescentamento ao artigo 136.º do TFUE de novo número (o n.º 6), dispondo que os “Estados membros cuja moeda é o euro podem criar um mecanismo para assegurar a estabilidade financeira na área do euro”.

**15.** A intervenção do Fundo Monetário Internacional, no caso da crise de endividamento de países da zona euro, não se fará isoladamente, ao contrário do que sucedeu no passado em relação a

Portugal (1978-79; 1983-84). Tal intervenção é feita em associação com as instituições da União Europeia e, em particular, com os restantes Estados membros da zona. Não há, pois, que atribuir-lhe o papel exclusivo que se lhe tem por vezes, pretendido conferir.

Aliás, no caso de Portugal, as intervenções passadas não terão deixado ressentimento. Antes se traduziram em programas suportáveis e que alcançaram rapidamente êxito, envolvendo uma “policy mix” cuja peça fundamental era a desvalorização cambial, acompanhada pela subida das taxas de juro e compressão do crédito, e por algum agravamento fiscal. Mas a experiência das intervenções no século XX não deixa prever o que poderá passar-se no contexto actual, em que, faltando, por definição, mercê da imersão do País na união monetária, o instrumento cambial e os dispositivos de política monetária, o aspecto da compressão da despesa — conjuntamente com o reforço da intensidade de cargas fiscais —, deverá ocupar posição determinante.

No passado, o FMI foi frequentemente acusado de adoptar uma receita uniforme, desatendendo à diferença das situações enfrentadas, e uma visão unilateral restritiva dos equilíbrios a alcançar.

A partir de certo momento, o Fundo tornou-se mais aberto à consideração dos factores que se consubstanciam na elaboração de reformas estruturais visando o crescimento e os níveis de emprego. É de desejar que esses aspectos sejam reforçados no Mecanismo Europeu de Estabilidade, pois uma incidência excessivamente assente em medidas orçamentais de carácter restritivo ou a condições tão gravosas que abafassem a actividade económica poderia acarretar para os países em crise a necessidade de reestruturar a dívida, procurando negociar com os credores externos, em termos de se suscitar um inevitável contencioso, a redução das taxas dos empréstimos já contraídos, ou a extensão dos prazos de reembolso, ou a baixa do valor nominal dos títulos...

De qualquer forma, põe-se sempre o problema da associação do “bail-out” à “rigorosa condicionalidade”: não se afigurando crível que os países credores, e o FMI, venham a contentar-se com a medida de austeridade já decidida pelas autoridades do País. Vão logicamente querer mais.

**16.** Uma quarta via consistiria em o país em crise se considerar insolvente e, como aliás já ficou referido, se ver constringido a reestruturar a dívida externa. Parecendo (ainda) remota esta solução para a Irlanda e, por maioria de razão, para Portugal (que até então não formulara o pedido de auxílio externo), esta hipótese está bem viva no caso da Grécia, cujos números da dívida pública em relação ao exterior parecem revelar a insustentabilidade da mesma. Suscitar-se-iam penosas negociações com os credores externos, visando conseguir a sua aceitação para alargar os prazos de reembolso, ou reduzir o capital da dívida ou os juros da mesma. A credibilidade do País seria profundamente afectada, vendo-se afastado por longo tempo do recurso aos mercados internacionais. Esperemos que esta situação-limite não venha a acontecer com Portugal.

**17.** Finalmente, em quinto lugar cabe referir a solução de saída do euro.

Os Tratados europeus não prevêem a saída do euro por parte dos países que tenham acedido à união económica e monetária. Assinale-se que, desde o Tratado de Lisboa, está consagrada a possibilidade de retirada por parte de Estados membros, mas da União Europeia em si mesma, não já da zona euro.

A saída do euro e da respectiva zona consistiria numa reversão que não terá sido prevista, possivelmente por se considerar, neste campo, apenas a hipótese de alargamento do número de participantes na zona. Na verdade, os Estados membros que se entenda não terem ainda satisfeito as condições para a adopção da moeda única beneficiarão, como se diz no Tratado sobre o Funcionamento, de uma “derrogação” a ser oportunamente revogada assim que tais condições sejam reunidas. A operação inversa em parte alguma está prevista, o que constitui um factor de incerteza quanto à forma como se poderá processar.

Mas isto não impede que a saída do euro por parte de um ou vários países possa eventualmente ocorrer. Só que teria consequências muito gravosas para a zona euro, para a União Europeia e, acima de tudo, para o Estado membro que accionasse a reversão.

**18.** O Estado que decidisse abandonar a zona euro (seria, no presente, o caso da Grécia, ou da Irlanda, ou de Portugal, ou até da Espanha ou da Itália), fã-lo-ia no propósito de recuperar a sua independência monetária e cambial, passando a poder desvalorizar a sua moeda para compensar a perda de competitividade.

Mas a operação, sobretudo se praticada em condições de dificuldade extrema, não deixaria de envolver consideráveis perturbações.

Definida a nova moeda (com ou sem a denominação da moeda nacional do passado), determinada a taxa fixa de conversão entre tal moeda e o euro, e estipulado que todos os pagamentos passariam a ser feitos nessa nova moeda, nos mercados cambiais logo se praticaria forte desconto em relação à taxa oficial, traduzindo a depreciação da moeda nacional.

A perspectiva desta depreciação envolve sérios riscos, podendo os agentes económicos procurar antecipar-se aos efeitos nefastos que causa. Haverá possivelmente corridas aos bancos para levantamentos maciços, colocação de fundos no estrangeiro para evitar perdas muito sérias, e a estas consequências — incluindo o perigo de esvaziamento da circulação — as autoridades económicas não deixarão de opor-se através de controlos e da imposição de limites, que podem ir até ao ponto da introdução de restrições monetárias nas viagens ao exterior.

Estas medidas vão contra a lógica de funcionamento do mercado único, podendo pôr este em risco, e ameaçando porventura a subsistência da própria União Europeia.

Tendo a passagem ao euro sido acordada com anos de antecedência e executada por forma serena e ordeira, a operação inversa, de retorno à moeda nacional, seria muito mais confusa e conturbada, acarretando graves perdas para os particulares e empresas.

Haveria ainda que contar com o efeito inflacionista da depreciação cambial e com a necessidade de assegurar o pagamento das dívidas externas (e respectivos juros), fixadas em euros — moeda que para os residentes do País passaria a estar sobrevalorizada.

Relembre-se que, em relação à criação da união monetária, se dispôs de três anos para realizar o fabrico das notas e moedas metálicas em euros. Na reversão para a moeda nacional deparar-se-ia com análoga condição junto do banco central do país, em prejuízo da rapidez com que seria aconselhável conduzir-se a operação.



Por tudo isto, há que considerar que a hipótese de saída do euro por parte dos países em crise terá de ser encarada como uma solução catastrofista.

Diferente seria o caso de a saída se processar por parte de um país central na zona, como é a Alemanha. Aí, seria toda a construção da união monetária a estar em causa, pondo-se a questão do destino do euro amputado de uma parte importantíssima do seu substracto económico. Mas não se afigura que o recente despertar de certo reflexo nacionalista naquele país o levasse a esse ponto.

**19.** Não devendo anatemizar-se o recurso ao auxílio externo, proveniente da União e do FMI, cabe esperar que o regime definitivo do mecanismo, já parcialmente entrevisto, possa proporcionar o conveniente equilíbrio entre a concessão de financiamento e a exigência de níveis suportáveis de austeridade.

Assim como em relação à estrutura e regras de funcionamento da união monetária europeia exprimimos as nossas “saudades de Keynes” (epígrafe de uma comunicação em que o conteúdo do Pacto de Estabilidade foi por nós analisado), também no respeitante à actual situação da crise portuguesa se pode pôr a hipótese de “saudades do escudo”, não no sentido de se desejar o retorno, praticamente inviável, à moeda nacional, mas de se relembrar o tempo em que se possuía autonomia na condução da política monetária e da política cambial.

O crescimento real, global e “per capita”, teria decerto tido expressão mais apreciável se tivéssemos prolongado o sistema anterior e diferido o momento da entrada para a união monetária europeia.

**20.** Sem o ter discutido previamente com os partidos políticos da oposição, o Governo português apresentou em Bruxelas o que ficou conhecido por PAC IV — mais um pacote de medidas de austeridade (o quarto em cerca de um ano), o qual terá obtido acolhimento positivo da Comissão Europeia e dos líderes dos principais países da União (leia-se, Alemanha). Aquela falta de discussão prévia terá precipitado a crise política suscitada pela rejeição do pacote no Parlamento português e conseqüente marcação de eleições.

Desencadeada esta crise, a reacção dos mercados foi rápida, tendo as taxas de juro da dívida soberana portuguesa sido impelidas para novos patamares, e a notação da República e dos principais bancos portugueses sofreu considerável degradação, aproximando-se perigosamente da categoria de “junk”.

Por muito que possa criticar-se a actuação das três principais agências de “rating”, e a predominância de que se arrogam, o certo é que as posições que apresentam têm sensível influência no comportamento dos mercados. E estes mostraram-se impiedosos em relação à dívida soberana portuguesa.

Tornou-se então inevitável a formulação do pedido de auxílio externo ao abrigo do mecanismo provisório ainda vigente, o que corresponde ao segundo dos cenários atrás descritos.

O problema é que poderá ser ainda maior o estrangulamento da nossa economia (a qual, aliás, já entrou em fase de recessão), em consequência das medidas de austeridade suplementares que tenham de vir a aceitar-se. É altamente desejável que se tempere o efeito dessas medidas com a introdução de outras que visem o estímulo do crescimento e da competitividade (tendo havido alguma sensibilidade dos negociadores do auxílio externo quanto a este ponto). E procurar obter-se, para o financiamento a ser acordado, taxas de juro comportáveis, desejavelmente menos gravosas do que as atribuídas nos casos grego e irlandês. É que a economia portuguesa, sem embargo de o País não ter sido acusado de deturpação das contas nacionais, como aconteceu com a Grécia, nem ter ocorrido a derrocada do sistema financeiro, como foi o caso da Irlanda, vem padecendo endemicamente da estagnação do crescimento, situação que nos dois países que foram já objecto de apoio financeiro externo não se verifica.

Segundo as previsões do FMI, Portugal será, em 2012, o único país da Europa — e julga-se que do mundo — cuja economia estará em recessão, prolongando a contracção da actividade que se estima ocorrer em 2011 — neste último caso, ainda partilhando a situação com a Grécia.

De resto, alguma coisa parece correr mal nos programas de auxílio determinados em relação à Grécia e à Irlanda, cujos resultados, por ora, são bem pouco animadores.

É visível que a situação chegara ao limite, como o atestou o cepticismo dos mercados (e das agências de “rating”) quanto à suficiência das medidas de austeridade até agora aprovadas nos sucessivos PECs — para mais, tendo cada um sido apresentado pelo Governo como bastante e derradeiro. Não ajuda, é certo, a não consecução da meta fixada para 2010 em 7,3% para o saldo orçamental, parecendo que o resultado terá sido antes próximo de 8,6% — ou melhor, com a última correcção, já ao nível de 9,1%...

Está, assim, a iniciar-se a negociação relativa ao pedido de recurso ao mecanismo temporário da União Europeia e do Fundo Monetário Internacional — mas antevêm-se algumas sombras em torno da aceitação por parte de determinados países da zona euro.

**21.** Continua a faltar à construção europeia a visão da solidariedade entre os Estados-membros, que já não esteve presente nem no projecto de Constituição Europeia.

A crise das dívidas soberanas veio despoletar uma inquietante fase de desagregação. Além de faltarem dispositivos de apoio dotados da desejável flexibilidade e razoabilidade, parece sobretudo cada vez mais distante aquela visão solidária, alargando-se o fosso entre os países com dificuldades financeiras e os demais.

A Alemanha, cujo protagonismo como país mais forte tem sobressaído na crise das dívidas soberanas, marca atitudes de hesitação e de dúvida que no passado não assumia, a reflectir uma inflexão no sentido nacionalista das posições do seu eleitorado, avesso em que se corra em auxílio dos países acusados de “esbanjamento”.

Atrás daquele país, a França configura-se agora como parceiro concordante e algo complacente. O Reino Unido procura afastar-se dos temas da zona monetária a que não pertence. Por seu turno, a Comissão tem vindo a perder o dinamismo que no passado caracterizou a sua acção.

Não pode deixar de registar-se, com preocupação, que terá atingido o ponto mais baixo o espírito europeu.

Lisboa, Abril de 2011

*Paulo de Pitta e Cunha*



# A CONVENÇÃO DO CABO E O PROTOCOLO SOBRE EQUIPAMENTO AERONÁUTICO. REGISTO INTERNACIONAL DE AERONAVES.

*Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão\**

## **1. Generalidades.**

Um dos aspectos mais interessantes no âmbito da uniformização do direito incide na área das garantias, onde se tem vindo a adoptar internacionalmente o modelo americano do *Uniform Commercial Code*, cujo célebre art. 9.º, com o seu conceito universal de *security interest*, o seu sistema de registo de garantias, informático e de base pessoal, tem servido de referência inspiradora a vários textos de convenções internacionais nesta matéria<sup>(1)</sup>.

---

(\*) Doutor e Agregado em Direito, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogado e Jurisconsulto.

(1) Cfr. RONALD C. C. CUMING, “La réglementation internationale de certains aspects des sûretés grévant le matériel susceptible d’être déplacé d’un État dans un autre/International regulation of aspects of security interests in mobile equipment”, em *RDU/ULR* 1990, pp. 62-206 (62 e ss.), e “The Internationalization of Secured Financing Law: the Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny”, em ROSS CRANSTON, *Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 499-523 (519 e ss.), ALBINA CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli i problemi nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 10, nota (14) e 284 e ss., ANNA VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 272 e ss. e EVA-MARIA KIENINGER, em ID (org.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, CUP, 2004, pp. 25-26.

Uma dessas convenções, da autoria do UNIDROIT, é precisamente a denominada *Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment*, complementada por um *Protocol on Matters Specific to Aircraft Equipment*, ambas assinadas no Cabo, em 16/11/2001<sup>(2)</sup>, que procurou instituir um registo internacional das garantias internacionais sobre bens móveis (arts. 16.º e ss. da Convenção), essencialmente destinado aos bens móveis de elevado valor como os equipamentos aeronáuticos, ferroviários e material espacial, em ordem a facilitar o financiamento das operações relativas à aquisição e utilização desses equipamentos<sup>(3)</sup>. A Convenção enquanto tal não regula, no entanto, especificamente nenhum tipo de equipamento, só sendo aplicável a estes através de Protocolos autónomos. No entanto, apenas o equipamento aeronáutico veio a ser objecto do necessário protocolo complementar, que foi aprovado pela Conferência Diplomática da Cidade do Cabo.

A Convenção está em vigor, nos termos do seu art. 49.º, n.º 1, desde 1 de Abril de 2004, três meses a contar da data do depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação e adesão. No entanto, esta mesma disposição estabelece que a sua entrada em vigor ocorre apenas em relação a determinadas categorias de bens aos quais se aplique um protocolo: *a)* a partir da data de entrada em vigor desse protocolo; *b)* sob reserva das disposições desse protocolo; e *c)* entre os Estados Partes na convenção e nesse protocolo. Ora, o Protocolo sobre Equipamento Aeronáutico, nos termos do seu art. XXVIII, apenas poderia entrar em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses a contar da data do depósito do oitavo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, entre os Estados que depositaram

---

(2) Estes documentos podem ser encontrados em <http://www.unidroit.org>.

(3) Cfr. sobre esta convenção, MARIA HELENA BRITO, “A Convenção da Cidade do Cabo relativa garantias internacionais sobre equipamento móvel e o Protocolo anexo sobre questões específicas relativas a equipamento aeronáutico” em FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 447-501. Entre nós, encontra-se uma referência aos trabalhos preparatórios desta convenção em RUI PINTO DUARTE, “Mobilidade dos bens e garantia dos credores”, na *RB* n.º 15 (1990), pp. 101-117.

esses instrumentos. Em consequência, o Protocolo apenas entrou em vigor em 1 de Março de 2006.

## 2. Garantias previstas na Convenção do Cabo.

De acordo com o art. 2.º, n.º 1, a Convenção “institui um regime para a constituição e os efeitos de uma garantia internacional sobre determinadas categorias de materiais de equipamento móvel ou direitos acessórios”.

O art. 2.º, n.º 2, esclarece que “uma garantia internacional relativa a materiais de equipamento móvel é uma garantia, constituída nos termos do art. 7.º, sobre um bem, individualmente identificável, pertencente a uma das categorias de bens enunciados no n.º 3 e designada no Protocolo”:

- a) Dada pelo contratante em virtude de um contrato constitutivo de garantia;
- b) Atribuída a uma pessoa, o vendedor condicional, em virtude de um contrato com reserva de propriedade; ou
- c) Atribuída a uma pessoa, o locador, em virtude de um contrato de locação financeira.

A parte final do n.º 2 acrescenta que uma garantia abrangida pela alínea a) não pode ser igualmente abrangida pelas alíneas b) e c).

A Convenção inclui definições de *security interest* e *security agreement* (art. 1.º ii) e jj)), em termos muito próximos dos que constam do Art. 9 UCC<sup>(4)</sup>, pretendendo como se referiu instituir igualmente um sistema internacional de registo de garantias mobiliárias. Mas a abordagem unitária do Art. 9 UCC não é integralmente seguida, dado que a Convenção, de acordo com o seu art. 1.º j) e 2.º, n.º 2, distingue do contrato constitutivo de garantia (*security*

---

(4) Efectivamente, o art. 1.º ii) refere que o *security agreement* “means an agreement by which a chargor grants or agrees to grant to a chargee an interest (including an ownership interest) in or over an object to secure the performance of any existing or future obligation of the chargor or a third person”, enquanto que o *security interest* é definido no art. 1.º jj), simplesmente como “an interest created by a security agreement”.

*agreement*) tanto a reserva de propriedade (*title reservation agreement*) como a locação financeira (*leasing agreement*), sendo estas objecto de definições específicas, funcionando como uma tipificação de duas garantias, que por isso não podem ser abrangidas pela garantia especial genérica do contrato constitutivo de garantia.

Assim, o contrato constitutivo de garantia “designa um contrato pelo qual um devedor confere ou compromete-se a conferir a um credor garantido um direito (incluindo o direito de propriedade) sobre um bem, a fim de garantir o cumprimento de uma obrigação actual ou futura do próprio contratante ou de terceiros” (art. 1.º *k*) da Convenção). Já a reserva de propriedade “designa um contrato de venda de um bem nos termos do qual a propriedade não é transferida até ao cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato” (art. 1.º *m*) da Convenção). Finalmente, a locação financeira “designa um contrato pelo qual uma pessoa (o locador) confere um direito de posse ou de controlo sobre um bem (com ou sem opção de compra) a outra pessoa (o locatário), mediante o pagamento de um aluguer ou outra forma de pagamento” (art. 1.º *l*)).

Podemos assim considerar que o financiamento da aquisição de equipamento, de acordo com a Convenção do Cabo pode assentar em três modalidades específicas de garantia; *a*) um direito real de garantia, incidente sobre os bens atribuídos pelo devedor ao credor, mesmo em propriedade, em garantia do cumprimento das suas obrigações actuais ou futuras; *b*) uma reserva de propriedade, resultante de uma venda com a cláusula de reserva de propriedade até ao integral pagamento do preço; *c*) e um direito resultante da locação financeira (*leasing*), a qual pode corresponder a um *leasing* financeiro, ou a um *leasing* operacional, com ou sem opção de compra <sup>(5)</sup>.

Ao se limitar à venda com reserva de propriedade, a Convenção exclui a sua aplicação aos contratos de compra e venda que não incluem essa cláusula, uma vez que desses contratos não resulta por si só nenhuma garantia especial que incida sobre o vendedor<sup>(6)</sup>. No entanto, o art. 41.º da Convenção admite a possibilidade de a

---

<sup>(5)</sup> Cfr. MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, p. 453.

<sup>(6)</sup> Neste sentido, MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, p. 461.



aplicação da mesma vir a ser estendida aos contratos de compra e venda ou às vendas futuras de um bem abrangido pela Convenção, nos termos do Protocolo relevante, com as modificações que se revelem necessárias.

### **3. Bens que podem ser objecto das garantias.**

Conforme se referiu, nos termos do art. 2.º, n.º 3, da Convenção, os bens que podem ser objecto da garantia são apenas:

- a) Células de aeronaves, motores de aeronaves e helicópteros;
- b) Material circulante ferroviário; e
- c) Bens de equipamento espacial.

Salienta-se que, nos termos do art. 2.º, n.º 5, “uma garantia internacional sobre um bem compreende os produtos de indemnização relacionados com esse bem”.

O art. 51.º da Convenção admite ainda alargar o âmbito da Convenção, por meio de uma ou mais Protocolos, a bens de qualquer categoria de equipamento móvel de grande valor que não pertençam a uma das categorias referidas no n.º 3 do art. 2.º, e que sejam individualmente identificáveis bem como os direitos acessórios relativos a esses bens.

### **4. Requisitos de forma das garantias.**

A constituição das garantias internacionais pela Convenção é sujeita a requisitos de forma específicos, constantes do art. 7.º. Assim, esta disposição prevê que uma garantia se constitui como uma garantia internacional, quando o contrato que a cria e prevê:

- a) É celebrado por escrito;
- b) Diz respeito a um bem sobre o qual o devedor, o vendedor condicional ou o locador têm direito de disposição;

- c) permite identificar o bem em conformidade com o Protocolo; e
- d) No caso de um contrato constitutivo de garantia, permite determinar as obrigações garantidas, sem que seja necessário estipular um montante ou um montante máximo garantido.

A definição de escrito constante do art. 1.º, al. v), esclarece que se considera como tal “um registo de informação (incluindo a informação telecomunicada) existente em forma tangível e que indique por meios razoáveis a aprovação dessa informação por uma pessoa”.

A garantia internacional considera-se assim constituída se cumprir os requisitos estabelecidos pela Convenção, não se exigindo a sua conformidade com os requisitos de forma constantes das leis internas. A garantia internacional será constituída se estiver em conformidade com o art. 7.º da Convenção, mesmo que esses requisitos não sejam suficientes para constituir a garantia segundo a lei interna normalmente competente, ou mesmo que essa garantia não seja reconhecida por essa lei<sup>(7)</sup>.

## 5. Registo das garantias.

A Convenção do Cabo contempla nos seus arts. 16º e ss., um sistema de registo internacional informático, que funciona permanentemente, mas o mesmo distingue-se do que foi instituído pelo Art. 9 UCC, já que é baseado no próprio bem (*asset-based registry*) e não no devedor (*debtor-based registry*). Nos termos do seu art. 29.º, n.º 1, esse sistema garante prioridade à garantia registada, de acordo com a ordem do registo, a toda e qualquer garantia ainda não inscrita, mesmo que fosse conhecida (art. 29.º, n.º 2). Na ausência de registo, a garantia não pode proceder contra o adquirente dos bens, mesmo que seja dele conhecida (art. 29.º, n.º 3).

---

(7) Cfr. MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, p. 463.

Tratando-se de um adquirente sob reserva ou locatário financeiro, o seu direito prevalece sobre qualquer garantia que não tenha sido registada antes da garantia inscrita a favor do vendedor condicional ou do locador (art. 29.º, n.º 4)<sup>(8)</sup>.

## **6. Medidas aplicáveis em caso de incumprimento das obrigações.**

### **6.1. Generalidades.**

A Convenção do Cabo prevê uma série de medidas em caso de incumprimento das obrigações, que se encontram previstas nos arts. 8.º e ss. A noção do incumprimento consta do art. 11.º, que remete em primeiro lugar para a definição que dele seja efectuada por acordo entre o credor e o devedor celebrado por escrito (art. 11.º, n.º 1). Apenas em caso de falta do acordo escrito, o art. 11.º, n.º 2, considera como tal “um incumprimento que prive substancialmente o credor daquilo a que tem direito em virtude do contrato”.

As medidas previstas no art. 8.º e ss. podem ser exercidas judicial ou extrajudicialmente, à escolha do credor, exigindo-se, no entanto, normalmente o acordo das partes em relação ao exercício extrajudicial. Os Estados Contratantes podem, porém, estipular, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação do Protocolo ou a da adesão, que uma medida colocada à disposição do credor, em que a própria Convenção não exija o recurso à via judicial, que só possa ser exercida por essa via (art. 54.º, n.º 2). Para além disso, e sem prejuízo de idêntica reserva em sentido contrário, a aplicação dessas medidas está sujeita às regras de processo previstas na lei do lugar em que as medidas sejam executadas (art. 14.º da Convenção).

---

<sup>(8)</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. MICHEL DESCHAMPS, “Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap”, na *Unif. L. Rev./ Rev. dr. unif.* 2002-1, pp. 17-48.

## 6.2. Medidas à disposição do credor garantido.

As medidas à disposição do credor garantido constam do art. 8.º, que lhe dá em caso de incumprimento a possibilidade de exercer as seguintes faculdades sobre o bem objecto da garantia:

- a) Tomar a posse ou o controlo do bem;
- b) Vender ou alugar esse bem;
- c) Receber qualquer rendimento ou benefício proveniente da gestão ou exploração do referido bem.

Em princípio essas medidas podem ser exercidas extrajudicialmente, desde que o devedor o haja em algum momento consentido, a menos que o Estado Contratante tenha estabelecido a reserva a determinar o seu exercício judicial. Mas, mesmo que tal não tenha sido feito, o credor garantido também pode optar por requerer a um tribunal uma decisão em que se autorize ou ordene uma das referidas medidas (art. 8.º, n.º 2, da Convenção).

Em qualquer caso, no entanto, a Convenção exige “que a medida seja aplicada de uma forma comercialmente razoável, quando aplicada em conformidade com as cláusulas do contrato constitutivo de garantia, a menos que essas cláusulas sejam manifestamente excessivas”. Tratando-se da venda ou aluguer, exige-se ainda que ocorra a informação por escrito e com razoável antecedência as pessoas interessadas, considerando-se como tais o devedor, qualquer pessoa que tenha prestado caução, uma garantia à vista, uma carta de crédito *stand-by* ou qualquer outra forma de seguro de crédito, e ainda qualquer outro titular de direitos sobre o bem, desde que tenha informado o credor desse direito com razoável antecedência em relação à venda ou aluguer (art. 8.º, n.º 4).

A Convenção esclarece ainda quais os efeitos de o credor garantido receber qualquer quantia em resultado das medidas decretadas, estabelecendo que essa quantia deve ser imputada no montante das obrigações garantidas (art. 8.º, n.º 5). Se, no entanto, as importâncias recebidas excederem o montante garantidos e os custos razoáveis gerados pelas medidas, a menos que o tribunal decida diferentemente, o credor garantido deve distribuir o excedente por

entre os titulares de garantias de ordem inferior que tenham sido inscritas ou de que tenha sido informado, por ordem de prioridade, e restituir o saldo restante ao contratante (art. 8.º, n.º 6).

### **6.3. Transferência da propriedade para satisfação do crédito garantido.**

Outra medida à disposição do credor, prevista no art. 9.º da Convenção, corresponde à transferência da propriedade para satisfação do crédito garantido. Efectivamente, o art. 9.º, n.º 1, estabelece que em qualquer momento, após a verificação do incumprimento, o credor garantido e todas as pessoas interessadas<sup>(9)</sup> podem acordar que o direito de propriedade sobre o bem onerado (ou qualquer outro direito do devedor sobre esse bem) seja transferido para o credor, a fim de satisfazer total ou parcialmente as obrigações garantidas.

Em alternativa, ao acordo o art. 9.º, n.º 2, da Convenção admite ainda que o tribunal possa decretar, a requerimento do credor garantido, a transferência dessa propriedade. O tribunal só pode, porém, decretar essa medida, quando o montante das obrigações garantidas corresponder ao valor do bem, tendo em conta os pagamentos que o credor garantido tenha que efectuar a qualquer interessado (art. 9.º, n.º 3).

A Convenção admite, porém, que após o incumprimento e antes da venda do bem onerado, ou a decisão judicial que o atribua ao credor, o devedor ou qualquer pessoa interessada pode obter o cancelamento da garantia, pagando integralmente a importância, tendo apenas que respeitar algum aluguer que tenha sido decretado ao abrigo do art. 8.º, n.º 1, b)). Se o pagamento for realizado por pessoa diferente do devedor, este ficará sub-rogada nos direitos do credor garantido (art. 9.º, n.º 4).

Salienta-se que a transferência de propriedade, quer seja ao abrigo da venda a terceiro, quer para satisfação do crédito garantido

---

(9) Correspondem estas às definidas no art. 1º m) da Convenção.

é realizada como liberação de qualquer outro direito ou garantia em relação ao qual o credor garantido tenha prioridade (art. 9.º, n.º 5).

#### **6.4. Medidas atribuídas ao vendedor com reserva de propriedade e ao locador financeiro.**

Conforme acima se salientou, a reserva de propriedade e a locação financeira beneficiam de um regime especial, constante do art. 10.º, o qual permite ao vendedor sob reserva e ao locador financeiro, as seguintes alternativas:

- a) Sob reserva de qualquer declaração feita por um Estado Contratante a impor o recurso à via judicial, dar por terminado o contrato e adquirir a posse ou o controlo do bem que constitui objecto desse contrato;
- b) Solicitar ao Tribunal alguma decisão que autorize ou ordene alguma das medidas acima enunciadas.

#### **6.5. Medidas adicionais.**

O art. 12.º estabelece ainda que o credor pode exercer qualquer medida adicional prevista na lei interna aplicável, incluindo as medidas que as partes tenha convencionado, desde que tal não infrinja as disposições imperativas da Convenção.

#### **6.6. Medidas provisórias.**

A Convenção admite ainda a utilização pelo credor garantido de medidas provisórias, equivalentes aos nossos procedimentos cautelares. Os Estados Contratantes podem, no entanto, não aceitar essa regra, nos termos do art. 55.º da Convenção. Assim, dispõe o art. 13.º que, a menos que o Estado Contratante emita uma declaração em sentido contrário, “deve assegurar que um credor que faça prova do incumprimento de uma obrigação por um devedor possa,

antes de uma decisão definitiva sobre o caso e na medida em que o devedor o haja em algum momento consentido, obter em curto prazo de um tribunal a aplicação de uma ou várias das seguintes medidas, de acordo com o requerido pelo credor:

- a) A conservação do bem e do seu valor;
- b) A posse, o controlo ou a guarda do bem;
- c) A imobilização do bem; e
- d) o aluguer ou, à excepção dos casos previstos nas alíneas a) a c), a gestão do bem e o rendimento daí proveniente.

Nos termos do art. 13.º, n.º 2, quando ordene qualquer dessas medidas, o tribunal pode impor as condições que considere necessárias para proteger as pessoas interessadas no caso em que o credor:

- a) Ao dar cumprimento a uma ordem que imponha essa medida, não cumpra qualquer das suas obrigações em relação ao devedor, de acordo com a presente Convenção ou o Protocolo;
- b) Não possa sustentar a sua reclamação, no todo ou em parte, ao decidir-se definitivamente essa reclamação.

Para além disso, e de acordo com o art. 13.º, n.º 3, antes de ordenar uma medida, nos termos do n.º 1, o tribunal pode exigir que qualquer pessoa interessada seja notificada do requerido.

### **3. O Protocolo sobre equipamento aeronáutico.**

Conforme acima se referiu, a Convenção do Cabo é executada e adaptada no que se refere ao equipamento aeronáutico pelo Protocolo Anexo sobre Equipamento Aeronáutico. No Preâmbulo do Protocolo refere-se expressamente a “necessidade de adaptar a Convenção para responder às exigências particulares do financiamento aeronáutico e de alargar o âmbito de aplicação da Convenção aos contratos de venda relativos aos equipamentos aeronáuticos”, “tendo presentes os princípios e objectivos da Convenção

sobre Aviação Civil Internacional, assinada em Chicago em 7 de Dezembro de 1944.

O art. 6.º da Convenção do Cabo estabelece no seu n.º 1 que “a presente Convenção e o Protocolo devem ser considerados e interpretados como um só instrumento”, acrescentando o n.º 2, que “em caso de discordância entre a presente Convenção e o Protocolo, prevalece o Protocolo”.

O art. IV do Protocolo estende o âmbito de aplicação da Convenção a um helicóptero ou a uma célula de aeronave, matriculados num registo de aeronaves de um Estado Contratante que seja o Estado da matrícula, e quando tal matrícula seja efectuada nos termos de um acordo relativo ao registo da aeronave, considera-se efectuada no momento desse acordo. Daqui resulta que a matrícula da aeronave aparece, no âmbito do Portoc

O n.º 2, especifica que, para efeitos da qualificação como transacção interna, nos termos do art. 1.º, *n*) da Convenção:

- a) uma célula de aeronave está situada no Estado de matrícula da aeronave a que pertence;
- b) Um motor de avião está situado no estado de matrícula da aeronave no qual está instalado ou, se não estiver instalado na aeronave, no Estado onde se encontre materialmente; e
- c) Um helicóptero está situado no Estado onde se encontra matriculado, no momento da conclusão do contrato que cria ou prevê a garantia.

A principal inovação do Protocolo em relação à Convenção é o facto de o mesmo abranger igualmente os contratos de compra e venda e as vendas futuras, independentemente de ser ou não estipulada uma reserva de propriedade, concretizando assim a faculdade que constava já do art. 41.º da Convenção (art. III do Protocolo). Exige-se, no entanto, certos requisitos formais para que o contrato seja abrangido, nos termos do art. V do Protocolo, os quais são:

- a) Ser celebrado por escrito;



- b) Dizer respeito a um bem aeronáutico sobre o qual o vendedor tem direito de disposição;
- c) Permitir identificar o bem aeronáutico em conformidade com o presente Protocolo.

O Protocolo estabelece que “um contrato de venda transfere para o comprador os direitos do vendedor sobre o bem aeronáutico de acordo com os termos do contrato (art. V, n.º 2). Neste caso, “o registo de um contrato de venda permanece em vigor indefinidamente. O registo de uma venda futura permanece em vigor, a menos que seja objecto de cancelamento ou, se for caso disso, até à expiração do prazo especificado no registo”.

O Protocolo adapta ainda a Convenção ao incluir medidas adicionais de reacção do credor em caso de incumprimento, para além das medidas que a própria convenção prevê<sup>(10)</sup>. São estas, nos termos do art. IX, n.º 1:

- a) o abate ou cancelamento da matrícula da aeronave, o qual implica o cancelamento do registo da nacionalidade da aeronave, tal como resulta da Convenção de Chicago visa permitir um novo registo noutra Estado, de acordo com a lei aplicável;
- b) exportação ou deslocação física da aeronave para o território de outro país.

Estas medidas só podem ser, no entanto, aplicadas se o devedor o houver consentido (art. IX n.º 1, proémio do Protocolo), não podendo, além disso, o credor a eles recorrer sem o prévio consentimento por escrito do titular de qualquer garantia registada que tenha prioridade relativamente ao credor considerado (art. IX, n.º 2, do Protocolo).

O Protocolo admite, porém, no seu art. XIII, que qualquer Estado-Membro efectue uma declaração, ao abrigo do seu art. XXX, que exija que, para que estas medidas possam ser aplicá-

---

<sup>(10)</sup> Seguimos MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, pp. 490 e ss.

veis, o devedor inscreva no registo uma autorização irrevogável de pedido de abate de aeronave ou de exportação da mesma. Nesse caso, apenas o credor autorizado pode desencadear essas medidas e apenas nos termos em que essa autorização for concedida.

Finalmente, o Protocolo adapta também as regras da Convenção relativa às medidas provisórias no seu art. X. No entanto, essa adaptação fica dependente, nos termos do art. XXX de os Estados-Contratantes emitirem uma declaração, pretendendo que esse artigo X lhes seja aplicável, e apenas na medida dessa declaração.

Caso o Estado-Contratante tenha emitido essa declaração, passam a ser aplicáveis as seguintes regras:

- a)* A expressão “curto prazo” estabelecida no art. 13.º, n.º 1, da Convenção para o prazo em que a decisão judicial pode ser proferida passa a ter o significado preciso do “número de dias úteis contados da data de apresentação do pedido indicado na declaração feita pelo Estado Contratante onde o pedido for apresentado (art. X, n.º 2);
- b)* Admite-se igualmente como medida provisória a venda e a atribuição do produto de venda da aeronave, se o devedor e o credor nisso tiverem consentido (art. X, n.º 3).
- c)* As partes adquirem o direito de, por acordo, excluïrem a aplicação do art. 13.º, n.º 2, da Convenção, que permite ao Tribunal impor condições específicas para a decretação de medidas provisórias.

# EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS COM VIGILÂNCIA ELECTRÓNICA

Em especial: o regime de permanência na habitação previsto no artigo 44.º do Código Penal

*Pelo Dr. Carlos Pinto de Abreu*

## **1. A prisão, a privação de liberdade e o regime de permanência na habitação**

A privação da liberdade e a reclusão institucional, tal como se têm tradicionalmente delineado, decidido e executado, serão vistas, e porventura num futuro bem próximo, como um anacronismo e um símbolo triste, degradante e humilhante de uma sociedade, de um legislador, de uma justiça e de uma administração com falta de imaginação e de discernimento e com um vazio de ideias e de soluções modernas, respeitadoras e eficazes para, em liberdade ou em liberdade vigiada, combater eficaz e inteligentemente a criminalidade e reintegrar adequada e eficientemente na sociedade a generalidade dos agentes do crime.

Já se disse, e bem, que “a prisão, nomeadamente, como paradigma da reacção penal dos últimos 150 anos não será conhecida pelos bons resultados obtidos, mas antes pela constância temporal e pelos números massivos de pessoas que tem albergado”<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. de NUNO FRANCO CAIADO, o seu *Vigilância Electrónica em Portugal — contributos para da história do primeiro ciclo de vigilância electrónica (2002-2005) — 1.ª parte*; in Ousar Integrar, n.º 1, 2008, p. 79.

Nem sempre, porém, mesmo neste já longo período de século e meio, a prisão foi tida como a solução milagrosa ou a pena principal. Para bom entendedor... meia palavra e a citação *infra*<sup>(2)</sup> bastarão!

A prisão como sanção padrão, como pena principal e dominante, cairá paulatinamente em desuso, terá o seu enquadramento jurídico, histórico e social limitado e temporalmente definido, será analisada como fruto da incapacidade de superação dos Estados na sua relação com as Pessoas e será vista como uma solução céptica, mas rápida, e hipócrita, mas fácil, sempre ou quase sempre ineficaz; aparente e socialmente desejada, adequada e necessária, mas inútil, retrógrada e destrutiva, bem como, muitas vezes, na generalidade das situações, e no limite, violadora dos Direitos Humanos, não só, mas também, pelo modo concreto como se processa, na prática, a sua execução.

E sê-lo-á assim considerada, a prisão, em confinamento de natureza institucional, uma pena ineficaz, retrógrada, antiquada, regressiva e degradante, porque alternativas haverá — senão sempre, quase sempre — que não sejam desrespeitadoras da liberdade possível - núcleo fundamental da dignidade humana, e causadoras, mais tarde ou mais cedo, de indução da exclusão, de incremento da

---

(<sup>2</sup>) “Há muitos annos que temos, no animo, arreigada, a convicção de que o degredo é a pena por excellencia. Em virtude d’isto, dissemos ser perfeitamente legitimo o poder que a sociedade tem de prender ou por outro qualquer modo restringir a área de acção aos criminosos convictos. Degredo em colónia penal precedido de prisão cellullar para os crimes gravissimos, degredo em colónia penal seguido de degredo simples, para os crimes graves, prisão correccional, multa, reprehensão e as espeziaes dos empregados públicos, para os crimes de menor gravidade — são as penas que convêm figurem no nosso codigo. Devêmos, porém, ter sempre em vista que o degredo é a pena por excellencia e que, entre nós, tem produzido magnificos resultados. Separal-o dos individuos com quem habitualmente convivia; apartal-o do sitio em que delinuiu e onde deu azo a um alarme social perturbando o estado de direito; segregal-o para longe das pessoas a quem offendeu; distancial-o da pátria, cujas leis infringiu: tudo isto impressiona o criminoso, agita-o, consterna-o profundamente e obriga-o a pensar na sua desgraça e nos motivos que a determinam. [...] Apresentando-se á auctoridade e conversando, depois, com os degradados mais antigos, fica sabendo que, na sua nova posição, só tem um caminho a seguir — o do bem, pelo qual alcançará a rehabilitação — e que, se por acaso trilhar o do mal, sevêros castigos o esperam. É naturalissimo, então, comparar o criminoso o seu presente com o passado e pedir a Deus melhor futuro.” Cfr. de ABÍLIO ADRIANO DE SÁ o seu *Prisões, Fianças e Registo Criminal*; Porto, Artur José de Souza e Irmão, 1902, pp. 4 e 5.

marginalidade, de promoção da criminalidade e de aumento da reincidência. *In prison... nothing works.*

Infelizmente, a grave crise económica e moral e a impotência dos Estados, bem como a incapacidade da Sociedade Civil para com ela lidar, são o caldo de cultura para que se ceda à tentação, errada, de optar pela penalização da pobreza, pela “criminalização da miséria para colmatar a generalização da insegurança salarial e social”.

Esta tendência de hiper-criminalização gerará a anormalidade e a ineficácia de um “punho de ferro do aparelho penal intrusivo e omnipresente” e o retrocesso histórico da “passagem do Estado-providência ao Estado-penitenciário”<sup>(3)</sup>.

Em conclusão, as exigências de humanidade, de estrita necessidade e de equilibrada subsidiariedade da intervenção penal e o reconhecimento de que só prementes finalidades de prevenção, geral e especial, podem justificar a aplicação de uma pena, conduzem à óbvia proibição do excesso — que afastará na maioria dos casos a prisão — e à imposição de um princípio de socialidade — que imporá “ao Estado um dever de ajuda e solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe as condições necessárias [em liberdade ou em liberdade vigiada] para a reintegração na sociedade”<sup>(4)</sup>.

Não negamos também que algumas das experiências de *probation* tiveram resultados que “...não foram os mais animadores, [não pelo instituto em si, dizemos nós, mas] pela ineficácia dos modelos de intervenção, ainda marcados por certo cariz assistencialista ou pedagógico” e reconhecemos que é verdade que “a tentação de uma mera substituição de cárcere particular e domiciliário foi até hoje posta de parte”<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> “Denúncia das «violências urbanas», intensificação do policiamento dos bairros sensíveis, repressão crescente da delinquência juvenil (e em particular dos jovens ditos emigrados), flexibilização ou diluição da fronteira jurídica entre menores e adultos, perseguição dos sem-abrigo, «tolerância zero», crescimento contínuo da população prisional, vigilância punitiva dos beneficiários da assistência social: por toda a Europa se faz sentir a tentação de usar as instituições policiais e penitenciárias para jugular as desordens geradas pelo desemprego, pela precarização do trabalho e pelo recuo da protecção social”. Cfr. de LOÏC WACQUANT o seu *As Prisões da Miséria*; Oeiras, Celta, 2000.

<sup>(4)</sup> Cfr. de MARIA JOÃO ANTUNES, o seu *Consequências Jurídicas do Crime*; Coimbra, 2007-2008; pp. 8 e 9.

<sup>(5)</sup> Idem, *ibidem*, p. 81.

Mas já não vou tão longe, nem defendo, relativamente à tentação, que “devemos pugnar para que ela não surja, nem na lei, nem no desenho dos programas, nem encapotada, na prática dos serviços”<sup>(6)</sup>.

Porquê? O sistema vigente, assente na prisão, tem dado resultados? Não.

E isto porque “nenhuma pena infligida segundo a lei se estabelece para causar um mal, mas para converter em melhor o que a sofre (...) É necessário dizer que o fim da justiça tende a isto — a quê? — a que a lei instrua a quem comete a injustiça, grande ou pequena, e o constranja a não praticar jamais acções voluntárias no futuro”<sup>(7)</sup>. Esse é, pois, o desafio a que a vigilância electrónica veio dar um poderoso impulso e uma preciosa ajuda — substituir a breve trecho, na maioria dos casos, a reclusão institucional<sup>(8)</sup>.

Iniciando este trilha espinhoso e difícil, mas corajoso, rumo à inovação e à modernidade, e pleno de humanidade e de inteligência, o legislador português criou uma nova pena — o regime de permanência na habitação, ao qual, entre outros, se referem directamente os artigos 44.º (regime de permanência na habitação), 62.º (adaptação à liberdade condicional) e 80.º (medidas processuais) todos do Código Penal, o artigo 487.º do Código de Processo Penal, e a Lei n.º 122/99, de 20 de Agosto, aplicável por força do artigo 9.º da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. de NUNO FRANCO CAIADO, o seu *Vigilância Electrónica em Portugal — contributos para da história do primeiro ciclo de vigilância electrónica (2002-2005)* — 2.ª parte; in Ousar Integrar, n.º 1, 2008, p. 79.

<sup>(7)</sup> PLATÃO, *Leis IX-854 e IX-862*.

<sup>(8)</sup> Contra esta “utopia” está NUNO FRANCO CAIADO, no seu *Vigilância Electrónica em Portugal — contributos para a história do primeiro ciclo de vigilância electrónica (2002-2005)* — 1.ª parte; in Ousar Integrar, n.º 2, 2009, p. 94.

## **2. O regime de permanência na habitação previsto no artigo 44.º do Código Penal — a natureza da nova sanção impede a sua aplicação em caso de multa não paga, de pena de prestação de trabalho a favor da comunidade não satisfeita ou de revogação da suspensão de execução da pena?**

Como sanção, o regime de permanência na habitação há muito era reclamado em Portugal quer porque impellido, a partir do Direito Comparado, pela experiência de sucesso *extra muros* (de aplicação de verdadeiras penas de substituição ou regimes de execução das penas com recurso à vigilância electrónica), quer *intra muros* e pela intervenção do legislador e do aplicador português, também no Direito e na jurisprudência nacionais, desde logo, pelo exemplo de sucesso da medida de coacção obrigação de permanência na habitação com vigilância electrónica.

Limitar-me-ei a tratar neste seminário internacional algumas questões que se suscitam a propósito do artigo 44.º do Código Penal, no qual expressamente se estabelece que:

1. Se o condenado consentir, podem ser executados em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição:

- a) A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano;
- b) O remanescente não superior a um ano da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação da liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão ou obrigação de permanência na habitação.

2. O limite máximo previsto no número anterior pode ser elevado para dois anos quando se verificarem, à data da condenação, circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado que desaconselhem a privação da liberdade em estabelecimento prisional, nomeadamente:

- a) Gravidez;
- b) Idade inferior a 21 anos ou superior a 65 anos;
- c) Doença ou deficiência graves;
- d) Existência de menor a seu cargo;
- e) Existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.

3. O tribunal revoga o regime de permanência na habitação se o condenado:

- a) Infringir grosseira ou repetidamente os deveres decorrentes da pena; ou
- b) Cometer crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades do regime de permanência na habitação não puderam por meio dele ser alcançadas.

4. A revogação determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, descontando-se por inteiro a pena já cumprida em regime de permanência na habitação.

Em Portugal, o regime de permanência na habitação é aqui, neste caso, pena de substituição, mas também é, noutro caso, e basta ler atentamente o artigo 62.º do Código Penal, regime de cumprimento de pena de prisão:

“Para efeito de adaptação liberdade condicional, verificados os pressupostos previstos no artigo anterior, a colocação em liberdade condicional pode ser antecipada pelo tribunal, por um período máximo de um ano, ficando o condenado obrigado durante o período da antecipação, para além do cumprimento das demais condições impostas, ao regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância.”

Ou seja, não me parece que haja qualquer impedimento legal, obstáculo jurisprudencial ou óbice doutrinal a que o regime de per-



manência na habitação seja também, “em segunda linha”, uma pena de substituição<sup>(9)</sup>.

Sendo, na previsão do artigo 44.º do Código Penal, pena de substituição — e não, neste caso (antecipação da liberdade condicional), mero regime de cumprimento de pena de prisão — compete ao tribunal de julgamento, seja ele o de primeira instância, seja ele o de recurso (e não ao tribunal de execução das penas como no caso da antecipação da liberdade condicional) aplicar ou ordenar a substituição, sobretudo em função da situação pessoal e familiar do visado à data da sua condenação.

Tal natureza em nada impede, no nosso entender, que o tribunal de julgamento (ou o tribunal de recurso) aplique em vez da prisão o regime de permanência na habitação em caso de multa não paga, de pena de prestação de trabalho a favor da comunidade não satisfeita ou de revogação da suspensão de execução da pena.

Desde logo, porque o argumento da natureza em nada tem que relevar, neste caso, em sede de regime, sendo certo que também há quem considere o regime de permanência na habitação como pena de substituição detentiva, respondendo, como responde, ao requisito da determinação prévia da medida de pena de prisão, sendo aplicado e executado em vez desta, e que, por isso, em nada difere da prisão em dias livres ou da prisão em regime de semidetenção.

E, assim sendo, como é, pode concluir-se que, nessa medida, trata-se, verdadeiramente, de uma forma de execução da pena de prisão que é, ainda, da competência do tribunal de condenação.

Sem entrar em polémicas inúteis, certo é que, por um lado, nos termos do artigo 80.º do Código Penal, pode tratar-se da execução em regime de permanência na habitação do remanescente não

---

<sup>(9)</sup> Só assim, aliás, como é referido nos objectivos deste seminário internacional, se logrará “o respeito pela dignidade humana, pelos direitos individuais dos condenados e pela sua reinserção na sociedade”. E só assim, também, se evitará “o carácter estigmatizante e criminógeno da pena de prisão”. Tudo finalidades [que] “obriga[m] a ponderar e a promover formas de reacção criminal alternativas e valorativas das vertentes reparadoras e ressocializadoras das penas”, para que se cumpra “o princípio da ressocialização de pessoas condenadas, designadamente no que respeita ao reconhecimento do direito ao trabalho, da justa remuneração e da sua integração social”.

superior a um ano da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação de liberdade a que o arguido esteve sujeito.

E não menos certo é que, por outro lado, também se afirma que as circunstâncias que o n.º 2 do artigo 44.º do Código Penal prevê, exemplificativamente, são circunstâncias que só podem relevar, de forma autónoma, ao nível da execução da pena de prisão, não em sede de escolha de pena...”<sup>(10)</sup>.

Depois, porque, salvaguardando o necessário preenchimento dos pressupostos legais, em nada difere a decisão da aplicação desta sanção do raciocínio jurídico presente na decisão de mandar, ou não, prender; e, nesse acto de escolha da espécie de pena, em nada diverge o juízo a ter nas revogações da ponderação da necessidade, ou não, da pena e, nessa ponderação, da ponderação também da justificação política, abstracta, jurídica e casuística do instituto da permanência na habitação com vigilância electrónica, para a substituição permitida e devida.

Finalmente, será sempre, e nestes casos, possível aplicar o regime da permanência na habitação, porque não há qualquer proibição ou limitação a este entendimento quer no artigo 44.º, que vimos já, quer nos artigos 43.º, 49.º e 56.º também do Código Penal, sendo que se imporá sempre uma decisão actualizada “à data da condenação” e essa não pode deixar de equacionar o momento diverso da revogação e a sanção mais justa e adequada mesmo em caso de incumprimento de uma pena alternativa.

O juiz não é um mero autómato, limitado e acrítico, nem o cidadão condenado um simples objecto de uma decisão sem actualidade, inadequada e simplesmente formal.

É, pois, possível, e desejável, aplicar o regime de permanência na habitação em caso de multa não paga, de prestação de trabalho a favor da comunidade não satisfeita ou de revogação de suspensão da pena.

Assim a lei o permita, e permite; o defensor o requeira, o procurador o promova e o juiz o decida, e estamos em crer que o farão sem problemas, uma vez bem cientes, e justamente convencidos pelo exemplo das boas práticas, da eficácia, da bondade, da fiabili-

---

(10) Cfr. de PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *idem*, *ibidem*, pp. 46 e 47.

dade e da segurança do novo sistema, bem como pela constatação da competência e dos esforços dos seus operadores na Direcção-Geral de Reinserção Social.

### **3. O conteúdo e o regime da nova sanção — regime de permanência na habitação previsto no artigo 44.º do Código Penal. Em especial: a manutenção da competência *anti natura* do tribunal de julgamento, os pressupostos de aplicação ou de revogação da sanção, as autorizações de saída e a possibilidade, ou não, de aplicação do instituto da liberdade condicional**

O conteúdo do regime de permanência na habitação não é rígido nem estrito, pois a sanção visa precisamente realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição e esse objectivo fundamental pressupõe a aplicação de um regime aberto e flexível com possibilidade, regularidade e efectividade de autorizações de saída.

O tribunal de julgamento (ou o de recurso) pode — e deve, no nosso entendimento — permitir todas as saídas da habitação que se justifiquem e sejam compatíveis com as necessidades de saúde, de ensino, de formação profissional, profissionais ou outras.

Para quem — na sua sensibilidade empedernida, visão formal ou limitação cultural, e sem quaisquer preocupações de ressocialização — considere a prisão a única resposta à criminalidade, uma pena padrão e o fio condutor da punição, o conteúdo da pena de permanência na habitação seria, preferente ou primacialmente, a permanência ininterrupta do condenado na habitação sujeito à vigilância electrónica. Ora, quem defende este regime não percebe minimamente as virtualidades do sistema de vigilância electrónica e as finalidades das penas.

É que o Direito Penal e o seu exercício pelo Estado de Direito fundamenta-se na necessidade estatal de subtrair à disponibilidade (e à autonomia) de cada pessoa o mínimo dos seus direitos, liberdades e garantias, indispensável ao funcionamento, tanto quanto pos-

sível sem entraves, da sociedade, à preservação dos bens jurídicos essenciais e a permitir por aqui, em última análise, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto indivíduo e enquanto membro da comunidade, desenvolvimento da personalidade esse assente na mais ampla liberdade com responsabilidade.

Desde logo, não é aceitável uma tendencial eternização e permanência da total privação da liberdade, porque a permissão ou a autorização de saídas, genérica ou casuisticamente determinadas pelo tribunal, nada tem que ver com a presunção de inocência já ultrapassada ou com o grau de ilícito ou de culpa e com a censura já decididas, mas sim com a personalidade do agente e com a sua capacidade de beneficiar de uma liberdade vigiada.

E depois porque a permissão ou a autorização de saídas genérica ou casuisticamente determinadas parte, sim, não apenas da ponderação da personalidade do agente, mas das próprias finalidades da pena (prevenção geral e prevenção especial, nas suas vertentes positiva e negativa), da constatação da ausência de perigos e de riscos de insucesso da medida com aquela formulação concreta e da aferição das necessidades de manutenção ou promoção dos vínculos de normalidade, de socialidade e de afectividade das relações familiares, sociais e profissionais para o sucesso da medida sancionatória.

São todas estas as finalidades que se pretendem salvaguardar num percurso de educação para o direito, de reinserção eficaz e participada, de autodisciplina e contenção, para preparar e alcançar uma adesão de cidadania útil e responsável no respeito pelos comandos legais e pelos direitos dos outros.

Não faz pois qualquer sentido defender que o regime de saídas há-de “necessariamente ser mais apertado do que aquele [que] seria aplicável antes do trânsito em julgado da condenação...”<sup>(11)</sup> Até porque são bastante claros, e têm que ter algumas consequências úteis de regime, quer os pressupostos materiais, quer os pressupostos formais, da pena de permanência na habitação com vigilância electrónica.

---

<sup>(11)</sup> Cfr. de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o seu *Comentário ao Código Penal*; Lisboa, Universidade Católica, 2008; p. 182 e 185.

Pressupostos materiais são, para além dos critérios gerais de escolha da espécie da pena (cfr. artigo 70.º do Código Penal), os da adequação e os da suficiência. Ou seja, será sempre aplicado o regime de permanência na habitação ponderados todos os factores e variáveis relevantes se se “...concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Já “os pressupostos formais de aplicação desta pena de substituição são os seguintes: a condenação em pena concreta de prisão até um ano, nos termos do n.º 1, al. a), ou a existência de um remanescente [de pena] não superior a um ano de prisão nas penas de prisão até quatro anos e dez meses, nos termos do n.º 1, al. b), desde que o arguido já tenha sofrido prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação”.

Excepcionalmente, “a existência de uma situação pessoal ou familiar de especial fragilidade é exigida para o alargamento do prazo da pena de prisão ou do remanescente para dois anos”<sup>(12)</sup>, dando-se na lei como exemplos meramente indicativos, entre outros, a gravidez em curso e a existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.

Questiona-se, no âmbito de aplicação do artigo 44.º do Código Penal, a competência para o acompanhamento e para a revogação do regime de permanência na habitação (tanto que não há norma de atribuição de competência no direito vigente), assim como se questiona também, *in casu*, a aplicabilidade, ou não, do instituto da liberdade condicional (porque também nesta particular mas relevante questão há lacuna de previsão)<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Idem, *ibidem*; p. 182 e 185.

<sup>(13)</sup> Como se pode ler na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X (quanto às alterações do CP) “(...) foram ponderadas as recomendações constantes do Relatório concluído em 12-2-2004 pela Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional. (...) É no quadro desta política de combate ao carácter criminógeno das penas detentivas que se deve ainda compreender o regime previsto nos artigos 61.º e seguintes para a liberdade condicional, definitivamente ultrapassada a sua compreensão como medida de clemência ou de recompensa por boa conduta, a libertação condicional serve, na política do Código, um objectivo bem definido: o de criar um período de transição entre a prisão e a liberdade, durante o qual o delinquentes possa equilibradamente recobrar o sentido de orientação social fatalmente enfraquecido por efeito da reclusão”.

*De iure constituendo* tal primeira lacuna estará já ultrapassada pelo disposto no n.º 1 do artigo 138.º do *Anteprojecto de Proposta de Lei que aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade* que estatui que “após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida de privativa da liberdade, compete ao Tribunal de Execução de Penas acompanhar e fiscalizar a respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção...”.

Contudo, *de iure constituto* e face ao elenco das actuais competências dos tribunais de execução de penas (artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 222/77, de 30 de Maio) e das competências do juiz de execução de penas (artigo 23.º do mesmo diploma legal), dúvidas não restam que não está prevista<sup>(14)</sup> a competência material que seria natural<sup>(15)</sup>.

Assim, quando esteja em causa o regime de permanência na habitação previsto no artigo 44.º do Código Penal, “o tribunal de

---

(14) Cfr. de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, o seu *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária — estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*; Coimbra, Coimbra Editora, 2000; pp. 137 a 139. Aí se refere expressamente que “*de acordo com o sistema vigente, o reforço da intervenção jurisdicional traduzir-se-ia, em abstracto, na atribuição de novas competências ao tribunal de execução de penas. Sucede que, em nosso entender, a intervenção directa de um magistrado no processo de execução de penas e medidas de segurança privativas de liberdade e na garantia dos direitos dos reclusos nem sempre se coaduna, em todas as suas formas, com a função jurisdicional dos tribunais, e, em particular, do juiz de execução das penas. A função jurisdicional traduz-se tipicamente na decisão de um conflito, relativamente ao qual o julgador se encontra numa posição supra-partes e a intervenção jurisdicional que se preconiza não supõe sempre uma relação conflitual (...)*” sendo que há um “...*espaço de conflito que reclama a intervenção do tribunal (juiz de execução das penas). Só nestas circunstâncias, como tribunal de garantia da posição jurídica e dos direitos do recluso, o tribunal de execução das penas se assumiria como necessária instância jurisdicional. Competir-lhe-ia, então, designadamente, apreciar e decidir os requerimentos que lhe fossem dirigidos pelos reclusos ou os recursos da administração penitenciária que a lei determinasse.*” Acrescenta-se ainda que a necessidade, diria mesmo, a imprescindibilidade do juiz de execução de penas não resulta apenas da necessidade de evitar o sempre possível erro da administração, colmatar as deficiências da sua falta de isenção, ultrapassar a subjectividade e de postergar os desvios possíveis por abuso ou arbitrio, sobretudo em caso de conflito, mas também de emprestar a uma decisão relevante a sua especialização e especial sensibilidade para questões de acompanhamento e pedagogia da sanção.

(15) Entretanto foi aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade que, no seu artigo 138.º, estabelece os critérios de atribuição da competência material do tribunal de execução das penas.

juízo [aqui o tribunal de primeira instância] acompanha a execução desta pena de substituição” o que fará sempre “de acordo com a informação dos serviços da Direcção-Geral da Reinserção Social”.

Nesta medida, de acordo com a gravidade e/ou a reiteração do incumprimento dos deveres, o tribunal de primeira instância pode decidir revogar o regime de permanência na habitação.

A revogação implica a prisão efectiva em meio prisional de cariz institucional pelo que há que ponderar todos os efeitos da decisão<sup>(16)</sup>.

E “o tribunal revoga o regime se (1) o condenado infringir grosseira ou repetidamente os seus deveres... (2) se cometer crime na pendência da pena e vier a ser condenado por ele, revelando que os fins da pena não podem ser alcançados com a permanência na habitação, (3) se revogar o seu consentimento ou (4) se danificar o equipamento de monitorização com propósitos ilícitos (artigo 8.º,

---

<sup>(16)</sup> Citando parecer da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados sobre as propostas e a metodologia da Comissão de Estudos e Debate da Reforma do Sistema Prisional, e mesmo sabendo que “(...) o problema do nosso sistema prisional nunca foi — como continua a não ser hoje, no essencial — um problema de má legislação ou falta dela, antes consiste num problema de falta de visão global da estratégia adequada à execução das leis elaboradas (falta de vontade política e administrativa, falta de organização e de gestão, falta de empenhamento da própria sociedade no seu conjunto)” certo é que “...a Comissão não tem no seu seio, que se saiba, qualquer representante permanente dos profissionais do foro, juizes, magistrados do Ministério Público e advogados, o que, pelo menos simbolicamente, marginaliza estes e sobretudo não permite os contributos que estes poderiam prestar e sugestões que poderiam melhorar a Reforma. (...). Assim, também não temos dúvidas em subscrever a opinião de que o grau de respeito dos direitos e garantias dos reclusos é insuficiente. Acrescentando, porém, que, do ponto de vista prático, é no mínimo altamente deficiente o grau de respeito da dignidade da pessoa humana na maioria dos estabelecimentos prisionais, apesar dos esforços louváveis em melhorar as condições materiais e os meios humanos. O problema não se encontra tanto na legislação ou na falta dela, não é culpa do legislador, mas sim da incapacidade de colocar em prática as soluções já plasmadas na lei, fruto da falta de infra-estruturas e na ausência ou insuficiência de meios humanos e técnicos que possibilitem o tratamento penitenciário, isto é, uma real adaptação e reintegração social do recluso. Mas tais desideratos dificilmente serão prosseguidos com a real e excessiva sobrelocação prisional, com uma cultura judiciária crescentemente securitária com o aumento das penas longas de prisão e a não aplicação de penas substitutivas e com o excesso de prisão preventiva. Mais a mais com espaços mal localizados e dimensionados, degradados e sem condições de higiene e salubridade.”

n.º 1, al. b) e c) da Lei nº 122/99, de 20.8, por força do artigo 9.º da Lei n.º 59/2007, de 4.9)”<sup>(17)</sup>.

Vejamus agora a questão da aplicabilidade, ou não, do instituto da liberdade condicional. Ao contrário do que alguns defendem (veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, bem recente, datado de 28.01.2009, proferido no âmbito do processo n.º 7119/08 — “a liberdade condicional não tem aplicação no caso de pena de prisão a ser cumprida em regime de permanência na habitação”) não se antevê a impossibilidade de aplicação da figura da liberdade condicional a quem esteja em regime de permanência na habitação com vigilância electrónica aplicada e executada nos termos previstos no artigo 44.º do Código Penal.

A liberdade condicional é um instituto de flexibilização da pena de prisão, mas não menos certo é que o regime de permanência na habitação em tudo é equiparado ao regime da pena de prisão, até por se tratar sempre, quer num caso, quer noutro, de uma reclusão, de uma pena privativa da liberdade com maior ou menor possibilidade de válvulas de escape, consoante as decisões concretas de autorizações de saída que se forem sucedendo, algumas verdadeiramente restritivas e insuficientes para uma verdadeira finalidade de reinserção social<sup>(18)</sup>.

O que o artigo 61.º do Código Penal estatui é que:

1. A aplicação da liberdade condicional depende sempre do consentimento do condenado.

2. O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrar cumprida metade da pena e no mínimo 6 meses se:

---

<sup>(17)</sup> Cfr. de Paulo Pinto de Albuquerque, o seu *Comentário ao Código Penal*; Lisboa, Universidade Católica, 2008; pp. 182 e 185.

<sup>(18)</sup> Ou seja, e para o que ora interessa, sendo que esse não é sequer o critério distintivo ou ordenador, há regimes de permanência na habitação muito mais restritivos da liberdade que algumas execuções da pena de prisão. Bastará perceber que alguém pode estar confinado em espaço muito mais reduzido, 24 sobre 24 horas numa habitação sem quaisquer condições de salubridade mínima, sem sequer uma hora diária de saída para o exterior e de “céu aberto”; ou, por exemplo, comparar qualquer regime aberto virado para o exterior na execução de uma pena de prisão ou saídas precárias prolongadas com uma simples autorização de saída, três vezes por semana, para um condenado a prisão domiciliária, porque insuficiente renal crónico, poder fazer diálise em centro de hemodiálise.



- a) For fundadamente de esperar, atentas as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e
- b) A libertação se revelar compatível com a defesa da ordem e da paz social.

3. O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrarem cumpridos dois terços da pena e no mínimo 6 meses desde que se revele preenchido o requisito constante da alínea a) do número anterior.

4. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, o condenado a pena de prisão superior a seis anos é colocado em liberdade condicional logo que houver cumprido cinco sextos da pena.

5. Em qualquer das modalidades a liberdade condicional tem uma duração igual ao tempo de prisão que falte cumprir, até ao máximo de cinco anos, considerando-se então extinto o excedente da pena.

Não refere este artigo senão as expressões “condenado” (n.º 1), “prisão” (n.º 2), “condenado” e “prisão” novamente (n.º 2, al. a) e n.ºs 1, 3 e 4), bem como a expressão “libertação” (n.º 2, al. b)) e nunca nele se refere qualquer conceito de “prisão efectivamente sofrida” e, muito menos, qualquer noção de “cadeia efectivamente sofrida”, sobretudo com o carácter restritivo da prisão ou, melhor, da reclusão institucional.

Estabelecendo, como estabeleceu o legislador, a integral equiparação do regime de permanência na habitação à prisão, no n.º 4 do artigo 44.º, não se poderá, pois, defender que “...não é admissível a «liberdade condicional» do regime de permanência na habitação”.

Tanto mais que não se percebe porque é que “viola frontalmente a natureza desta pena de substituição” ou porque é que a aplicabilidade *in casu* da figura e do regime da permanência na habitação com vigilância electrónica “viola frontalmente a própria natureza do instituto da liberdade condicional”.

Não se vê porque é que a liberdade condicional se deve circunscrever a um incidente da execução da pena de prisão<sup>(19)</sup> e, muito menos, como é que se pode defender que só na prisão *tout court* é possível “avaliar a evolução da personalidade do agente durante a execução da pena”.

O “comportamento prisional”, que deve ler-se o comportamento do condenado em situação de reclusão, e qualquer que seja a natureza desta<sup>(20)</sup>, é sempre fruto de uma análise de um indivíduo num meio artificial de contenção e de confinamento, o que é o caso da reclusão institucional, mas é também o caso da reclusão domiciliária.

É, até, muito mais útil a análise do comportamento do condenado em situações bem mais próximas das da vida real, em liberdade ou, o que é aqui o caso, em liberdade vigiada<sup>(21)</sup>.

Também é possível e desejável, no regime de permanência na habitação, aferir da possibilidade de verificação do “...índice de ressocialização e de um futuro comportamento responsável em liberdade” e isto porque o regime de permanência na habitação com vigilância electrónica também é reclusão e está integralmente equiparado à prisão. E isto sem as desvantagens da prisão!

---

(19) Como se salienta na Resolução do Conselho de Ministros n.º 144/2004 (Resolução que aprova o Programa de acção para o desenvolvimento da vigilância electrónica no sistema pena, de 30-9-2004) “é sobretudo no contexto da execução de penas que a vigilância electrónica tem vindo a afirmar-se no panorama internacional, ao longo dos últimos anos, como alternativa ao sistema prisional, face ao qual apresenta um inquestionável conjunto de vantagens. Ao permitir evitar a execução de penas efectivas de curta duração e flexibilizar a execução ou antecipar a concessão de liberdade condicional, no caso de penas mais longas, o Governo antevê que a vigilância electrónica poderá constituir um meio eficaz ao serviço da redução da elevada taxa de encarceramento que Portugal regista, o que constitui um objectivo central de política criminal”, e daí que então tenha resolvido estabelecer que o Governo adoptasse medidas legislativas adequadas à definição do regime jurídico da vigilância electrónica no âmbito da execução de sanções privativas de liberdade, designadamente como alternativa de execução de penas de prisão efectivas de curta duração e como condição de antecipação da liberdade condicional.

(20) E daí que qualquer análise ao “comportamento prisional” não prescinda, por exemplo, da ponderação e apreciação do comportamento do condenado na fase anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, nomeadamente quando tenha estado em situação de prisão preventiva.

(21) Não há, pois, mais uma vez no meu parco entendimento, qualquer impedimento legislativo, qualquer obstáculo jurisprudencial ou qualquer óbice doutrinário à aplicação do instituto da liberdade condicional.

É que no dia-a-dia <sup>(22)</sup>, os reclusos <sup>(23)</sup> confrontam-se com todos os problemas das condições de alojamento<sup>(24)</sup>; da alimentação<sup>(25)</sup>; no campo da saúde<sup>(26)</sup>; relativos às matérias da ocupação e dos tempos livres e convívio<sup>(27)</sup>; às relações com o exterior e questões de segurança e disciplina e de administração penitenciária em sentido estrito<sup>(28)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Cfr. os três Relatórios da Provedoria de Justiça sobre “As Nossas Prisões”, e sobretudo o III Relatório, de onde são retirados os trechos *infra* citados nas notas 22 a 27.

<sup>(23)</sup> No que toca à situação dos reclusos é afirmado que “o nosso País detém a maior taxa de encarceramento”, reafirma-se “que, na prática, a prisão preventiva seja, de facto, a última das medidas de coacção”; propõe-se “o recurso a modalidades menos penosas, de que são exemplo as chamadas «pulseiras electrónicas»”; constata-se “um aumento das penas longas” e “o desajustamento do paradigma prisional existente”, bem como uma situação endémica de sobrelotação prisional em que “8 EPR superam 200% e 23 EP (dos quais 21 regionais) colocam-se acima de 150% da sua lotação disponível”.

<sup>(24)</sup> Quanto às condições de alojamento, verificou-se ainda o “degradante uso do chamado «balde higiénico»” para além de “condições inaceitáveis em termos de higiene, ventilação e salubridade em alguns estabelecimentos, de que são exemplos negativos Alcoentre, Montijo e Setúbal e o sector feminino de Coimbra”.

<sup>(25)</sup> No que concerne à alimentação verificou-se que, não obstante as melhorias, “continuam a existir no sistema cozinhas muito degradadas e com más condições higio-sanitárias e armazéns sem as menores condições para armazenagem e distribuição das refeições”, tendo resultado ainda uma “impressão de assistemática com que se ficou da fiscalização feita pelos serviços centrais da DGSP” das empresas privadas a quem compete o fornecimento de refeições.

<sup>(26)</sup> No campo da saúde “deparou-se com um panorama geral de insuficiências”; sobretudo espaços físicos próprios e de meios humanos, designadamente, “a presença de psiquiatras, estomatologistas, psicólogos e [de] uma enfermagem permanente”, com a “falta de visitas das autoridades de saúde” e de “controlos regulares aos estabelecimentos”, bem como “1139 casos de seropositivos” e ainda “um aumento dos casos de sida declarada, de 379 para 396 casos”, isto para além de “exemplos impressionantes... Sintra, com 666 reclusos, tinha 468 portadores das duas hepatites” e “metade dos reclusos do regional de Coimbra estava infectada com o tipo C”.

<sup>(27)</sup> Quanto às matérias da ocupação e dos tempos livres e convívio, e apesar de “um fraco nível de habilitações escolares na população reclusa”, verificou-se “uma quebra de reclusos a frequentar o ensino”, uma “reduzida percentagem de 6,3% da população prisional” em formação profissional, sendo que apenas “51 % dos reclusos” trabalham e o fazem sobretudo na faxinagem, “sendo perceptível a sua fraca mais valia para o regresso em meio livre”, isto para além de ocorrerem menos actividades, designadamente culturais e desportivas, do que seria desejável.

<sup>(28)</sup> No que toca às relações com o exterior, às matérias da segurança e disciplina e à administração penitenciária recomenda-se “*que se estenda o direito de recebimento de visitas íntimas*”; “*que só se proceda à revista pessoal dos visitantes quando existam fortes suspeitas sobre a tentativa de introdução de objectos proibidos, esgotados ou impossível que seja o recurso a outros meios de controlo menos invasivos, designadamente o controlo*”.

E, mais uma vez, se reafirma que, em meio institucional, os atentados à dignidade humana são graves e os meios humanos e materiais são insuficientes. Até porque as prisões não dão votos e os reclusos não têm voz<sup>(29)</sup>.

Calam, consentem, adaptam-se<sup>(30)</sup>.

Mas não se educam, nem reformam ou integram!

Mais, o regime de permanência na habitação com vigilância electrónica, além de, no essencial, preencher as necessidades de prevenção geral e especial, evitará o penoso efeito estigmatizante sempre associado ao cárcere.

É que, e há que dizê-lo com frontalidade e honestidade, muitas vezes o tempo passado em estabelecimento prisional só serve para se aprofundarem conhecimentos e técnicas de crime, que levam, não raras vezes, à reincidência, desta feita em grupo mais alargado, com técnicas mais aperfeiçoadas e com novas manobras de fuga às autoridades.

Embora reclusão não institucional, embora prisão domiciliária, há que recordar todas as vantagens que a medida alternativa comporta: ausência de estigmatização grave, maior dificuldade de contaminação criminógena, inexistência dos riscos específicos da institucionalização para a saúde física, social e mental, maior economia de meios, facilidade de acompanhamento em meio mais adequado à ressocialização, etc., etc.

Aliás, não faz nenhum sentido o tribunal de execução de penas ter como competência própria simplesmente “conceder a liberdade condicional e decidir sobre a sua revogação...” (I parte do n.º 8 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 222/77, de 30 de Maio) e, depois, querer restringir tal concessão da liberdade condicional

---

*sobre a pessoa do recluso após a visita”, isto para além de serem “assegurados em cada estabelecimento prisional espaços próprios e dignos para a revista pessoal dos visitantes”.*

<sup>(29)</sup> “Fácil é criticar as cadeias, a lei, a sociedade de estrutura mais ou menos burguesa: mais difícil é pôr os pés na terra, entrar na cadeia, falar com o delinquente, visitar-lhe a casa, conhecer-lhe o meio, vê-lo antes e depois do crime, vê-lo e acompanhá-lo na volta à sociedade...” in a Primeira Página, de *O Cidadão Delinquente: reinserção social?*; Lisboa, IRS, 1983, p. 5.

<sup>(30)</sup> Cfr. *Delinquência Crime e Adaptação à Prisão*, de RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, Coimbra, Quarteto, 2002.

apenas às situações de prisão e não (cfr. artigo 80.º do Código Penal) às penas a ela totalmente equiparadas.

Com efeito o artigo 80.º do Código Penal estatui que:

1. A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão, ainda que tenham sido aplicadas em processo diferente daquele em que vier a ser condenado, quando o facto por que foi condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas.

2. Se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação são descontadas à razão de um dia de privação da liberdade por, pelo menos, um dia de multa.”

Seria o mesmo que dizer que quer a prisão por dias livres (artigo 45.º do Código Penal), quer a prisão em regime de semi-detenção (artigo 46.º do Código Penal), também não seriam susceptíveis de beneficiar do desconto ou da medida de flexibilização permitida pelo instituto da liberdade condicional.

Assim como é possível aplicar o regime de permanência na habitação em caso de multa não paga, de pena de prestação de trabalho a favor da comunidade não satisfeita ou de revogação de suspensão da pena; assim como não há qualquer impedimento legal, obstáculo jurisprudencial ou óbice doutrinal à aplicação do instituto da liberdade condicional a uma pena aplicada em regime de permanência na habitação, será possível e desejável a breve trecho alargar, ainda que timidamente, o âmbito de aplicação do artigo 44.º do Código Penal.

Numa primeira fase, e após a avaliação da experiência de aplicação do novo sistema que iniciou a sua vigência em 15 de Setembro de 2007, deveria propor-se o alargamento dos pressupostos materiais e formais do regime de permanência na habitação com vigilância electrónica. Ou seja, alargar, nos casos normais, para dois anos, e alargar, nos casos excepcionais, para cinco anos, a possibilidade de ponderação da aplicação de pena substitutiva.

Nestes últimos, isto é, nos casos de excepção, há que prever também para além da imputabilidade diminuída, os casos em que se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 72.º do Código Penal, ou seja o facto de “existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena”, designadamente, mas não só, “ter o agente actuado sob influência da ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência, ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provação injusta ou ofensa imerecida, ter havido demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; [e] ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta”. Em todas estas situações se justifica o alargamento, significativo, do prazo de execução da pena.

Propõe-se, pois, a seguinte alteração ao disposto no artigo 44.º do Código Penal:

**1.** Se o condenado consentir, podem ser executados em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição:

- a)* A pena de prisão aplicada em medida não superior a dois anos;
- b)* O remanescente não superior a dois anos da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação da liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão ou obrigação de permanência na habitação.

**2.** O limite máximo previsto no número anterior pode ser elevado para cinco anos quando se verifique, em concreto, alguma das circunstâncias previstas no artigo 72º ou quando se verificarem, à data da condenação, circunstâncias de natureza pessoal ou familiar

do condenado que desaconselhem a privação da liberdade em estabelecimento prisional, nomeadamente:

- a) Gravidez;
- b) Idade inferior a 21 anos ou superior a 65 anos;
- c) Imputabilidade diminuída;
- d) Doença ou deficiência graves;
- e) Existência de menor a seu cargo;
- f) Existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.

3. O tribunal revoga o regime de permanência na habitação se o condenado:

- c) Infringir grosseira ou repetidamente os deveres decorrentes da pena; ou
- d) Cometer crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades do regime de permanência na habitação não puderam por meio dele ser alcançadas.

4. A revogação determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, descontando-se por inteiro a pena já cumprida em regime de permanência na habitação.

E propõe-se também a seguinte alteração ao disposto no artigo 62.º do Código Penal:

“Para efeito de adaptação liberdade condicional, verificados os pressupostos previstos no artigo anterior, a colocação em liberdade condicional pode ser antecipada pelo tribunal, por um período máximo de um ano, ficando o condenado obrigado durante o período da antecipação, para além do cumprimento das demais condições impostas, ao regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância.”

Mas essa será uma decisão legislativa que não prescindirá da plena compreensão e esperada consolidação das boas experiências

em curso e que só dará frutos com uma convicta, fundada, articulada e esforçada colaboração de todos os operadores do sistema.

A sociedade contemporânea e as suas instituições judiciárias, bem como a administração pública, e designadamente a administração prisional, ainda não encontraram forma, nem tiveram a inteligência prática, para superar a necessidade da privação da liberdade — por via da reclusão institucional, na acção punitiva — e substituí-la por medidas sancionatórias, reparadoras e de contenção mais adequadas, humanas e eficazes e, sobretudo, efectivas no que toca à educação e reinserção, à protecção da sociedade e à prevenção da reincidência.

Experiências como a da substituição da prisão por regime de permanência na habitação são já um primeiro passo no alvor de uma nova modernidade em que se passa da imposição da privação de liberdade *intra muros*, hetero-imposta e institucional, para uma restrição consentida da liberdade *extra muros*, auto-infligida e aceite, tanto que pode potenciar a responsabilidade individual pelo que de adesão, confiança, disciplina e auto-contenção implica e exige.

“Com efeito, é hoje reconhecidamente aceite que um tratamento forçado é um tratamento fracassado”<sup>(31)</sup>.

A utopia é possível, porque o sonho comanda a vida e esta não prescinde de uma liberdade responsável, liberdade essa, ainda que vigiada, só possível e desejável, em caso de sanção, pela via da adesão activa, interessada e consciente e muito difícil senão impossivelmente obtida pela via da imposição inerte, forçada e indiferente.

*Carlos Pinto de Abreu*  
Advogado

VICE-PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR DA ORDEM DOS ADVOGADOS

---

<sup>(31)</sup> Cfr. de ANABELA RODRIGUES o seu *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária — estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*; Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 175.



# SOBRE A PUNIBILIDADE DO AUTOR DE UM CRIME PELO BRANQUEAMENTO DAS VANTAGENS DELE RESULTANTES

*Pelo Prof. Doutor Jorge A. F. Godinho\**

## 1. O problema

Das múltiplas questões ventiladas nos últimos anos na doutrina e na jurisprudência sobre a realidade assaz complexa que é o crime de branqueamento de capitais, uma das que mais tinta fez correr é a de saber se um agente pode e deve ser condenado pela prática de um crime de que obteve vantagens económicas ou financeiras (dito *principal* ou *precedente*) e, em acumulação ou concurso efectivo, pelo crime (*hoc sensu, secundário* ou *subsequente*) de branqueamento das vantagens resultantes dessa mesma infracção, tendente a dissimular a sua origem ilícita, uma situação por vezes denominada de «auto-branqueamento».

Poder-se-á com efeito dizer que esta temática, por convocar domínios particularmente controversos e complexos — nomeadamente, da Parte Geral, o concurso de crimes e, da Parte Especial, o branqueamento de capitais —, constitui um verdadeiro campo minado que coloca ao intérprete o desafio e a necessidade de encarar e decidir uma vasta teia de problemas dogmáticos e político-criminais. É, com efeito, um terreno onde leis imperfeitas têm vindo a

---

(\*) O Autor é professor associado e doutorado em Direito. Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Endereços de correio electrónico: jgodinho@umac.mo; jorge.godinho@eui.eu. O presente texto destina-se aos estudos em homenagem ao Doutor Jorge de Figueiredo Dias.

ser aplicadas de modo contraditório por diferentes tribunais, num quadro de amplas controvérsias doutrinárias e de instabilidade legislativa. Tudo razões que aconselham o seu estudo detido.

Cabe assinalar que se trata de um problema frequentíssimo na prática, com que se confrontam a acusação, a defesa e o tribunal em quase todos os casos em que é suscitada a questão do branqueamento de capitais. Na verdade, são relativamente invulgares os casos em que um agente é acusado isoladamente da prática do crime de branqueamento de capitais, ou seja, divorciado do tipo de crime que gerou os proventos ilícitos. Por outras palavras: não abundam os casos de «puro» branqueamento de capitais. Ocorrem com mais frequência os casos em que um mesmo processo penal respeita quer a um crime que visa ou compreende a obtenção de um ganho patrimonial quer à dissimulação da origem das vantagens dele obtidas, o que coloca invariavelmente a questão de saber se o agente do crime principal, prévio ou precedente pode ser punido em concurso efectivo pela prática dessas duas espécies de crimes ou se, pelo contrário, haverá aí uma relação de concurso aparente, que leve a não considerar um deles — questão esta que se assume como que uma inarredável «porta de entrada» para todos os outros debates sobre o branqueamento de capitais.

Assim sendo as coisas, de todo não surpreende que tenha surgido amplo interesse pelo tema. De tal modo que o próprio legislador português se viu na necessidade de tomar uma posição expressa, o que fez em 2004, como veremos adiante. Por outro lado, após múltiplos acórdãos contraditórios, reveladores de bastante hesitação, foi em 2007 proferido um acórdão de fixação de jurisprudência sobre o assunto — que cabe comentar —, na sequência de um outro, do Tribunal Constitucional, versando o mesmo tema.

Neste contexto, o presente escrito procura revisitá-lo<sup>(1)</sup> a questão à luz dos mais recentes dados, com vista nomeadamente a uma apreciação crítica da evolução ocorrida, que foi no sentido de

---

(<sup>1</sup>) Referimo-nos ao tema no nosso escrito de 2001: J. GODINHO, *Do crime de «branqueamento de capitais»*. *Introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 236-240. Devemos reconhecer que as páginas então dedicadas ao tema não foram redigidas da forma mais clara, tendo dado azo a várias leituras, como é visível na doutrina e jurisprudência que as cita.

admitir sempre o concurso efectivo. Naturalmente, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, dada a sua inerente complexidade.

Adiante-se desde já, para benefício do leitor, que o presente texto procede a uma crítica da recente evolução legislativa e jurisprudencial, aqui consideradas como assentes em premissas dogmáticas e político-criminais destituídas de fundamento sólido. Em termos muito gerais, poder-se-á afirmar que o debate actual tem sido conduzido essencialmente na base de argumentos e raciocínios de índole conceptualista (indevidamente) extraídos do «sistema» geral do concurso de crimes, procurando-se obter resultados na base da mera subsunção e da dedução sistemática, ou de uma redução simplista, porém muito vulgarizada, do suposto modo correcto de resumir a sistemática da doutrina do crime sobre questões de concurso. Por outro lado, escasseiam argumentos verdadeiramente voltados para o «problema» político-criminal colocado pela situação específica em jogo e sua eventual caracterização como facto posterior co-punido, a apreender sobretudo na base de uma adequada compreensão da teleologia subjacente aos aspectos da Parte Especial mais próximos do tema<sup>(2)</sup>, bem como de algumas considerações de índole processual penal.

A justiça e a oportunidade da presente homenagem ao Senhor Professor Doutor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS resultam de factores sobejamente conhecidos de todos os juristas, não apenas portugueses, conhecedores da vastidão e profundidade da sua Obra, sobre a qual nos falece a arte de sequer tentar fazer uma evocação minimamente adequada. A homenagem aqui apreendida procura fazer-se através da efectiva utilização das pistas de reflexão que constante-

---

(2) Sobre o «sistema» e o «problema» em direito penal, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre o estado actual da doutrina do crime», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1991, pp. 9 ss.; cfr. pp. 16-22, onde o Autor conclui, como não poderia deixar de ser, pela prioridade do «problema» face ao «sistema»: a justiça do caso deve sobrepor-se a considerações meramente sistemáticas nos raros casos onde a solução obtida pelo «sistema» se revelar injusta ou disfuncional à luz da teleologia político-criminal imanente ao próprio sistema. O peso do «sistema» é grande em direito penal, mas não pode «esmagar» as concretas situações da vida — na espiral hermenêutica, o caso concreto continua a ser o ponto de partida e de chegada. Esclareça-se em todo o caso que não cremos que o presente estudo verse uma suposta contradição entre o «sistema» e o «problema», mas antes uma deficiente compreensão da questão do concurso de crimes que se generalizou indevidamente na doutrina e na jurisprudência, como procuraremos explicitar.

mente abre e desenvolve na abordagem dos problemas da ciência global do direito penal, cabendo assinalar, neste caso, a importância fundamental do recente tratamento do sempre espinhoso tema da unidade ou pluralidade de infracções, espelhado na segunda edição da sua monografia sobre a doutrina geral do crime, vinda a lume em 2007, a que, por isso, são devidas múltiplas referências no texto que se segue.

## 2. A reforma de 2004

Como aludimos, em 2004 o legislador tomou posição expressa sobre o problema, através da aprovação da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março. Como se sabe, este diploma operou uma reforma de fundo no tipo de crime de branqueamento de capitais, nomeadamente tendo procedido à sua inserção no Código Penal, no capítulo dos crimes contra a realização da justiça (artigo 368.º-A), onde ficou situado imediatamente a seguir aos crimes de favorecimento pessoal (artigo 367.º) e de favorecimento pessoal praticado por funcionário (artigo 368.º)<sup>(3)</sup>.

No presente contexto importa apenas mencionar o facto de que a nova redacção veio dispor *expressis verbis* que as vantagens ilícitas em causa no crime de branqueamento de capitais podem ter sido «obtidas *por si* ou por terceiro», o que tem inquestionavelmente o significado de que o agente do crime de branqueamento de capitais pode e, em princípio, deve ser punido em concurso efectivo com o crime principal.

Neste sentido, os trabalhos preparatórios são de uma clareza irrefragável. Ia logo nesta direcção o primeiro dos textos, em sentido cronológico, na base do processo legislativo que levou à aprovação da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, a iniciativa da bancada do Partido Socialista<sup>(4)</sup> (de Dezembro de 2002). Já a proposta do

---

<sup>(3)</sup> Naturalmente, esta é apenas uma de entre múltiplas outras inovações trazidas pela Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que não cabe aqui sequer tentar elencar, visto que extravasariam em muito os apertados limites deste texto.

<sup>(4)</sup> Projecto de Lei n.º 174/IX, *Regime de prevenção e repressão do branqueamento de capitais e outros bens ou produtos provenientes de criminalidade grave*, in DAR,

Governo<sup>(5)</sup>, surgida mais tarde, não previa a introdução de norma expressa sobre o assunto, para o que foram apontadas, nesta última, as seguintes razões:

Possibilita-se a punição por branqueamento, em concurso real, do próprio autor do crime subjacente. Embora não se faça, propositadamente, referência expressa a essa faculdade, a construção do tipo não obsta a essa interpretação. Assim, considera-se que o autor do facto precedente pode ofender de forma relevante o interesse protegido pela punição do branqueamento, sem que essa conduta deva considerar-se consumida pelo facto subjacente.

A referência expressa a essa possibilidade poderia, devido à amplitude das modalidades de conduta, levar o julgador a punir por branqueamento a mera utilização normal das vantagens obtidas pelo próprio autor do facto precedente, podendo a incriminação do branqueamento redundar na simples criminalização da detenção ou fruição das mesmas e, por conseguinte, numa indesejável duplicação automática das penas aplicáveis aos crimes que geram vantagens para o seu autor.

Porém, a questão veio mesmo a ser tratada de modo expresso, tendo sido vencidas as objecções sentidas sobre a conveniência da sua formulação no texto legal<sup>(6)</sup>, num contexto de geral consenso sobre a solução de fundo. Foi assim inserido no tipo legal de crime o trecho «obtidas por si ou por terceiro», que foi objecto de posterior rectificação<sup>(7)</sup>.

---

II Série A, 12 de Dezembro de 2002; cfr. ponto 7, c), da exposição de motivos, uma lacónica frase sobre a questão: «Possibilita-se a punição por branqueamento, em concurso real, do próprio autor da infracção subjacente».

<sup>(5)</sup> Proposta de Lei n.º 73/IX, *Estabelece o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita*, in DAR, II Série A, 5 de Junho de 2003. Trata-se do XV Governo Constitucional, de José Manuel Durão Barroso, em que foi Ministra da Justiça Celeste Cardona.

<sup>(6)</sup> Como consta do texto *supra*, alude-se na proposta do Governo ao propósito de não punir a mera utilização, detenção ou fruição das vantagens obtidas. Era pois este o risco que se percebia existir e que se não queria correr. Porém, a eliminação da modalidade descrita na al. c) da legislação revogada — a que mais se prestava, atenta a sua redacção, a abranger tais condutas — terá porventura sido um dos factores que terá conduzido a superar as dúvidas sobre a conveniência da inserção do trecho «obtidas por si ou por terceiro».

<sup>(7)</sup> Cfr. Declaração de Rectificação n.º 45/2004 (DR, I Série-A, n.º 132, 5 de Junho de 2004), do seguinte teor: «No n.º 2 do artigo 368.º-A aditado ao Código Penal pelo artigo 53.º, onde se lê “transferência de vantagens, por si ou por terceiro,” deve ler-se “transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro,”». A ausência da palavra

A reforma deste jeito operada foi logo em 2004 comentada por VITALINO CANAS — um Autor que esteve directamente envolvido nos respectivos trabalhos parlamentares (enquanto relator da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, que tratou o tema) —, no que respeita ao ponto em discussão, nos seguintes termos:

«Pretende-se significar que pode cometer o crime de branqueamento em *concurso real* quem é autor ou participante do facto ilícito típico subjacente (...), tendo ficado expressamente contemplada a possibilidade de concurso real. Deve dizer-se, porém, que mesmo que a lei não o dissesse já assim se deveria entender»<sup>(8)</sup>.

O Autor não adianta mais pormenores sobre a fundamentação na base da conclusão, nem sobre a aludida quase desnecessidade da referência. Resulta todavia claro que tal interpretação se ancora no argumento, então já perfeitamente conhecido, da diversidade dos bens jurídicos protegidos pelo branqueamento de capitais e pelo facto principal — um argumento derivado de uma particular forma de equacionar e resolver, em geral, as questões de unidade ou pluralidade de infracções. Trata-se com efeito de um tópico sempre presente nos autores citados<sup>(9)</sup>; dir-se-ia que, no seu discurso como de resto nos trabalhos parlamentares em geral, a solução foi assumida como quase ou mesmo totalmente óbvia, residindo a dúvida apenas sobre a conveniência ou os riscos da sua consagração expressa.

Assim, na análise do problema cabe diferenciar entre a situação até 2004 e a actual. Até 2004 era relativamente claro que o tipo de crime de branqueamento de capitais não estava numa relação de especialidade ou subsidiariedade expressa em face dos múltiplos ilícito-típicos principais de cuja prática podem provir os capitais «sujos». Assim, o problema que aqui se colocava era de eventual

---

«obtidas» era efectivamente um lapso susceptível de comprometer o entendimento do real significado da norma.

<sup>(8)</sup> VITALINO CANAS, *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 157.

<sup>(9)</sup> A saber: A. HENRIQUES GASPAR, A. LOURENÇO MARTINS e JORGE DUARTE. A discussão da questão, com referências completas, é empreendida *infra*; cfr. notas 57 a 59 e texto correspondente.

*consumção* (ou *consumpção*). Concretamente, a questão seria a de saber se se trataria de um caso de *facto posterior co-punido*, ou seja, uma situação em que caberia ao intérprete determinar se a norma incriminatória aplicável ao facto principal — que tutela uma possível multiplicidade de bens jurídicos, consoante o concreto tipo em causa (p. ex., tráfico de droga, homicídio, burla, corrupção, ou qualquer outro ilícito gerador de vantagens) — absorveria e esgotaria por inteiro a valoração do facto subsequente ou posterior que é o branqueamento das vantagens (os «capitais») obtidos através desse facto, previsto num tipo legal de crime que tutela o (ou um concreto aspecto do) funcionamento da justiça penal.

Com a alteração legislativa de 2004, a situação modificou-se. O trecho «obtidas por si» tem como vimos o sentido de admitir — se não mesmo de impor — o concurso efectivo. A tomada de posição do legislador afasta o entendimento de que se trataria de um caso de *consumção*. Trata-se de uma norma expressa de «não consumção», de diferenciação jurídica entre os dois tipos, que tem o sentido de que o branqueamento de capitais não é um *facto posterior co-punido* mas sim um *facto posterior a punir autonomamente*, em virtude da diversidade dos bens jurídicos protegidos. Transmite ao julgador uma indicação de que, perante o preenchimento dos dois tipos legais de crime, é intenção do legislador ordinário a sua punição em concurso efectivo.

Cabe destacar que, desta forma, a reforma de 2004 do crime de branqueamento de capitais consiste, neste ponto, em uma tomada de posição não só sobre o concreto problema em apreciação mas também sobre a questão — obviamente muito mais vasta, já que tem a sua sede na Parte Geral — da unidade ou pluralidade de infracções. Embora o problema não tenha sido expressamente tematizado em termos gerais, sucede que a solução legal consagrada em 2004 no artigo 368.º-A não pode deixar de se repercutir sobre a adequada interpretação da regra geral constante do n.º 1 do artigo 30.º do mesmo Código Penal. Com efeito, a mesma *não se assume como uma regra especial*: não se descortina no pensamento do legislador de 2004 qualquer intenção de aplicar um critério do concurso outro que não o resultante da Parte Geral, de que a

aplicação concreta assim feita num tipo legal de crime da Parte Especial não seria senão uma mera explicitação a propósito de um caso concreto<sup>(10)</sup>. Resumidamente, o artigo 368.º-A assim alterado limitar-se-ia a aplicar, num caso especial, o *critério geral* do concurso de crimes. O significado jurídico da alteração legislativa é pois muito mais amplo do que o problema restrito considerado, havendo como que uma ratificação de uma certa forma de entender e resolver as questões de concurso efectivo ou aparente de infracções. Ao proceder a uma «interpretação autêntica» do artigo 30.º, o artigo 368.º-A reconforma e reorienta o modo de o interpretar, com vasta repercussão potencial em múltiplas outras questões de unidade ou pluralidade de infracções.

Dir-se-ia pois que a questão estaria resolvida de modo definitivo e concludente, atendendo a múltiplos factores de sentido unívoco: o amplo consenso político-parlamentar obtido em seu redor; a posição da doutrina maioritária; a jurisprudência do Tribunal Constitucional (que decidiu no mesmo sentido poucos meses depois, em Setembro de 2004); e a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça em 2007, confirmando este entendimento.

Em termos de direito comparado — que revela nada menos do que as três posturas logicamente possíveis: a positiva, a negativa e a falta de resposta (o silêncio da lei)<sup>(11)</sup> —, Portugal teria assim pas-

---

<sup>(10)</sup> Cfr., p. ex., VITALINO CANAS, *supra* nota 8, onde o Autor, como referimos, escreve que «mesmo que a lei não o dissesse já assim se deveria entender».

<sup>(11)</sup> Em sistemas jurídicos como a Suíça ou a Espanha, a lei não dispõe de modo explícito sobre a questão. Na Suíça, onde o art. 305<sup>bis</sup> está inserido no capítulo dos crimes contra a realização da justiça, a doutrina é maioritariamente contra a punibilidade da *auto-favorisation*, embora o Tribunal Federal tenha rumado, com argumentos discutíveis, em sentido oposto (cfr. ATF 120 IV 323; ATF 122 IV 211; ATF 124 IV 276; ATF 128 IV 117); cfr. URSULA CASSANI, *Commentaire du droit pénal suisse. Code pénal suisse. Partie spéciale*, vol. 9, *Crimes ou délits contre l'administration de la justice*, Staempfli, Berna, 1996, pp. 76 ss.; ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2.ª ed., Staempfli e Bruylant, Berna e Bruxelas, 2004, p. 414. Em Espanha, o art. 301.º do Código Penal é igualmente omissivo sobre o ponto e a doutrina encontra-se algo dividida, embora tenda a prevalecer a orientação de que o participante no crime precedente não pode ser punido por branqueamento de capitais. A favor da impunidade do «auto-branqueamento», JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 370 ss. (com grande desenvolvimento); cfr. ainda VIDALES RODRIGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 110 ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Receptación y blanqueo de



sado do campo dos sistemas jurídicos que não tomam posição sobre a questão para o campo dos que admitem expressamente o concurso efectivo, juntando-se aos principais impulsionadores dos desenvolvimentos internacionais em matéria de branqueamento de capitais: os Estados Unidos<sup>(12)</sup>, o Reino Unido e a Austrália, que punem o chamado *own funds money laundering*, o «auto-branqueamento».

Por outro lado, Portugal afastou-se assim dos sistemas onde a exclusão do círculo de autores do crime de branqueamento de capitais dos comparticipantes no crime principal é expressamente mencionada na lei, incluindo Itália (art. 648.º-*bis*, Codice Penale)<sup>(13)</sup>, a Alemanha (§ 261(9), StGB)<sup>(14)</sup>, a Áustria (§ 165, öStGB) e a Argentina<sup>(15)</sup> — todos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica de grande contiguidade. Diga-se que o fundamento comum da solução adoptada em todos estes sistemas jurídicos é o de que o conteúdo da ilicitude do branqueamento de capitais cometido pelo agente do facto principal é abrangido pela ilicitude do facto principal, devendo pois ser considerado como um facto posterior já neste co-punido, punição essa que não cabe duplicar, em nome do princípio *ne bis in idem*. Esta solução foi adoptada como resultado de uma consciência muito clara da semelhança entre o branqueamento de capitais e outros tipos legais de crime relativos a factos posteriores, em especial o favorecimento e a receptação, em que o concurso efectivo é excluído por lei expressa.

---

capitales», in BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 556 ss. (p. 566). Contra, I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 479 ss. (com grande desenvolvimento); cfr. ainda MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 304.

<sup>(12)</sup> § 1956(d), U.S. Code.

<sup>(13)</sup> O art. 648.º-*bis* do *Codice Penale* começa precisamente com o trecho que clarifica o ponto: «*Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque...*».

<sup>(14)</sup> Na Alemanha, numa primeira fase, o § 261-1 *StGB* mencionava que o facto principal (*Vortat*) deveria ser praticado por outrem (*Tat eines anderen*). Na sequência de uma alteração legislativa introduzida posteriormente, a questão é agora tratada no § 261-9, *in fine*, *StGB*: «*Nach den Absätzen 1 bis 5 wird außerdem nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist.*».

<sup>(15)</sup> O art. 278.º, n.º 1, a), do Código Penal da Argentina, dispõe que a acção deve recair sobre «*dinero o outra classe de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado.*». Cfr. JORGE BARRAL, *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 203 ss.

Em Portugal, porém, dir-se-ia que, dada a posição expressa da lei, da doutrina maioritária e da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça, nada mais haveria para discutir sobre este tema, tendo definitivamente vingado a tese contrária.

Creemos todavia que importará ainda assim retomar e aprofundar o assunto, com vista a aquilatar da bondade e dos fundamentos de tal solução, que como vimos se repercute sobre o entendimento da regra geral na matéria, formulada no n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal. Como procuraremos demonstrar, a questão terá sido resolvida com base em pressupostos sobre questões gerais de concurso de infracções de solidez bastante questionável, devendo este factor levar a indagar da constitucionalidade da solução consagrada.

Antes de passar ao tratamento do problema de fundo importa todavia abordar uma questão prévia não despicienda: a de saber se o direito internacional ou o direito europeu determinam de modo rígido uma qualquer forma de resolução do mesmo. Dito de outro modo, trata-se de indagar se existem sobre este ponto compromissos internacionais vinculativos para Portugal.

### 3. Direito internacional

O direito internacional — fonte inarredável de múltiplas questões que se colocam em sede de branqueamento de capitais — embora não responda a este problema, tem dele consciência e dá notícia: várias convenções internacionais a ele *aludem*. Porém, fazem-no abstendo-se de tomar uma posição, referindo apenas, em termos neutrais, que os Estados Partes *podem prever* que o autor do crime de branqueamento de capitais não coincida com o autor da infracção principal. É o caso da Convenção de Palermo<sup>(16)</sup> e da Convenção contra a Corrupção de 2003, também

---

(16) *Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 15 de Novembro de 2000, cujo artigo 6.º, n.º 2, e), dispõe: «Se os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte assim o exigirem, poderá estabelecer-se que as infracções enunciadas no n.º 1 do presente artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham praticado a infracção principal.»

da ONU<sup>(17)</sup>. É igualmente o caso das duas convenções do Conselho da Europa sobre a matéria<sup>(18)</sup>.

Sabe-se que muitas convenções internacionais possuem quer disposições obrigatórias ou vinculativas quer disposições meramente exortatórias, como por exemplo recomendações, destituídas de efeito vinculativo; o mesmo se passa nomeadamente com as Resoluções do Conselho de Segurança da ONU. É pois necessário atentar na sua exacta redacção. No caso que nos ocupa, resulta claro do texto das citadas disposições internacionais que as mesmas possuem, neste ponto, uma natureza meramente *permissiva*, intencionalmente *neutra*, que dada a diversidade de soluções possíveis desta questão, não obriga os Estados a legislar de uma ou outra forma<sup>(19)</sup>; como sucede com frequência como resultado de negociações internacionais, a diversidade irreductível de soluções nacionais bloqueou a adopção de uma atitude clara.

Já se pretendeu, no domínio da lei anterior a 2004, que não tendo sido expressamente prevista na lei interna a solução que exclui o concurso efectivo, o assunto estaria resolvido desde

---

<sup>(17)</sup> *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adoptada em Nova Iorque, em 31 de Outubro de 2003, cujo artigo 23.º, n.º 2, e) dispõe: «Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infracções enunciadas no n.º 1 do presente artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido o crime precedente.»

<sup>(18)</sup> *Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (Council of Europe Treaty Series, n.º 141)*, artigo 6.º, n.º 2, b); concluída em 8 de Novembro de 1990. Trata-se do principal instrumento regional europeu na matéria da cooperação internacional penal sobre o branqueamento de capitais; recorde-se que a versão portuguesa desta convenção sofreu um notório erro de tradução quanto a este preciso ponto, conforme assinalámos noutra sede; cfr. J. GODINHO, *Do crime de «branqueamento de capitais»*. *Introdução e tipicidade* (como na nota 1), p. 237, nota 539. Veja-se igualmente a *Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo (Council of Europe Treaty Series, n.º 198)*, artigo 9.º, n.º 2, b); concluída em Varsóvia em 16 de Maio de 2005, entrou em vigor na ordem internacional em 1 de Maio de 2008, tendo recolhido as necessárias 6 ratificações (Albânia, Bósnia Herzegovina, Malta, Moldávia, Polónia e Roménia).

<sup>(19)</sup> «Paragraph 2.b takes into account that in some states the person who committed the predicate offence will not, according to basic principles of domestic penal law, commit a further offence when laundering the proceeds. On the other hand, in other states laws to such effect have already been enacted»: CONSELHO DA EUROPA, *Explanatory report on the Convention on Laundering, Search, Seizure, and Confiscation of the Proceeds from Crime*, disponível em <http://conventions.coe.int>.

logo<sup>(20)</sup>. Em termos de direito internacional, a argumentação citada parece sugerir que um Estado que pretendesse excluir o concurso efectivo teria de formular uma reserva. Não é no entanto exacta esta observação: os textos internacionais, quando exigem reservas sobre a tipificação do crime de branqueamento de capitais, apenas o fazem quanto à delimitação do «catálogo» de crimes principais, mas não já quanto a questões de concurso, remetendo esta matéria para o direito interno. Vai neste sentido a prática internacional, como resulta com clareza dos casos da Alemanha, da Itália e da Áustria. Com efeito, estes Estados não admitem o concurso efectivo entre branqueamento de capitais e crime principal, por força de disposição legal expressa. Porém, não sentiram a necessidade de formular reservas quanto a este ponto<sup>(21)</sup>. É pois destituída de fundamento a alegação de que teria sido necessária tal aposição de uma reserva expressa quanto a este ponto.

Diremos ainda que se é certo que há hoje em Portugal lei expressa sobre o ponto que nos ocupa, sempre em todo o caso se afigura relevante dilucidar o modo como o direito internacional e a prática convencional se posicionam em relação a esta questão: vimos do exposto que os textos internacionais remetem a questão ao legislador e aos tribunais dos Estados, que no tratamento da mesma não estão inexoravelmente limitados pelo direito internacional. Assim, é possível uma inversão de rumo na solução consagrada, por via legislativa ou jurisprudencial.

Feitas estas considerações, estamos agora em condições de entrar no problema de fundo, começando pelas matérias que de forma mais directa se ligam com a Parte Geral, e deixando as questões conexas com a Parte Especial para um segundo momento.

---

(20) É o caso de JORGE DUARTE, que escreve: «mal se compreenderia que o legislador nacional, ao tipificar tal tipo de ilícito, não tivesse expressamente manifestado essa eventual ressalva, caso pretendesse isentar de tal responsabilização o autor do crime-base...». Cfr. JORGE DUARTE, *Branqueamento de capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, p. 110. Esta tese foi seguida em Macau, no caso *Ao Man Long*; cfr. Acórdão do Tribunal de Última Instância de 30 de Janeiro de 2008 (pr. n.º 36/2007) (VIRIATO LIMA), pp. 386 ss.

(21) Veja-se a lista completa das reservas e declarações formuladas na página do Conselho da Europa, disponível em <http://conventions.coe.int/>.

#### 4. Enquadramento geral

O problema em análise consiste numa concreta pergunta de unidade ou pluralidade de infracções: trata-se essencialmente de determinar se um conjunto de factos que *prima facie* convoca a aplicabilidade de dois tipos incriminadores — o crime principal e o crime de branqueamento<sup>(22)</sup> — deve ou não desencadear a aplicação efectiva ao caso concreto das reacções penais previstas em ambos ou se, pelo contrário, deve bastar a punição por apenas um deles. A questão foi abordada e resolvida pelo legislador português da forma que ficou documentada nas secções precedentes. Cabe agora fazer um juízo crítico da solução adoptada, atentando especialmente nos fundamentos dogmáticos e político-criminais em que se baseia.

Como bem se compreenderá, não cabe aqui refazer o percurso doutrinal de todo este debatidíssimo capítulo da Parte Geral da doutrina do crime<sup>(23)</sup>, onde a busca de soluções equilibradas para a aplicação do direito penal aos casos concretos procura uma navegação entre Scilla e Caribdis, ou seja, evitando-se quer uma indevida dupla punição do agente (que faria frente ao princípio *ne bis in idem*, a que se vem reconhecendo nível constitucional, *ex vi* do artigo 29.º, n.º 5, da Constituição)<sup>(24)</sup> quer uma igualmente inde-

---

<sup>(22)</sup> Referimo-nos a *dois* tipos incriminadores por economia de linguagem apenas. O tipo principal não é um exacto tipo mas sim uma categoria, e pode consistir concretamente em qualquer tipo de que, no plano dos factos, tenham resultado vantagens ilícitas que tenham sido posteriormente objecto de operações de branqueamento de capitais. No plano normativo, tal facto principal deve fazer parte do «catálogo» delimitado pelo próprio crime de branqueamento de capitais. Na ausência destes requisitos a questão não se coloca.

<sup>(23)</sup> Que recebeu, em anos recentes, na doutrina portuguesa, importantes contributos. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 977 ss.; JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2005; LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *O "concurso de normas" em direito penal*, Almedina, Coimbra, 2004; MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de direito penal, I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.ª ed., Ed. Verbo, Lisboa, 1992, pp. 519 ss.; JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Fragmentos de um curso de direito penal, II, Concurso de normas*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, lições policopiadas, ano lectivo de 1985/86; EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal*, Atlântida, Coimbra, 1945 (com várias reimpressões a cargo da Livraria Almedina).

<sup>(24)</sup> Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 978.

vida punição demasiado branda (que seria o resultado de uma subvalorização de uma parte da ilicitude do facto), devendo pois procurar-se o «esgotamento» ou a «exaustão» da ilicitude presente no facto, sendo tarefa do intérprete questionar as conexões entre os tipos legais de crimes convocados e entre os factos praticados em cada caso concreto.

Procurando atalhar caminho numa das mais complexas áreas da doutrina geral do crime, diremos que nas ramificações da teoria do concurso, o problema, até à alteração legislativa de 2004, deveria ser qualificado como consistindo numa questão de concurso *de crimes* e não já numa questão de *unidade de norma ou de lei*<sup>(25)</sup>. Com a tomada de posição do legislador, poder-se-ia dizer que o problema teria passado a ser uma mera questão do último tipo, atenta a norma expressa de «não consunção». Em todo o caso, tendo em conta que a intervenção legislativa consistiu numa opção que se coloca a propósito de um problema de concurso de crimes, é sempre necessário apurar o modo como estas questões são conceptualizadas e enquadradas, para assim não resvalar num positivismo legalista que se limitasse a verificar, de modo acrítico, qual a actual solução por que optou o legislador ordinário. Acresce o facto, já assinalado, de que dada a sua implícita natureza de «interpretação autêntica» do critério geral da unidade ou pluralidade de infracções, o tema é dotado de vastas repercussões.

De acordo com a doutrina maioritária, o concurso *de crimes* não consiste numa operação lógico-formal de articulação abstracta das várias normas potencialmente aplicáveis. Não se trata de uma mera questão de interpretação, mas sim de aplicação. É uma questão a analisar em termos de um juízo valorativo global — é «um problema *axiológico* e *teleológico* de relacionamento de sentidos e

---

(25) No âmbito da *unidade de norma ou de lei* o problema coloca-se ao nível *normativo* e implica a articulação *lógica* entre preceitos legais, podendo suceder que entre as normas convocadas interceda uma relação de hierarquia ou prevalência que conduza à exclusão de uma em função de outra ou outras, sendo os critérios de solução apontados a *especialidade* e a *subsidiariedade*. Para FIGUEIREDO DIAS a *consumpção* não é, em bom rigor, uma questão lógico-formal mas sim um problema teleológico, de relacionamento de sentidos e conteúdos — não sendo assim uma questão de unidade de lei ou de normas. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1000.

de conteúdos do ilícito»<sup>(26)</sup>. A questão de saber se se deve concluir pela existência de um concurso efectivo de crimes analisa-se em termos substanciais ou materiais, em face do significado social do comportamento em apreciação.

O concurso será *plurinormativo* (ou *heterogéneo*) se disser respeito a crimes diversos ou *uninormativo* (ou *homogéneo*) quando seja possível identificar várias violações da mesma norma<sup>(27)</sup>. Ambos compreendem a distinção entre concurso *efectivo* e concurso *aparente*, consoante ocorra ou não uma aplicação plúrima das normas em jogo. Ambos compreendem ainda a distinção entre concurso *real* (em que há várias acções) e *ideal* (em que há uma só acção).

Haverá concurso *efectivo* quando se deva concluir que no caso concreto estão presentes, na expressão de FIGUEIREDO DIAS, vários «sentidos sociais de ilicitude», que devam ser valorados integralmente. Inversamente, estaremos perante um concurso *aparente* quando os sentidos de ilicitude se relacionem ou liguem entre si de tal modo que um dos sentidos seja predominante. Haverá assim que indagar da existência, nos ilícitos-típicos cometidos no mundo da vida<sup>(28)</sup>, de uma unidade do sucesso ou acontecimento ilícito global-final<sup>(29)</sup>, especialmente tendo em vista situações ou grupos de casos como os seguintes: a utilização de métodos, processos ou meios já em si mesmos também puníveis; os factos tipi-

---

<sup>(26)</sup> Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1002 (itálicos no original).

<sup>(27)</sup> Seguimos a terminologia proposta por JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Fragmentos de um curso de direito penal, II, Concurso de normas* (como na nota 23), pp. 28 ss., por nos parecer mais comunicativa a referência a concurso *uninormativo* ou *plurinormativo*.

<sup>(28)</sup> Como é salientado, não se cometem tipos legais de crime (abstractos), mas sim tipos de crime (em casos concretos), e é precisamente esta a expressão literal do art. 30.º do Código Penal, que se centra no cometimento de um tipo de crime enquanto evento da vida e não na observação de entidades abstractas: «O número de crimes determina-se pelo número de *tipos de crime* efectivamente cometidos»; referindo o ponto, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1034. Em sentido concordante, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), p. 366.

<sup>(29)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), pp. 1016 ss.



camente acompanhantes; e os *factos posteriores co-punidos*. O *facto posterior co-punido* é uma das categorias elaboradas no âmbito da teoria da consumpção, embora seja por vezes autonomizada, e que pode conduzir à frustração de uma incriminação que de outro modo resultaria da lei. Para CAVALEIRO DE FERREIRA, «[a] consumpção verifica-se, fundamentalmente, nos casos que a doutrina qualificou de antefacto, ou pós-facto, ou facto concomitante, não puníveis»<sup>(30)</sup>. Deve falar-se de *facto posterior co-punido*, e não de *facto posterior impune*, para explicitar a referida inclusão do conteúdo de ilicitude do facto posterior na ilicitude do facto principal ou precedente, onde ocorra. O facto co-punido é efectivamente castigado penalmente; porém, tal ocorre não de maneira autónoma e na base do preceito a que tal facto seria em princípio subsumível, mas através da pena aplicável a outro facto típico de acordo com um preceito distinto<sup>(31)</sup>.

O tipo de situações que aqui curamos é de *concurso plurinormativo real*: o problema respeita a uma conduta *posterior* (o branqueamento de capitais) ao facto principal (o ilícito-típico de cuja prática resultaram vantagens ilícitas), desta forma incluindo tipos diversos e várias acções. Trata-se portanto, neste domínio, de operar delicadas conjugações de preceitos incriminadores e das valorações legais neles presentes, com vista a aplicar ou afastar uma das normas convocadas à espiral hermenêutica.

O Código Penal de 1982 unificou o tratamento do concurso plurinormativo, não tendo a distinção entre concurso *ideal* ou *real* (consoante haja ou não unidade do facto) quaisquer consequências práticas<sup>(32)</sup>. A abolição desta distinção é, com efeito, o ponto cen-

---

<sup>(30)</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de direito penal, I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.<sup>a</sup> ed., (como na nota 23) p. 532. O Autor adianta que a consumpção «assenta na absorção do interesse jurídico tutelado por uma norma pelo interesse jurídico tutelado por outra norma, quando a violação deste interesse, em boa hermenêutica e em consonância com o espírito das leis, abrange no seu conteúdo o desvalor da violação do interesse tutelado pela outra norma»; loc. cit., p. 533.

<sup>(31)</sup> Cfr., por todos, JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 17.

<sup>(32)</sup> Sobre a controvérsia, no domínio do Código de 1886, e distintas opiniões de CAVALEIRO DE FERREIRA e EDUARDO CORREIA, relativa ao tratamento do concurso ideal, cfr. FERNANDA PALMA, «Do sentido histórico do ensino do direito penal na Universidade portuguesa à actual questão metodológica», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1999,



tral do legado doutrinal de EDUARDO CORREIA sobre esta questão: «o número de infracções determinar-se-á pelo número de valorações que, no mundo jurídico-criminal, correspondem a uma certa actividade. Pelo que, se diversos valores ou bens jurídicos são negados, outros tantos crimes haverão de ser contados, independentemente de, no plano naturalístico, lhes corresponder uma só actividade, isto é, de estarmos perante um concurso ideal»<sup>(33)</sup>; EDUARDO CORREIA combatia sobretudo uma consideração de tipo empírico-positivista no apuramento do número de crimes.

Assim, recolhendo a doutrina de EDUARDO CORREIA quanto ao concurso plurinormativo<sup>(34)</sup>, o Código dispõe: «O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos» (artigo 30.º, n.º 1, primeira parte), consagrando um normativismo no qual assume primazia a contagem dos tipos preenchidos pela conduta do agente no caso concreto, e não a contagem das acções praticadas.

Como se sabe, a evolução subsequente da doutrina do crime, protagonizada por FIGUEIREDO DIAS, conduziu a uma superação do paradigma neoclássico de cunho normativista de EDUARDO CORREIA, na base de uma orientação teleológica, funcional e racional.

É com base nesta renovada visão da doutrina do crime que FIGUEIREDO DIAS identifica, na sua obra de 2007, os critérios de solução dos casos de concurso de crimes, incluindo situações de *facto posterior co-punido*. O critério a ter em conta é o da «unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final»<sup>(35)</sup>: o agente propôs-se a realização de um tipo de crime de certa espécie e, para o lograr, ou consolidar, serviu-se de métodos, processos ou meios já em si mesmos também puníveis: é o que sucede com os grupos dos

---

pp. 351 ss, esp. p. 414. Há ainda objecções à doutrina de EDUARDO CORREIA; cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), pp. 106 ss.; LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *O "concurso de normas" em direito penal* (como na nota 23), pp. 89 ss.

<sup>(33)</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito criminal*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1968, p. 200.

<sup>(34)</sup> Cfr. *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal. Parte Geral*, vol. I, Lisboa, 1966, pp. 211 ss.

<sup>(35)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), pp. 1016 ss.

factos tipicamente acompanhantes «e, sobretudo, dos factos posteriores co-punidos»<sup>(36)</sup>. É isto:

«com indiferença de princípio, no *plano subjectivo*, sobre se o facto posterior resultou de uma **resolução** tomada pelo agente já antes da realização principal ou só depois e, portanto, como fruto de uma “nova” resolução, como, igualmente, com indiferença por uma qualquer *conexão objectiva* entre os tipos legais violados, nomeadamente, através de uma certa proximidade, parentesco ou afinidade entre os (diferentes) **bens jurídicos** lesados»<sup>(37)</sup>

Deve pois notar-se a rejeição de um decisivo ontologismo (que conduziria a extrair consequências da pluralidade naturalística de resoluções), bem como de um normativismo abstracto (que assinalaria ao bem jurídico um lugar decisivo). Ambos os aspectos são relegados para um plano secundário, podendo contribuir para a conclusão a obter mas não a determinando de modo decisivo. A posição actual de FIGUEIREDO DIAS apela de modo directo para uma valoração de conjunto dos factos e das normas em jogo, desembaraçando-se da carga ou do fardo de critérios puramente naturalísticos ou normativistas. Não que, insista-se, as conexões *subjectivas* (relativas à resolução criminosa e à sua execução) ou *objectivas* (entre normas à primeira vista aplicáveis) sejam agora consideradas irrelevantes: o que ocorre é a consideração destes ângulos ou aspectos não como critério preponderante ou exclusivo, mas sim como tópicos a ter em conta, entre outros, num juízo global sobre os sentidos de ilicitude existentes no facto<sup>(38)</sup>. Com o que

---

<sup>(36)</sup> Seguimos textualmente JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1016.

<sup>(37)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), pp. 1016-1017 (itálicos e negritos no original).

<sup>(38)</sup> Justifica-se a este propósito uma transcrição do Autor relativamente longa: «A ideia central que preside à categoria do concurso aparente deve pois ser, repete-se, a de que situações da vida existem em que, preenchendo o comportamento global mais que um tipo legal concretamente aplicável, se verifica entre os sentidos de ilícito coexistentes uma *conexão objectiva e/ou subjectiva* tal que deixa aparecer um daqueles sentidos de ilícito como **absolutamente dominante, preponderante** ou **principal**, e *hoc sensu* **autónimo**, enquanto o restante ou os restantes surgem também a uma consideração jurídico-social

se afasta a pretensa certeza «mecânica» na aplicação dos critérios naturalístico-empíricos ou normativos antes propugnados, em favor de um juízo ponderado de todos os factores em jogo.

Assim, e frisando agora o modo como tudo isto se projecta no que particularmente respeita aos factos posteriores, afirma FIGUEIREDO DIAS que se um tal facto resultar em termos empíricos ou naturalísticos de uma resolução de vontade assumida pelo agente só em momento posterior, tal é por si destituído de relevância para efeitos de afirmar um concurso efectivo<sup>(39)</sup>.

Quanto ao segundo aspecto focado, cabe igualmente salientar que se o facto posterior viola *um outro bem jurídico*, tal não é só por si suficiente para fundamentar a existência de um concurso efectivo<sup>(40)</sup>. Esta questão deve ser desenvolvida, já que veio a assumir um enorme relevo na prática dos tribunais e é mesmo o ponto considerado *decisivo* por muita doutrina e jurisprudência, bem como, na sua sequência, pelo legislador de 2004.

---

segundo o sentido, como dominados, subsidiários ou dependentes; a um ponto tal que a submissão do caso à incidência das regras de punição do concurso de crimes constantes do art. 77.º seria desproporcionada, político-criminalmente desajustada e, ao menos em grande parte das hipóteses, inconstitucional. A referida dominância de um dos sentidos dos ilícitos singulares pode ocorrer em função de diversos pontos de vista: seja, em primeiro lugar e decisivamente, em função da unidade de sentido social do acontecimento ilícito global; seja em função da unidade de desígnio criminoso; seja em função da estreita conexão situacional, nomeadamente, espaço-temporal, intercedente entre diversas realizações típicas singulares homogêneas; seja porque certos ilícitos singulares se apresentam como meros estádios de evolução ou de intensidade da realização típica global. Não se trata aqui de critérios que permitam uma compartimentação estanque e rigorosa das hipóteses (...): JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), pp. 1015-1016 (negritos e itálicos no original).

<sup>(39)</sup> Em sentido concordante, cfr. PEDRO CAEIRO, «A Decisão-Quadro, do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa», in MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA RODRIGUES e MARIA JOÃO ANTUNES (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 1067 ss., p. 1109.

<sup>(40)</sup> Também aqui em sentido concordante, cfr. PEDRO CAEIRO, «A Decisão-Quadro, do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa» (como na nota 39), p. 1109.

## 5. A questão da diversidade de bens jurídicos

A doutrina recente que se tem especialmente ocupado das questões centrais da unidade ou pluralidade de infracções é unânime no sentido de que não basta responder ao problema do tratamento do concurso plurinormativo afirmando muito simplesmente que existirá um concurso efectivo sempre que os tipos legais de crime convocados em face de uma certa conduta tutelam bens jurídicos *diversos* — como faz muita doutrina e jurisprudência. Vão neste sentido, com argumentos convincentes, FIGUEIREDO DIAS e JOSÉ LOBO MOUTINHO.

Com efeito, a diversidade de bens jurídicos não deve constituir um óbice ao concurso aparente em caso de factos posteriores: no que em especial toca a FIGUEIREDO DIAS, o Autor procede neste ponto a uma clara demarcação da posição que havia assumido nas suas lições de 1976<sup>(41)</sup>. Dá como exemplos, entre outros, o homicídio seguido de ocultação do cadáver, não cabendo punir por homicídio+ocultação<sup>(42)</sup>, já que a ocultação é um acto posterior que se encontra numa unidade de sentido global com o homicídio.

Na mesma linha, denuncia JOSÉ LOBO MOUTINHO a pretensão de resolver o problema com apelo ao critério do bem jurídico — um critério que é, afinal, o que o Autor denomina uma «quinta-essência» do crime, ou seja, que «corresponde a um conceito reduzido e, por consequência, redutor do crime»<sup>(43)</sup>. Explicitando esta noção a propósito da pretensão de ver a quinta-essência do crime na acção, escreve o Autor: «as questões em que se desdobra

---

<sup>(41)</sup> Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Sumários e notas das lições*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1976, em que o Autor sustentava que o facto posterior só não é punível se o crime de garantia ou aproveitamento «se não dirigir contra um novo bem jurídico» (p. 110), dando como exemplos de concurso aparente o furto a que se segue a destruição da coisa furtada (dano), entre outros. O Autor dava como exemplos de concurso efectivo, «dada a diversidade de bens jurídicos ofendidos», a falsificação de documento para encobrir um abuso de confiança ou a venda de coisa furtada a terceiro de boa-fé (loc. cit., pp. 110-111). Cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), pp. 66-67.

<sup>(42)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 1017.

<sup>(43)</sup> JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), p. 56, p. 73 ss., *maxime* p. 77.

o problema da unidade e pluralidade das infracções comportam-se perante a teoria geral do crime, no sentido que neste contexto se dá a tal expressão, como problemas novos, que não foram ponderados ao estabelecer o sistema e aos quais, por isso mesmo, os conceitos sistemáticos não podem, sem abuso, dar resposta»<sup>(44)</sup>. Não é pois adequado proceder a uma transposição de conceitos elaborados num contexto problemático para um outro contexto, inteiramente diverso, com insensibilidade para as coordenadas deste último: «[a] identificação de uma noção quintessencial do crime e a pretendida derivação lógico-dedutiva das soluções a adoptar em matéria de unidade e pluralidade das infracções mais não representam, afinal, do que *pegar em princípios e soluções obtidas com abstracção do que é relevante para o problema da unidade e da pluralidade das infracções e transpô-los exactamente para esse problema. É genealogia dos conceitos ou, melhor até, é tirar coelhos da cartola*»<sup>(45)</sup>.

Em especial sobre a impossibilidade de assim proceder em relação ao critério do bem jurídico, JOSÉ LOBO MOUTINHO salienta que, por se tratar de uma síntese, o bem jurídico «mostra uma ductilidade que o torna um instrumento perigoso ou, se se quiser, traiçoeiro, para ser utilizado na questão da unidade e da pluralidade de infracções»<sup>(46)</sup>, não só vistas «as diversas possibilidades que se oferecem na sintetização do bem jurídico», mas ainda que tal condensação pode resultar «na indicação de bens jurídicos que, pela sua natureza “geral” ou “instrumental” ou “intermédia”, se mostram altamente equívocos nas suas relações com outros bens jurídicos, protegidos em outras normas incriminadoras, em termos de, pura e simplesmente, não permitirem responder — ou, o que é o mesmo, de poderem dar origem a soluções opostas — ao problema das relações entre as normas incriminadoras e dos termos do respectivo concurso»<sup>(47)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), p. 79.

<sup>(45)</sup> JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português* (como na nota 23), p. 77 (os itálicos são negritos no original).

<sup>(46)</sup> Loc. cit., p. 876.

<sup>(47)</sup> Loc. cit., p. 877.

É em termos paradigmáticos o que entendemos ocorrer com o interesse na realização ou actuação da justiça penal. Este é um bem jurídico cuja convocação, no contexto das condutas criminalizadas a título de branqueamento de capitais, pressupõe, por definição, a verificação *anterior* de um outro ilícito-típico constante do «catálogo» fixado pela lei, de cuja prática foram obtidos proventos, cuja origem ilícita se procura encobrir. É devido a esta dependência genética desse outro ilícito que, neste sentido, o bem jurídico protegido pelo branqueamento de capitais se configura como *secundário*, *subsequente* ou *instrumental*, porque colocado ao serviço da actuação prática do monopólio estatal do *ius puniendi*, visando o efectivo confisco das vantagens ilícitas — e que, por isso, surge em termos temporais num estágio *posterior* à consumação, caso os pressupostos de facto se verifiquem<sup>(48)</sup>. Assim se explica que o bem jurídico realização da justiça, no sentido específico que vive no branqueamento de capitais, não seja directamente equiparável ou comparável aos bens jurídicos «primários» ou «principais» *hoc sensu* (vida, integridade física, património, etc.), visando apenas assegurar a aplicação da *reacção penal* que é o confisco das vantagens do crime.

No momento actual muita jurisprudência continua a fazer uma aplicação mecânica do critério da diversidade de bens jurídicos, transformado na prática em critério geral não só necessário mas inclusivamente suficiente do concurso efectivo. Porém, bastar-se com o preenchimento de tipos legais de crime que tutelam uma diversidade de bens jurídicos *é dar a análise por finda onde ela na verdade começa*. Com efeito, num concurso plurinormativo a constatação da diversidade dos bens jurídicos protegidos pelas normas convocadas ao caso concreto não suprime a questão de saber se tais normas estarão ou não interligadas entre si, por forma a apurar a «unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final» de que fala FIGUEIREDO DIAS. Porém, amiúde tal não é feito, e o momento aplicativo em que cabe proceder à conjugação e arti-

---

(48) Como facilmente se compreende, se nenhuma vantagem foram obtidas, não pode surgir qualquer pretensão ou necessidade político-criminal de confiscar o que não existe.

culação das valorações presentes nos tipos convocados, à luz do caso concreto, é indevidamente suprimido. Tal deve-se a uma interpretação do n.º 1 do artigo 30.º do Código Penal (que dispõe: «O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos») como se aí se devesse ler que «O número de crimes determina-se pelo número de bens jurídicos presentes nos tipos legais de crime preenchidos», bastando consequentemente uma mera operação de *contagem* de bens jurídicos subsequente a uma outra de subsunção dos factos aos tipos. Uma tal leitura não pode ser admitida, visto que desloca a análise para um plano abstracto e negligencia o relacionamento entre os tipos de crime cometidos pela conduta do agente. Conduzindo, como é patente, a um rigor injustificado na aplicação da lei penal e na consequente punição do agente.

Pode aliás servir de contraprova desta asserção o caso em que um agente cometeu um crime contra a realização da justiça, de que obteve vantagens, após o que praticou actos de branqueamento dessas vantagens<sup>(49)</sup>. É indiscutível que quer um crime p. ex. de denegação de justiça agravado quer o crime de branqueamento de capitais tutelam *o mesmo* bem jurídico, a realização da justiça penal, se entendido em termos amplos<sup>(50)</sup>. Deveremos daqui concluir, sem mais, que o branqueamento de capitais não é punível neste caso?

Como facilmente se percebe, colocada a questão nestes termos — que relevam de um puro normativismo abstracto-sistemático —, a resposta não poderia deixar de ser a punição apenas pelo crime principal. O que mostra cabalmente que *a questão a colocar não é ou não deve ser a de saber se estamos perante bens jurídicos diversos*, mas sim a de saber se o facto principal em consideração

---

(49) O exemplo, no estado actual do sistema jurídico português, é na prática dificilmente excogitável; tal deve-se ao facto de que as penas previstas na generalidade dos crimes contra a realização da justiça não alcançam o patamar geral exigido no art. 368.º-A do Código Penal para a pertença ao «catálogo»: pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos. Será pensável nos casos previstos no art. 369.º, n.º 3 e n.º 4 (puníveis com prisão de um a oito anos).

(50) E são possíveis vários entendimentos. Numa leitura mais precisa ou restrita, já o bem jurídico será diferente. O que confirma a «ductilidade» de que fala JOSÉ LOBO MOUTINHO (cfr. notas 46 e 47 e texto correspondente).

abrange o facto posterior de modo que este se deva considerar já compreendido na pena daquele — e, neste sentido, «co-punido»<sup>(51)</sup>, em nome de considerações que variam de caso para caso e que não são de fácil generalização<sup>(52)</sup>.

Assim, deve ser rejeitada a pretensão de resolver o problema atentando apenas na diferenciação de bens jurídicos. Trata-se aí de uma postura de exacerbado normativismo, que situa a análise num plano demasiado abstracto. A discussão, no que aos aspectos normativos respeita, deve fazer-se no terreno das concretas e regulares articulações entre tipos legais de crime, à luz do caso concreto, que tenha em conta a forma normal de entender e representar a realidade criminal e os factos típicos, de acordo com valorações correntes assumidas pelo legislador. Damos pois por adquirida a recusa do critério do bem jurídico como a pretensa «prova dos nove» da arte de bem contar crimes.

## 6. A questão do bem jurídico no contexto dos debates sobre branqueamento de capitais

O diagnóstico observado na doutrina geral mais autorizada sobre a unidade ou pluralidade de infracções contrasta com as discussões vindas a lume a propósito do branqueamento de capitais, em que aquela doutrina parece não ter tido ainda qualquer repercussão.

Com efeito, o critério do bem jurídico tem vindo a fazer o seu curso, continuando a ser defendido, já no âmbito da reforma de 2004 por Autores como GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>(53)</sup>, GON-

---

<sup>(51)</sup> Como escreve um autor espanhol: «también puede hablarse de acto copenado y consunción aunque llegue a lesionarse un nuevo bien jurídico, siempre y cuando el contenido desvalorativo del primer hecho realizado comprenda ya el desvalor del segundo». JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales* (como na nota 11), pp. 386 ss.

<sup>(52)</sup> Cfr. nota 38.

<sup>(53)</sup> Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, «Notas sobre branqueamento de capitais. Em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal», in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO e JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra,



ÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA<sup>(54)</sup> ou VITALINO CANAS<sup>(55)</sup>. Antes de 2004, foi defendido por todos os Magistrados que escreveram sobre o tema: JOÃO LUÍS MORAES ROCHA<sup>(56)</sup>, HENRIQUES GASPAR<sup>(57)</sup>, A. G. LOURENÇO MARTINS<sup>(58)</sup> e JORGE DIAS DUARTE<sup>(59)</sup>.

Na jurisprudência, o critério do bem jurídico foi afirmado pelo Tribunal Constitucional, que abordou a questão em 2004 num aresto relativo ao concurso entre tráfico de droga e branqueamento de capitais, tendo decidido que não há violação do princípio *ne bis in idem* na punição do mesmo agente pelos dois crimes em concurso efectivo, por serem *distintos* os bens jurídicos<sup>(60)</sup>.

---

2007, pp. 451 ss., maxime p. 457: «É a dupla violação de bens jurídicos que justifica que o agente seja também punível pelo aproveitamento das vantagens produzidas pelo crime subjacente por ele próprio perpetrado; trata-se da lesão de um outro bem jurídico — a realização da justiça — e não apenas do aproveitamento das vantagens do crime subjacente». Esta forma de conceber as coisas está de acordo com a abordagem feita pelo autor ao problema do concurso em geral, designadamente aos casos de facto posterior co-punido, em que o critério afirmado é o de saber se a conduta posterior lesa um bem jurídico diverso; cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português. Parte Geral. I. Introdução e teoria da lei penal*, Verbo, Lisboa, 1997, pp. 320 s.

<sup>(54)</sup> Cfr. GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, «O crime de “branqueamento” e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português», in GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, ROGÉRIO GONÇALVES e FREDERICO RODRIGUES (orgs.), *Ciências jurídicas. Civilísticas; Comparatísticas; Comunitárias; Criminais; Económicas; Empresariais; Filosóficas; Históricas; Políticas; Processuais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 271 ss.; cfr. pp. 316 ss.

<sup>(55)</sup> Embora, como vimos, apenas de modo implícito; cfr. *supra* nota 10.

<sup>(56)</sup> Cfr. JOÃO LUÍS MORAES ROCHA, *Droga. Regime jurídico*, Livraria Petrony, Lisboa, 1994, p. 78.

<sup>(57)</sup> Cfr. HENRIQUES GASPAR, «Branqueamento de capitais», in *Droga e Sociedade. O Novo Enquadramento Legal*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa 1994, pp. 124 e 133, cit. in Ac. STJ n.º 13/2007.

<sup>(58)</sup> Cfr. A. G. LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito*, Aequitas e Ed. Notícias, Lisboa, 1994, p. 137.

<sup>(59)</sup> Cfr. JORGE DIAS DUARTE, *Branqueamento de capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional* (como na nota 20), pp. 108 ss. O Autor não discute a questão no seu escrito publicado imediatamente após a aprovação da lei de 2004 (cfr. JORGE DUARTE, «Lei n.º 11/2004, de 27 de Março. O novo crime de branqueamento de capitais consagrado no artigo 368.º-A do Código Penal», *Revista do Ministério Público*, Abril-Junho de 2004, pp. 129 ss., apenas a mencionando de passagem: p. 133, nota 11).

<sup>(60)</sup> Acórdão n.º 566/04, processo n.º 675/04, 1.ª Secção (ARTUR MAURÍCIO). O aresto louva-se inteiramente na doutrina da diversidade de bens jurídicos. A questão foi aliás considerada «simples» para efeitos processuais. Indesmentível é que, se colocada nestes termos, a questão é efectivamente bastante fácil.

No mesmo sentido se pronunciou o Ac. STJ n.º 13/2007<sup>(61)</sup>, que fixou jurisprudência sobre esta questão precisa, no âmbito da legislação anterior, nos seguintes termos:

Na vigência do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo artigo 21.º, n.º 1, do mesmo diploma, cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu n.º 1, cometeria os dois crimes, em concurso real.

O aresto, no essencial, após fazer um resumo do pensamento de EDUARDO CORREIA, coloca a questão em termos de «saber se é o mesmo o bem jurídico protegido pelos crimes de tráfico de estupefacientes e de branqueamento de capitais»<sup>(62)</sup>. Passa de seguida a fazer a extremamente fácil demonstração de que há diversidade de bens jurídicos — que é obviamente incontestável —, concluindo pelo concurso efectivo. Refira-se a existência de outras matérias, como em tema de falsificação de documentos e burla, em que o problema do concurso se coloca exactamente da mesma forma e em que o mesmo critério foi afirmado<sup>(63)</sup>.

Como ficou já profusamente detalhado, cremos que a questão não pode ser resolvida com apelo ao conveniente e quase mecânico critério de solução que seria a mera observação da existência de diversos bens jurídicos nas normas *prima facie* convocadas, um critério que dispensaria mais aprofundamentos, valorações ou conjugações de normas e factos.

No entanto, esta visão acabou por se generalizar em alguma doutrina e muita jurisprudência. A sua genealogia deve-se provavelmente a uma leitura da obra de EDUARDO CORREIA — que, como vimos, deslocou o centro de gravidade do problema da unidade ou pluralidade de infracções da contagem das acções para a contagem

---

<sup>(61)</sup> Ac. STJ n.º 13/2007, de 22 de Março de 2007, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 240, 13 de Dezembro de 2007.

<sup>(62)</sup> Cfr. p. 8910.

<sup>(63)</sup> Cfr. Assento STJ n.º 8/2000, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 119, 23 de Maio de 2000, com anotação discordante de HELENA MONIZ, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2000, pp. 462 ss., defendendo que não cabe punir autonomamente a burla, sendo para o efeito irrelevante a diversidade de bens jurídicos protegidos; cfr. ainda HELENA MONIZ, *O crime de falsificação de documentos. Da falsificação intelectual e da falsidade em documento*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 73 ss.

dos tipos de crime cometidos — no sentido de que a identificação de vários bens jurídicos deveria conduzir inexoravelmente a um concurso efectivo. Porém, EDUARDO CORREIA deixou claramente indicado que pode haver consumpção nos casos em que certas disposições «punem certas condutas, quando estas traduzem, em certas condições, uma vontade de aproveitar, garantir ou assegurar a impunidade de outro crime»<sup>(64)</sup> ou quando há relações de mais e de menos entre tipos legais de crime. Em especial, o Autor assinala situações de «facto prévio ou posterior não punível» (*Straflose Vor- und Nachtat*), que haviam sobretudo sido teorizadas por HONIG em 1927, como casos de concurso aparente (ou «hierarquia entre preceitos») em que há pluralidade de acções<sup>(65)</sup>. EDUARDO CORREIA refere aliás que «parece impossível admitir que dois preceitos possam visar a protecção do mesmo valor ou bem jurídico. Toda a norma jurídica, que por qualquer elemento se distingue doutra, pressupõe, cria, no sentido que temos dado a este preceito, um valor ou bem jurídico com individualidade própria. Mas sendo assim só relações de mais e menos entre bens jurídicos diversos podem estar na base da consunção, nunca a sua identidade (...) também entre bens jurídicos *diversos*, que se compreendem uns nos outros, se pode estabelecer uma relação de consunção»<sup>(66)</sup>.

Como já foi referido, EDUARDO CORREIA teve sobretudo em vista a rejeição de concepções naturalísticas do crime e a afirmação de um modo de conceber o concurso em base normativa e, como corolário, a abolição da distinção, então consagrada no Código Penal de 1886, entre concurso real e ideal. Não deve porém, nesta base, ler-se EDUARDO CORREIA como afirmando que bastaria em todos os casos a observação de uma diversidade de bens jurídicos nos tipos convocados para afirmar um concurso efectivo, prescindindo-se sem mais de uma análise das relações «de hierarquia» ou

---

(64) EDUARDO CORREIA, *Direito criminal*, (como na nota 33), vol. II, p. 205, nota 2; EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal* (como na nota 23), pp. 121 ss., esp. pp. 138 ss.

(65) EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal* (como na nota 23), pp. 125 ss.

(66) EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal*, (como na nota 23), p. 134 (itálico no original).

«de mais e de menos» dos tipos da parte especial. Porém, qualquer que fosse a leitura mais adequada da doutrina de EDUARDO CORREIA, foi desta forma que veio a ser entendido, em termos correntes, o seu pensamento.

Feito este percurso, afastámos o bem jurídico como critério suficiente do concurso efectivo. Cremos que a capacidade explicativa de uma análise baseada sobretudo no «sistema» termina por aqui, cabendo criticar a pretensão de tudo querer resolver ao nível da Parte Geral. Não é possível encontrar o fundamento material de solução da questão na base de considerações genéricas. De resto, como observou VASSALI faz meio século, a doutrina do concurso de crimes tem elaborado alguns critérios que podem auxiliar na resolução do problema, vista alguma frequência de certo tipo de constelações, sem que em todo o caso seja viável a elaboração de uma doutrina geral detalhada e completa sobre o tema<sup>(67)</sup>. Tudo o que pudémos concluir até agora é que os casos de facto posterior copunido devem ser resolvidos de acordo com critérios axiógicos e político-criminais, atendendo à «unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final», na expressão de FIGUEIREDO DIAS, para o que importa indagar das conexões objectivas e subjectivas presentes nos factos da vida em análise.

Assim sendo, uma análise cabal do problema passa necessariamente por uma consideração detalhada de vários aspectos cuja captação se faz sobretudo ao nível da Parte Especial, bem como do processo penal.

## 7. O panorama subsequente à prática de crimes

O ponto de arranque num tratamento na especialidade da matéria deve ser, segundo cremos, a constatação de que o tipo de crime de branqueamento de capitais pressupõe um outro tipo legal de crime prévio ou anterior: o facto principal<sup>(68)</sup>. Tal resulta, de

---

<sup>(67)</sup> GIULIANO VASSALI, «Antefatto non punibile, postfatto non punibile», *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, 1958, pp. 505 ss.

<sup>(68)</sup> O ponto resulta com toda a clareza do texto da lei, que exige, no n.º 1 do art. 368.º-A, a presença de vantagens resultantes de «factos ilícitos típicos».

modo inapelável, da circunstância de que se os bens em causa não têm efectiva origem num ilícito-típico constante do «catálogo», não existe crime de branqueamento de capitais.

O branqueamento de capitais pode pois ser caracterizado como um tipo derivativo, secundário, acessório ou «de conexão»<sup>(69)</sup>. É, neste ponto, em tudo análogo ao favorecimento pessoal, à receptação e ao auxílio material ao criminoso, visto que todos estes tipos legais de crime fazem em parte derivar o seu conteúdo de ilicitude, embora nem sempre da mesma forma, do facto principal. Podemos denominar todos estes tipos que pressupõem um ilícito-típico anterior de «adesões posteriores» ou «pós-factos».

A conturbada evolução do tratamento doutrinal e legislativo das adesões posteriores oscilou entre a sua consideração como *encobrimento*, regulado na Parte Geral, e a criminalização autónoma na Parte Especial. Tal evolução foi concluída com o Código Penal de 1982<sup>(70)</sup>. É sabido que após o seu tratamento como formas de participação, a doutrina e a lei evoluíram para a consideração da receptação e do favorecimento como tipos de crime autónomos, previstos na Parte Especial, atendendo ao dado essencial — da «natureza das coisas», posto em destaque pelo pensamento da causalidade — de que não é possível contribuir ou participar num facto já ocorrido: «não parece poder haver, por não ser nem normativamente adequada, nem em rigor facticamente pensável, uma comparticipação *ex post facto*»<sup>(71)</sup>.

Entende-se hoje que o *iter criminis* não compreende, após a consumação, uma fase subsequente que seria o *encobrimento*,

---

<sup>(69)</sup> J. GODINHO, *Do crime de «branqueamento de capitais». Introdução e tipicidade* (como na nota 1), p. 15, nota 3.

<sup>(70)</sup> Cfr. PEDRO CAEIRO, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, nótula antes do art. 231.º, § 6, pp. 471 ss. Em Espanha o ponto de chegada do mesmo processo é ainda mais tardio: o Código Penal de 1995. Cfr., para um conspecto geral, a importante obra de P. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Encubridores o cómplices. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

<sup>(71)</sup> Nestes termos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime* (como na nota 23), p. 758. Mais indicações em A. MEDINA DE SEIÇA, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, sub art. 367.º, § 3-4, pp. 576 ss.

como constava do Código Penal de 1886<sup>(72)</sup>. Mas tal alteração dos quadros *dogmáticos* não importou uma radical alteração de índole *político-criminal*: continua a fazer sentido a criminalização das adesões posteriores. A eliminação do encobrimento foi acompanhada da criminalização da receptação, do auxílio material ao criminoso, e do favorecimento pessoal (geral e praticado por funcionário), corolários da deslocação destas questões da Parte Geral para a Parte Especial. Porém, tal fez-se com exclusão do agente do facto principal: em todos estes tipos o «auto-encobrimento» é atípico e a lei *expressamente* exclui a possibilidade de concurso efectivo. Tal resulta com clareza dos textos legais, que cabe recordar.

Assim, a receptação respeita a «coisa que foi obtida *por outrem* mediante facto ilícito típico contra o património» (artigo 231.º, n.º 1, CP). Quanto ao auxílio material ao criminoso, consiste este em «auxiliar *outra pessoa* a aproveitar-se do benefício de coisa obtida por meio de facto ilícito típico contra o património» (artigo 232.º)<sup>(73)</sup>. Já o favorecimento pessoal exige uma actuação com «intenção ou com consciência de evitar que *outra pessoa*, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança» (artigo 367.º, n.º 1; *idem*, no caso do n.º 2).

Com efeito, nestes casos, a punição do agente do crime principal também pelo facto posterior seria uma dupla punição, ou seja, uma redundância, visto que a necessidade político-criminal só ocorre em relação a terceiros. É a estes que se proíbe o «encobrimento» ou «não adesão» ao facto praticado, pois tal conduta pode

---

(72) Em que o artigo 19.º proclamava que «Os agentes dos crimes são autores, cúmplices ou encobridores» e o artigo 23.º discriminava cinco tipos de encobrimento, abrangendo: 1) a alteração de vestígios do crime com o propósito de impedir ou prejudicar a formação do corpo de delito; 2) a ocultação ou inutilização das provas, instrumentos ou objectos do crime com o intuito de concorrer para a impunidade; 3) os actos de pessoas que, estando obrigadas funcionalmente a fazer qualquer exame, alteram ou ocultam a verdade do facto com o propósito de favorecer o agente; 4) a conduta de quem, por compra, penhor, dádiva ou outro meio, se aproveita ou auxilia o criminoso para que se aproveite dos produtos do crime, com conhecimento da origem dos bens; 5) e os que dão coito ao criminoso ou lhe facilitam a fuga, com o propósito de o subtraírem à acção da justiça.

(73) Segundo PEDRO CAEIRO, «o aproveitamento do benefício da coisa ilicitamente obtida é, para o autor do facto referencial, um **facto posterior não punível**», in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, *sub art.* 232.º, § 6, p. 505 (negrito no original). Melhor diríamos que é um facto posterior *co-punido*.

nomeadamente dificultar a prova em processo penal, a aplicação das reacções penais, e a satisfação dos interesses da vítima.

Já em relação ao próprio agente a atitude da lei é outra.

No âmbito da *receptação*, a punição em concurso efectivo do agente do facto principal contra o património de que resultaram os bens representaria uma sua penalização quer pela violação da norma primária em causa — p. ex., a que proíbe o furto — quer pela norma secundária que proíbe as condutas que consistem no aproveitamento das utilidades económicas da coisa furtada<sup>(74)</sup>. Este último aspecto — o exaurimento subsequente à consumação formal — já é considerado na proibição do crime principal, como de resto sempre se entendeu, em termos pacíficos, sendo a venda (bem como o consumo ou a destruição) da coisa furtada um dos exemplos mais correntes de facto posterior co-punido<sup>(75)</sup>. Sendo este pacífico entendimento a razão da sua recolha expressa no texto da lei.

No âmbito do *favorecimento* tem aplicação o mesmo tipo de considerações. A punibilidade, em concurso efectivo, do facto principal e do auto-favorecimento, representaria uma punição do agente quer pela infracção da norma primária que proíbe o crime precedente praticado, quer pela infracção da norma secundária que visa assegurar a possibilidade de as autoridade competentes levarem a cabo actividades probatórias ou preventivas ou a execução de penas ou de medidas de segurança<sup>(76)</sup> (e desde logo a descoberta e captura do agente) — tudo aspectos de realização da justiça penal. De onde resulta que a não colaboração para a própria condenação — desde logo, através da *fuga* — não tem valor jurídico autónomo para efeitos punitivos, sendo uma redundância e uma desproporção punir o agente também a este título.

---

<sup>(74)</sup> Nestes termos, P. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Encubridores o cómplices. Contribución a una teoria global de las adhesiones post-ejecutivas* (como na nota 70), pp. 356 s., que seguimos de perto neste ponto.

<sup>(75)</sup> A que acresce o facto de que existe contiguidade do bem jurídico, o património, o que coloca a questão «a salvo» das disputas acima referenciadas sobre a possibilidade de um facto posterior co-punido dizer respeito a um bem jurídico diverso.

<sup>(76)</sup> Sobre a construção dual do tipo de crime de favorecimento pessoal, cfr. A. MEDINA DE SEIÇA, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, sub art. 367.º, § 12 ss., pp. 581 ss.

Estes dados, recolhidos no Código Penal em termos expressos e inequívocos, indicam que os factos posteriores à consumação não são puníveis quando realizados pelo agente do ilícito-típico precedente. Constituem revelações de um pensamento político-criminal mais geral, tendente a excluir a punibilidade das condutas pós-executivas do agente. A necessidade de explicitação da atipicidade deve-se, no plano dogmático, à desconexão formal destes crimes com a teoria da comparticipação, de que foram «expurgados», mas com a qual têm atinências materiais, que assim sobrevivem de um modo mais adequado às representações correntes sobre a causalidade.

O fundamento de tal atipicidade deve também ser observado do ângulo político-criminal da realização ou funcionamento da justiça penal, em que, como já aludimos, é opção geral de base a não exigência ao agente de uma colaboração para a sua própria condenação. Este é um ângulo que enfatiza aspectos directamente ligados ao processo penal, cabendo aclarar o que se pode ou não exigir do agente com vista ao funcionamento da justiça penal.

Assim, cabe atentar em que, em termos materiais, uma vez consumada a lesão do bem jurídico tutelado pelo crime principal, surge, num momento cronológico imediatamente *posterior*, a pretensão de realização da justiça, a levar a cabo nos quadros do monopólio estatal da justiça penal<sup>(77)</sup>. Tal pretensão traduz-se designadamente na ambição estadual de: encontrar, deter (se necessário), acusar (se para tal houver fundamento), julgar e (caso haja condenação) punir o agente; provar os factos; indemnizar a vítima ou desfazer o dano; e localizar, apreender e confiscar as vantagens obtidas por meios ilícitos. Assim, para referir um exemplo simples, após um homicídio a soldo, consumada a morte da vítima e pago o montante prometido ao agente do crime, perdeu-se o bem jurídico vida; surge, em seu lugar, a pretensão da aplicação de uma pena de prisão ao agente e a pretensão de confiscar o dinheiro por ele recebido, aspectos de realiza-

---

(77) Que exclui, em via de regra, a actuação dos privados, salvo situações p. ex. de legítima defesa, que porém exige a actualidade da agressão, após o que já não é possível a defesa, devendo a situação ser resolvida exclusivamente pelo Estado.



ção da justiça penal e de concretização do *jus puniendi* estatal<sup>(78)</sup>.

Importa, neste quadro, diferenciar a posição substantiva e processual dos terceiros e a posição em que se encontra o agente.

Após o cometimento de um crime, aos *terceiros* se exige que não coloquem entraves ao funcionamento da justiça penal e não agravem a lesão do bem jurídico já ocorrida, por exemplo não colaborando no seu exaurimento. É por esta razão que são puníveis o favorecimento pessoal praticado por outrem (com pena de prisão até 3 anos ou multa) e o branqueamento de capitais (com pena de prisão de 2 a 12 anos, que não pode exceder a pena do facto principal), pois colocam obstáculos à aplicação de reacções penais<sup>(79)</sup>. Dos terceiros se exige igualmente que colaborem com a justiça penal, nomeadamente dizendo a verdade em tribunal.

Porém, importa agora sobretudo salientar que, neste quadro — repita-se, no estádio posterior ao cometimento de um crime de que resultaram ganhos patrimoniais, em que surge a pretensão à punição do agente e ao confisco das vantagens por ele obtidas, a levar a cabo pelos agentes do Estado especialmente encarregues desta tarefa —, já a situação é bastante diversa *em relação ao agente* de crime. Este não tem uma obrigação de se auto-denunciar

---

<sup>(78)</sup> «Los tipos intentam prevenir conductas calificadas por poner en peligro bienes jurídicos. Una vez que esto ya se ha producido (...), el interés en la protección no decae, sino se ve transformado en otro: el interés en que la Administración de Justicia actúe, para aportar a los bienes jurídicos la tutela que desde entonces quepa prestarles (res-titución del objecto, sanción del autor, etc)»: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, n.º 22. O Autor traça um quadro geral na sua obra de 2004 já várias vezes citada: cfr. P. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Encubridores o cómplices. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas* (como na nota 70; uma obra particularmente interessante por discutir temas que estão num ponto de transição entre a parte geral, a parte especial e o processo penal). A afirmação de que consumada a lesão do bem jurídico tutelado pelo crime precedente surge em seu lugar o bem jurídico que é a realização da justiça penal é para nós relativamente óbvia. Seria talvez desnecessário aclarar com mais detalhe o ponto. Porém, foi já observado — nos arestos do Tribunal Constitucional e do STJ citados (cfr. *supra*, notas 60 e 61) — que tal afirmação é «tese algo artificiosa, aliás não suficientemente demonstrada». Como procurámos explicitar, tal resulta do mero encadeamento temporal em qualquer crime.

<sup>(79)</sup> O facto de a pena prevista para o branqueamento de capitais poder ser *quatro* vezes mais alta do que a pena do favorecimento pessoal constitui um desequilíbrio valorativo evidente.

ou de colaborar com a justiça para a sua própria condenação — recorde-se o direito ao silêncio e a impunidade da fuga e da mentira, como exemplos<sup>(80)</sup>, bem como a impunidade da ocultação ou destruição de provas que o incriminam<sup>(81)</sup> salvo se constituir crime de dano<sup>(82)</sup>. Essa é igualmente a razão material pela qual são atípicas as condutas de exaurimento, consolidação e garantia — receptação e favorecimento —, quando levadas a cabo pelo próprio agente. Assim, o agente que cometa um homicídio a soldo, de seguida escape à justiça, e por fim falte à verdade em tribunal não deve ser punido em concurso efectivo por homicídio, favorecimento pessoal

---

(80) Cfr. art. 61.º, n.º 1, *d*) (direito a não responder a perguntas sobre os factos imputados), art. 140.º, n.º 3 (o arguido não presta juramento), Código de Processo Penal. Cfr., com pormenor, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 2.ª ed., Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2008, p. 48, nota 27 ao art. 4.º do CPP.

(81) Foi já afirmado por vários Autores que apesar da solução legal consagrada poderão em todo o caso ocorrer situações de «auto-encobrimento não punível» em que o concurso efectivo deva ser negado, ao menos no caso exemplar do «traficante que tem em sua casa uma elevada quantia em dinheiro proveniente dessa actividade, e sabendo que está iminente uma busca, transfere tais bens para um local longínquo, com vista a que as autoridades vejam frustrada a sua actividade de recolha de provas contra si». A afirmação é de LUÍS SILVA PEREIRA, *O combate ao crime organizado e ao branqueamento de capitais*, comunicação apresentada no seminário hispano-português «O espaço judicial português», Cáceres, 27-29 Outubro 1997, cit. in JORGE DIAS DUARTE, *Branqueamento de capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional* (como na nota 20), p. 112 (com adesão), seguido ainda por VITALINO CANAS, *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão* (como na nota 8), p. 157 (igualmente com adesão). Neste tipo de situações, afirma-se que «não seria exigível que o agente actuasse de forma diversa, já que não se requer que o autor de um crime se apresente a confessá-lo ou seja obrigado a manter consigo elementos que constituam prova indiciária de que na realidade o cometeu» (LUÍS SILVA PEREIRA, cit. in JORGE DUARTE, loc. cit., p. 112). Parece pois perceber-se que, no pensamento destes Autores, o concurso efectivo não é em todos os casos uma conclusão necessária, podendo, em certas situações, não ocorrer. Neste caso, em nome de uma não exigibilidade levando a um «auto-encobrimento não punível». O estatuto dogmático da figura assim convocada não é clarificado pelos Autores, parecendo tratar-se de uma causa de justificação ou de exculpação, baseadas no pensamento da inexibibilidade. Cremos que não parece possível configurar aqui os pressupostos de qualquer causa de justificação, vg, estado de necessidade, por ter sido criada pelo agente a situação em causa e por ser difícil conceber a actuação do *ius puniendi* como um perigo ou a ameaça de um mal. Assim, JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales* (como na nota 11), p. 379. É correcta a afirmação de que não cabe punir a destruição de provas (salvo se constituírem outro crime) — mas tal pensamento deve conduzir à atipicidade das condutas em causa, não à mera justificação ou desculpa.

(82) Sobre o ponto, cfr. *infra*, nota 90.

e falsidade de depoimento ou declaração. É punido apenas por homicídio, sendo atípicas as restantes condutas, que se analisam numa óbvia e inteiramente normal não colaboração com a justiça, inerente à natureza humana, um facto totalmente transparente para qualquer não jurista. Poderá haver lugar a um prémio por colaboração com a justiça, a levar à conta no crime principal, mas não já uma sanção adicional por não colaboração<sup>(83)</sup>. Não há um dever de contribuir para a própria condenação, ou qualquer dever geral de denunciar crimes cometidos pelo próprio, pois tal converteria os cidadãos em colaboradores ao serviço permanente do Estado<sup>(84)</sup>.

A questão que surge é pois a seguinte: uma vez que o branqueamento de capitais não passa de um crime de favorecimento real (relativo a bens), a todos os títulos análogo ao favorecimento pessoal, porque deveria ser tratado de modo diverso? Não se entende porque razão deveria ser o único caso de facto posterior punível em concurso efectivo, diversamente de casos em tudo paralelos como o homicídio+ocultação de cadáver, o furto+recepção ou a violação+encobrimento, para dar só alguns exemplos. Tal *tratamento excepcional* relevaria apenas de um empolamento artificial da danosidade social do crime de branqueamento de capitais, algo a que se assiste com alguma frequência, mas que, segundo cremos, numa análise fria e objectiva, deve ser rejeitado. Relevaria ainda de um «patrimonialismo» cego, mais empenhado no confisco das vantagens e mais atento aos aspectos financeiros do que à punição dos agentes do crime, que não toleraria a dissimulação da origem das vantagens mas já toleraria a fuga do agente. Parece óbvio, se bem vemos as prioridades político-criminais, que se o agente devesse ser punido por branqueamento das vantagens então, por maioria de razão deveria ser punido por fugir à justiça. O que não ocorre, em nome de um pensamento liberal.

---

<sup>(83)</sup> Diga-se de resto que o regime premial agora previsto para o branqueamento de capitais no n.º 9 do art. 368.º-A só parece fazer sentido se referido a crimes principais cometidos por outrem: «9. *A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.*»

<sup>(84)</sup> Assim, P. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Encubridores o cómplices. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas* (como na nota 70), pp. 213 ss., p. 312.

## 8. Conclusões

Se é certo que a solução adequada ao caso concreto, em termos justos e comportáveis pelo sistema, tem de ser obtida «por apelo ou com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a *valorações político-criminais co-naturais ao sistema*»<sup>(85)</sup>, verifica-se, pelas várias ordens de razões que ficaram expostas, que tais valorações, contrariamente ao que se defende com frequência na jurisprudência, jogam na verdade o seu peso *contra* o concurso efectivo entre branqueamento de capitais e crime principal. Só vários factores têm permitido chegar ao resultado contrário, que sintetizamos em três pontos.

a) Em primeiro lugar, e no plano geral da unidade ou pluralidade de infracções, uma concepção simplista e distorcida da metodologia da resolução de casos de concurso plurinormativo, que pretende reduzir a questão a uma mera observação da diversidade de bens jurídicos.

b) Em segundo lugar, no plano do *iter criminis* e processual penal em que surge a pretensão de realização da justiça penal, uma cisão não justificada entre o branqueamento de capitais e os restantes «pós-delitos», ou seja, uma compreensão sem as necessárias ligações ao quadro em que as «adesões pós-executivas» se movem, no qual é regra de base a não exigência ao agente de uma contribuição para a aplicação de reacções penais contra si próprio, que logo leva a que não possa um agente ser punido por ter dificultado o trabalho das autoridades competentes na sua actuação com vista à apreensão e confisco das vantagens por ele próprio obtidas, algo que põe em causa postulados fundamentais de um direito penal de base liberal. Com efeito, são atípicas as condutas de «auto-receptação», «auto-auxílio» ou «auto-favorecimento»: o legislador recusa ver aqui um novo crime, determinando a atipicidade destas condutas. As condutas tendentes a evitar a aplicação de reacções penais — a fuga, a dissimulação das vantagens, a mentira em tribunal —

---

<sup>(85)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001. p. 17 (itálico no original).

devem pois ser todas consideradas como factos posteriores co-punidos, se praticados pelo agente do crime principal<sup>(86)</sup>. Punir por ambas representaria uma repressão do facto de se ter prejudicado a aplicação da norma secundária ou de sanção, que acresceria à repressão do facto principal, no que constituiria uma dupla punição carecida de qualquer fundamento material<sup>(87)</sup>.

c) Em terceiro lugar, no plano do contexto mais amplo em que nos movemos, cabe recordar que se assiste com frequência à defesa de uma compreensão a todos os títulos exagerada da real danosidade do branqueamento de capitais. Tal resulta de um caldo de «ruído», endurecimento e populismo penal, a que se liga a sua chegada pela via do direito internacional e europeu, sob influência anglo-saxónica<sup>(88)</sup>. Será provavelmente alimentada por múltiplos

---

<sup>(86)</sup> Neste sentido se pronunciou J. OLIVEIRA ASCENSÃO, «Branqueamento de capitais: reacção criminal», in *Estudos de direito bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 337 ss. (pp. 347 s.); o Autor afirma que «[o] sentido do branqueamento de capitais não é o de atingir o agente da infracção principal. A situação deste já foi considerada com a penalidade desta infracção». Em Itália, avulta sobretudo no facto de que o trecho legal de onde decorre esta solução é directamente moldado sobre o crime de receptação, tipo em relação ao qual se não colocam dúvidas sobre a qualificação da «auto-receptação» como facto posterior co-punido. Estes dados não consentem a adopção de solução diferente para o «auto-branqueamento». Cfr. MARIO ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milão, 1997, pp. 352 ss.; ENZO MUSCO, «Il riciclaggio nel diritto penale italiano», in J. FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Blanqueo de dinero y corrupcion en el sistema bancario*, vol. II, Universidade de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 25 ss., p. 30.

<sup>(87)</sup> Assim, JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales* (como na nota 11), pp. 389. Em termos político-criminais, deve ainda ser rejeitado o argumento de que esta conclusão traria consigo um notório enfraquecimento do dispositivo de prevenção e repressão da criminalidade pelo ângulo patrimonial, uma alegação por vezes aventada. Pode ler-se num acórdão do Tribunal Constitucional que tal tese «deixaria o sistema indefeso perante a colocação nos circuitos económicos-financeiros de dinheiro sujo, desde que tal feito lograsse a autoria singular do autor do crime-base»; ac. TC n.º 566/04, processo n.º 675/04, 1.ª Secção (ARTUR MAURÍCIO). Cremos que tal releva de alguma incompreensão da conjugação de vários institutos penais. Designadamente, o facto de não haver aqui lugar à punição autónoma do crime de branqueamento de capitais não significa que as vantagens que comprovadamente tenham sido obtidas com a prática do crime precedente (p. ex., corrupção) não possam ser confiscadas: seguramente que podem, posto que se comprove a sua origem ilícita.

<sup>(88)</sup> Num fenómeno de «americanização» do direito penal (cfr. AAVV, *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, tomo 45, 2001), que poderá ser, neste caso, uma *desaprendizagem*. Com efeito, no âmbito do mais interessante ponto de encontro penal entre *common law* e direito continental — o direito internacional penal — assinala-se com toda a clareza que as questões do concurso se acham muito mais desenvolvidas no

jogos de interesses conexos<sup>(89)</sup> que tendem a querer ver aqui fontes de perigos indizíveis, qualitativamente muito superiores aos antes conhecidos, mas que não devem perturbar a sua correcta — fria e objectiva — consideração político-criminal. A criminalização de condutas que visam evitar a detecção e o confisco de vantagens obtidas por meios ilícitos representa não mais do que uma redescoberta de uma certa forma de favorecimento real, cujo fundamento tem sido apreendido de modo que reputamos deficiente. Em termos de normalidade das situações, o intuito de evitar a descoberta, apreensão e confisco de bens ilicitamente adquiridos é conatural a qualquer crime de que resultaram vantagens ilícitas<sup>(90)</sup>. Todo o

---

âmbito da tradição romano-germânica. Assim, ANTONIO CASSESE, *International criminal law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 178 ss.

(89) Com efeito, o contexto mais amplo em que nos movemos — no sentido da *law in context*, que cabe não ignorar — não pode deixar de ser acenado, ainda que só muito brevemente. Assim, o tema do branqueamento de capitais surge na agenda internacional por mão dos principais centros financeiros e a questão sempre foi bastante politizada, girando múltiplos interesses à sua volta: de certos Estados, de organizações internacionais actuantes na matéria (que procuram mais competências e orçamentos), de departamentos governamentais criados para o efeito, de Governos que pretendem anunciar resultados aos seus públicos, entre outros actores do que se transformou numa verdadeira indústria. De todos resulta, de modo unívoco, uma certa tendência para exagerar os reais riscos em causa com a questão do branqueamento de capitais.

(90) PEDRO CAEIRO pretende divisar o fundamento da criminalização do branqueamento de capitais apenas e exclusivamente num «especial grau de perigosidade» ou «modo particularmente eficiente» das condutas branqueadoras, que, assim, não podem ser vistas como um prolongamento socialmente tido como «natural» do facto principal, diferentemente do que se passaria com a recepção, o auxílio material e o favorecimento pessoal. Neste sentido, PEDRO CAEIRO, «A Decisão-Quadro, do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa» (como na nota 39), p. 1107. O Autor rejeita o concurso aparente com o crime principal nesta base, salvo nos casos da antiga al. c) — hoje revogada —, onde considerava haver uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas, conduzindo a um concurso aparente. Cremos poder objectar que, como deixámos mencionado em texto, a *ocorrência* de condutas mais ou menos sofisticadas de branqueamento de capitais é inteiramente previsível ou expectável por parte de qualquer agente que lucrou com um crime, pelo que devem tais condutas ser tidas como um prolongamento «natural» do facto principal e, assim, incluídas no conteúdo de ilicitude do facto principal. Já quanto ao *modo de execução* do próprio branqueamento de capitais, cabe diferenciar. A consideração do auto-branqueamento como facto posterior co-punido abrange as condutas de dissimulação da origem ilícita que sejam, em si, socialmente adequadas (p. ex., transferências bancárias). Já porém onde as condutas de branqueamento de capitais *consistam noutros crimes* (p. ex. falsificação de documentos ou ameaças), poderá

agente que lucrou com um crime pretende não ser desapossado desses lucros. A fuga à acção da justiça é um «estádio posterior» de todos conhecido: sempre existiu e sempre existirá. Se a fuga da pessoa do agente é atípica, porque não deveria suceder o mesmo com a fuga dos capitais?

Concluimos que o branqueador terá de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora das vantagens, pelo que se deve considerar como co-punido, logo não dotado de autonomia o branqueamento de capitais obtidos pelo próprio através do facto principal. A solução contrária levaria a uma dupla punição destituída de fundamento material.

Neste contexto, a solução adoptada pelo legislador português em 2004 aponta para uma injustificada e desproporcional dupla<sup>(91)</sup> punição de factos que, a nosso ver, e pelas razões expostas, não deveriam dar lugar a múltiplos crimes. Tal alteração legislativa — precipitada e imprudente, a revogar rapidamente, visto o seu ele-

---

haver aí (ou não) um facto a valorar de modo autónomo. Assim, no âmbito do favorecimento pessoal refere A. MEDINA DE SEIÇA (in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, sub art. 367.º, § 39, p. 595), que quem realiza uma acção que preenche o tipo legal de crime de favorecimento pessoal com a intenção de se auto-favorecer não preenche o tipo *salvo se os concretos meios utilizados forem penalmente ilícitos*. No mesmo sentido, cfr. JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales* (como na nota 11), pp. 394 s. Assim, o autor do facto principal poderá ser eventualmente considerado, nestes casos particulares, como autor, em concurso efectivo, de um facto subsequente. Mas este é já, atente-se, um problema outro, diverso do que vimos discutindo. Com efeito, cabe distinguir entre o concurso *com o facto principal ou precedente* (problema que versámos neste escrito) e o concurso *com o facto-meio* (ou *concomitante*) do branqueamento de capitais, ou seja, com os meios empregues para branquear (problema versado apenas nesta nota).

<sup>(91)</sup> Com logo no início apontámos, são relativamente invulgares os casos em que um agente é acusado isoladamente da prática do crime de branqueamento de capitais, ou seja, divorciado do tipo de crime que gerou os proventos ilícitos. Por outras palavras: não abundam os casos de «puro» branqueamento de capitais. Este facto revela que, na prática, o crime tem vindo essencialmente a servir para agravar a pena do autor do facto principal. Parece-nos assim inteiramente acertada a observação, colhida na jurisprudência, de que «se correcta fosse a incriminação assumida pelo Tribunal Colectivo [no sentido do concurso efectivo], todos os traficantes de estupefacientes incorreriam na prática do crime do artigo 23.º [...], pois de um modo geral com a venda de estupefacientes o agente consegue proventos económicos, proventos esses que não guarda intactos para serem apreendidos e declarados perdidos a favor do Estado, antes os gasta no seu sustento e na aquisição de bens e em depósitos bancários, muitas vezes uns e outros em nome de familiares ou terceiras pessoas, o que não impede [...] a sua perda para o Estado». Cfr. Ac. STJ n.º 13/2007.

vado potencial de perturbação — é claramente contraditória com a inserção do crime no capítulo dos crimes contra a realização da justiça<sup>(92)</sup>, levada a cabo pela mesma reforma, e que aponta directamente para a conclusão contrária. Parece pois evidente que se trata de uma intervenção legislativa pouco ponderada, vista a antinomia existente entre estas duas inovações. A punição de um agente por dificultar a aplicação de reacções penais contra si próprio é uma indevida dupla punição, com pena particularmente grave no caso do branqueamento de capitais, violadora do princípio *ne bis in idem*, que conflitua com as valorações fundamentais de um direito penal de base liberal, sendo pois desnecessária e desproporcional.

*Fevereiro de 2009*

---

<sup>(92)</sup> Pode ler-se na Proposta de Lei n.º 73/IX (como na nota 5): «Introduz-se o tipo de branqueamento no Capítulo III do Código Penal. A inserção sistemática escolhida fica a dever-se ao facto de o branqueamento ser, em primeira linha, um crime contra a administração da justiça, na medida em que a actividade do branqueador dificulta a actuação da investigação criminal relativamente ao facto ilícito subjacente». O que só reforça a semelhança do branqueamento de capitais com os outros «pós-delitos».



# A RESPONSABILIDADE CIVIL ADMINISTRATIVA DO ESTADO

*Pelo* Dr. Tiago Viana Barra

## *SUMÁRIO:*

**§ 1. Introdução.** 1. Tema. 2. A Cosmopolitização do Direito Administrativo. **§ 2. A Evolução Histórica do Instituto da Responsabilidade Civil Administrativa.** 1. As Diferentes Concepções do Princípio da Separação de Poderes nas Revoluções Liberais dos Sécs. XVIII e XIX. 2. Da Irresponsabilidade à Responsabilidade Plena do Estado — A Evolução Portuguesa. **§ 3. O Regime Legal da Responsabilidade Civil Administrativa do Estado.** 1. A Responsabilidade por Facto Ilícito. 2. A Responsabilidade pelo Risco. 3. Outros Tipos de Responsabilidade dos Agentes Públicos pelos Danos Causados no Exercício da Função Administrativa do Estado. 4. A Distinção entre Actos de Gestão Pública e Actos de Gestão Privada. **§ 4. A Consagração da Teoria da *Faute du Service* no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Danos Decorrentes do Exercício da Função Administrativa.** 1. Preliminares. 2. O Contributo da Doutrina Francesa — *Faute de Service* e *Faute du Service*. 3. A Influência da Jurisprudência Francesa na Densificação do Conceito de *Faute du Service*. 4. A Teoria da *Faute du Service* na Jurisprudência Portuguesa. **§ 5. Conclusões. Bibliografia**

## **Modo de citar e lista de siglas, abreviaturas e acrónimos**

Apenas na primeira referência bibliográfica a citação se fará através da identificação de todos os elementos necessários à correcta identificação da obra. Nas referências posteriores, a citação será feita apenas pela indicação do autor e pela identificação do título da obra e através da designação “cit.”. No caso de serem cita-

das várias obras do mesmo autor, a citação será feita pela indicação do autor e do título de forma abreviada.

As publicações periódicas serão referidas através da utilização de siglas, seguidas da indicação da numeração da publicação, do mês, do ano e da página.

Os preceitos legais em que não seja indicada a fonte, pertencem à Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas actualmente em vigor.

Em seguida indica-se a lista de siglas, abreviaturas e acrónimos:

**AAVV** — Autores Vários

**Ac.** — Acórdão

**al.** — alínea

**art.** — artigo

**arts.** — artigos

**BFDUC** — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**BGB** — *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)

**BMJ** — Boletim do Ministério da Justiça

**cap.** — Capítulo

**CC** — Código Civil

**CCP** — Código dos Contratos Públicos

**CEE** — Comunidade Económica Europeia

**cfr.** — confira

**cit.** — citado

**CJ** — Colectânea de Jurisprudência

**CJA** — Cadernos de Justiça Administrativa

**CPA** — Código do Procedimento Administrativo

**CPC** — Código do Processo Civil

**CPP** — Código do Processo Penal

**CPTA** — Código de Processo nos Tribunais Administrativos

**CRP** — Constituição da República Portuguesa

**ed.** — edição

**ETAf** — Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

**FA** — *Il Foro Amministrativo*

- FAO** — *Food and Agriculture Organization of the United Nations (Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação)*
- Faute du service** — Falha no serviço (“funcionamento anormal do serviço” na designação atribuída pelo n.º 3, do art. 7.º, da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro)
- FCG** — Fundação Calouste Gulbenkian
- GG** — *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)
- i.e.** — *id est*
- INCM** — Imprensa Nacional-Casa da Moeda
- LGDJ** — *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*
- LRCEE** — Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, publicada na 1.ª série do Diário da República, n.º 251, em 31 de Dezembro de 2007)
- LRJAP** — *Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*
- JILP** — *Journal of International Law and Politics*
- n.** — nota
- n.º** — número
- Nm** — número de margem
- p.** — página
- p. ex.** — por exemplo
- pp.** — páginas
- RAJ** — Revista Actualidade Jurídica
- RDES** — Revista de Direito e Estudos Sociais
- REDC** — Revista Española de Derecho Constitucional
- reimp.** — reimpressão
- RFDUL** — Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- RLJ** — Revista de Legislação e Jurisprudência
- RTDC** — Revue Trimestrielle de Droit Civile
- segs.** — seguintes
- STA** — Supremo Tribunal Administrativo
- Staatshaftungsgesetz** — Lei da Responsabilidade do Estado alemã (1981)

**STJ** — Supremo Tribunal de Justiça

**TC** — Tribunal Constitucional

**TJC** — Tribunal de Justiça das Comunidades

**trad.** — tradução

**UNCLOS** — *United Nations Convention on the Law of the Sea* (Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos do Mar)

**UTET** — *Unione Tipografico-Editricine Torinese*

**vol.** — volume

## § 1. Introdução

### 1. Tema

A sistemática escolhida para o desenvolvimento da matéria visa definir o enquadramento jurídico-político da problemática que constitui o tema central deste trabalho: *a Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*.

Tendo presente o tema do presente Seminário de Direito Administrativo, entendemos que seria prudente dedicar algumas notas do capítulo introdutório à «europeização» enquanto fenómeno do Direito Comunitário de integração europeia e também à «globalização» trazida das relações horizontais entre estados membros, no plano do Direito Internacional Público (tratados e organizações internacionais).

A nossa proposta implica que nos debrucemos sobre a sequência destes dois movimentos de interacção do Direito Administrativo, o qual se afigura cada vez mais como um «Direito Administrativo sem Fronteiras».

A responsabilidade civil administrativa do Estado encontra-se relacionada historicamente com a questão mais vasta da responsabilidade da administração pública em geral, por actos dos seus funcionários e agentes.

No cap. §2 deste trabalho faremos a análise das várias concepções do princípio da Separação de Poderes nas revoluções liberais dos sécs. XVIII e XIX. No nosso entendimento, esta abordagem é justificada, na medida em que a aplicação do regime da responsabilidade civil administrativa, individual ou combinada, condiciona em cada sistema jurídico-político a relação dos poderes soberanos tradicionais e, em particular, a atitude dos outros poderes do Estado — legislativo e judicial — face ao executivo, bem como a capacidade de resposta deste último às solicitações dos cidadãos.

Procuraremos, ainda, fazer um breve levantamento da evolução registada em Portugal no que diz respeito à forma como tem sido encarada a responsabilidade do Estado e dos funcionários da administração pública.

Seguir-se-á uma breve análise dos pressupostos da responsabilidade civil numa perspectiva administrativista, detalhada e crítica, do direito constituído sobre responsabilidade civil administrativa, suas fontes, modos de efectivação e limitações.

O tema seleccionado para o nosso trabalho oferece a dificuldade dogmática que se traduz no facto da responsabilidade civil administrativa do Estado não cumprir apenas uma função reparadora. Pelo contrário, além do contencioso da responsabilidade permitir o controlo incidental da legalidade da actuação dos poderes públicos, o instituto da responsabilidade civil — como a previsão de uma responsabilidade penal, disciplinar e financeira dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes — assume igualmente uma importante função preventiva e de controlo do funcionamento dos serviços públicos, constituindo, assim, um instrumento de controlo do Estado susceptível de contribuir decisivamente para a própria melhoria dos serviços públicos.

Assiste-se nos nossos dias a uma enorme força expansiva da própria noção de responsabilidade civil administrativa do Estado em sentido amplo, bem evidenciada na multiplicação das premissas de responsabilidade.

Da controvérsia sobre a responsabilidade indirecta ou, mais tarde, directa, das entidades públicas, por acções ou omissões ilícitas e culposas praticadas, individualmente, pelos seus funcioná-

rios<sup>(1)</sup>, passa-se, progressivamente, para a afirmação de uma responsabilidade directa do Estado pelo funcionamento anormal ou defeituoso das organizações administrativas.

Neste contexto, dedicámos o cap. §3. do nosso trabalho à opção clara da LRCEE pelo regime de responsabilidade objectiva e exclusiva das entidades públicas, como já previa a CRP, a qual coloca a ordem jurídica portuguesa, a par da espanhola, num lugar à parte no contexto europeu. De facto, a generalidade dos países europeus, incluindo a França, têm um regime de responsabilidade exclusiva e objectiva do Estado que não constitui regra geral.

O processo de transformação do Direito Público português, mais concretamente do Direito Administrativo, tem de ser enquadrado na história da actualidade recente, *maxime* com a entrada em vigor, em 2004, da reforma do Contencioso Administrativo<sup>(2)</sup> e da história do Direito Administrativo Europeu.

As situações de *faute du service* que podem originar danos não susceptíveis de serem imputados ao comportamento de um qualquer agente administrativo passaram a estar reguladas pela LRCEE.

---

(1) No início do século passado, a doutrina rompe com a ideia de que “os funcionários públicos são responsáveis como particulares, pois, desde que ultrapassam a órbita das suas atribuições, não são considerados como empregados públicos, mas como desobedientes à lei, e na posição de simples cidadãos”. Alguns autores defendem uma teoria geral da responsabilidade do Estado, alicerçada no princípio da igualdade dos encargos públicos, aplicável às funções administrativa, legislativa e jurisdicional. O estudo da responsabilidade civil administrativa não pode negligenciar o contributo louvável de MARTINHO NOBRE DE MELO para a responsabilização do Estado pelos danos causados no exercício da função legislativa, tendo em conta o contexto social, cultural e histórico em que surge o seu pensamento: “Mas o que nos parece sobretudo estranho é que se afirme a irresponsabilidade do legislador mesmo quando a Constituição seja por ele violada”. Cfr. MARTINHO NOBRE DE MELO, *Teoria Geral da Responsabilidade do Estado — indemnizações pelos danos causados no exercício das funções públicas*, Lisboa: Livraria Ferin, 1914, pp.111-112; outros autores, por seu turno, equacionaram a possibilidade de “uma lei dar origem à responsabilidade do património do Estado em benefício dos particulares cujos interesses lesa”. FÉZAS VITAL — *Da Responsabilidade do Estado no Exercício da Função Legislativa*, in BFDUC, ano II, 1916, pp. 267 e segs.

(2) Reforma elaborada em 2002 no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro e alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro) e Código de Processo dos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

A regulação desta matéria implica a densificação do conceito de *faute du service*, pelo que tentaremos recuperar o vasto tratamento dogmático que é dado a esta matéria pela doutrina francesa. Esta distingue, no âmbito da responsabilidade da administração, entre as chamadas *faute du service (du fonctionnaire)* e *faute de service*.

Posteriormente, optámos por atender o contributo da jurisprudência francesa na imputação dos factos lesivos à própria administração, sobretudo pela interpretação que o Conselho de Estado foi fazendo da “garantia administrativa dos funcionários”, a qual se revelara importante obstáculo ao ressarcimento dos particulares por factos lesivos provocados por funcionários.

Os acórdãos do Conselho de Estado francês que serão objecto da nossa análise permitem identificar dois momentos cronológicos:

- a) O momento em que os acórdãos do Conselho de Estado até ao Ac. CADOT reflectem a ligação da administração ao Conselho de Estado e a sujeição das suas decisões sobre a responsabilidade da administração à homologação do Chefe de Estado (sistema de justiça reservada)<sup>(3)</sup>. Esta jurisprudência influenciou a delimitação da jurisdição competente (comum ou administrativa) para a apreciação de acções de responsabilidade civil do Estado [(Ac. BLANCO (1873) e AC. PELLETIER (1873)];
- b) O momento em que os acórdãos do Conselho de Estado posteriores ao Ac. CADOT (sistema de justiça delegada) desenvolvem e fazem evoluir o conceito de *faute du service* mesmo antes do reconhecimento da natureza jurisdicional do Conselho de Estado (1980). Esta jurisprudência determinaria que os litígios entre a administração e os particulares fossem julgados por verdadeiros tribunais<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA — *Em Busca do Acto Administrativo Perdido* (reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 30.

<sup>(4)</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA — *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., p. 31.

Assim, o Conselho de Estado logrou influenciar o conceito de *faute du service*, através da densificação orientada por um conjunto de acórdãos nas matérias correspondentes à destriça entre funcionamento anormal do serviço (*faute du service*) e falha pessoal do funcionário [*(faute de service ou faute personnelle)* — Ac. ANGUET (1911)]; a destriça entre responsabilidade conjunta e responsabilidade solidária (direito de regresso) [Ac. LEMONIER (1918)]; a natureza do conceito de funcionamento anormal do serviço sem necessidade de actuação concreta de funcionários ou agentes [Ac. WALTER (1943)]; o dano causado pelo funcionário no exercício de funções profissionais mas não por causa do seu exercício [Ac. DELVILLE (1951) e Ac. LARUELLE (1951)]; a responsabilidade da administração por insuficiência de meios [Ac. S. ANDRÉ DOS ALPES (1961)]; e, a definição da graduação do grau de culpa (leve e grave) para a imputação da responsabilidade civil ao funcionário ou agente [Ac. LAFONT (1967)].

Em Portugal, o conceito de *faute du service* foi desenvolvido pela jurisprudência portuguesa antes ainda da entrada em vigor da LRCEE. Dos acórdãos que se apresentarão, no primeiro caso, o tribunal não deixou de aplicar a responsabilidade civil do Estado devido ao mau funcionamento do serviço, por incumprimento de deveres de vigilância, não tendo esta omissão sido imputada a um funcionário certo e determinado mas ao funcionamento geral do serviço público. No segundo caso, o acórdão pretende discutir o alcance da responsabilidade solidária entre funcionários e Estado, pelos danos causados no exercício da função administrativa, em caso de negligência grosseira dos funcionários.

Concluindo, o cap. §5 deste trabalho será dedicado às conclusões e encerra a nossa visão sobre o quadro dogmático proposto da *Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*.



## 2. A Cosmopolitização do Direito Administrativo

É importante reportar o modo como o Direito Administrativo que assim conhecemos, em particular, no direito português, se globalizou<sup>(5)</sup>.

A proliferação do Direito vigente na CEE implicou a necessidade de obter uma convergência dos Direitos Administrativos Nacionais na Europa. O Direito Comparado entre os vários sistemas de Direito Administrativo influenciou a busca de algumas semelhanças entre as ordens jurídicas do espaço europeu, pelo que se começou a utilizar a expressão «Direito Administrativo Europeu». No entanto, o verdadeiro Direito Administrativo Europeu nasce com as fontes de Direito Comunitário que têm natureza administrativa.

A globalização do Direito Administrativo, em qualquer dos seus domínios, não leva à destruição ou ao desaparecimento das especificidades dos direitos nacionais<sup>(6)</sup>. É o princípio da subsidiariedade que sempre o impôs, e que hoje, com este sentido, tem consagração expressa nos tratados<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Também no Direito Constitucional se vem utilizando expressões como constitucionalismo global: o constitucionalismo multilevel (interconstitucionalidade), *transnational governance* e o constitucionalismo internético, de modo que se assiste à construção de uma rede de constitucionalidade no constitucionalismo ocidental, neste sentido, GOMES CANOTILHO alude para a “ilusão de uma comunidade baseada na Internet, a pretensão de excelência assente na capacidade de governação transnacional de actores privados e a utopia de um constitucionalismo global estruturado em constitucionalismos parciais civis (sem política)”. J.J. GOMES CANOTILHO — “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade* — itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2008, pp. 261-262; VASCO PEREIRA DA SILVA — *A Cultura a que tenho direito*, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp. 43-44, ainda que não considere que já se atingiu o estádio de um constitucionalismo «global», defende que não são de descuidar os seus postulados essenciais, em especial, o imperativo da protecção dos direitos dos indivíduos para além das fronteiras estaduais.

<sup>(6)</sup> A manutenção da estrutura dorsal dos ordenamentos jurídicos europeus não foi conseguida sem dificuldades históricas, pelo que a ideia de Europa como um todo, não obstante os desenvolvimentos que o século XX permitiu, reflecte ainda hoje a fluidez que sempre lhe esteve associada”. JOSÉ DUARTE NOGUEIRA — *História do Direito Europeu*, RFDUL, Lisboa: Coimbra Editora, 2008, pp.22-23.

<sup>(7)</sup> Seguimos, no essencial, o sumário avançado por VASCO PEREIRA DA SILVA, sobre o desaparecimento da ligação estadual da actividade administrativa passando esta a ser realizada por entidades de natureza diversa. No âmbito internacional, o surgimento de

A proliferação do Direito Europeu Comunitário, através de estruturas de carácter supra nacional e de integração europeia, determinou a internacionalização do Direito Administrativo ao nível das fontes de direito comunitário legislativo — regulamentos, directivas,<sup>(8)</sup> jurisprudência (acórdãos do TJC) e princípios gerais do Direito Comunitário. Estes últimos, tratando-se de princípios gerais da actividade administrativa, foram acolhidos pelo TJC e ganharam grande relevo<sup>(9)</sup>.

Os princípios gerais de Direito Administrativo com maior relevância nas ordens jurídicas estaduais, depois de reelaborados pelo Direito Comunitário, têm sido: (I) o princípio da legalidade; (II) o princípio do dever de boa administração; (III) o princípio da subsidiariedade; (IV) o princípio da participação; (V) o princípio da transparência; (VI) o princípio da proporcionalidade; (VII) o princípio da equidade; (VIII) o princípio do respeito pelas expectativas legitimamente constituídas, *et cetera*<sup>(10)</sup>.

Outro entendimento de Direito Administrativo Europeu parece ser o do Direito Administrativo que rege a cooperação entre os órgãos comunitários, particularmente a Comissão Europeia, enquanto esta actue como órgão administrativo, com vista à aplicação do Direito Comunitário<sup>(11)</sup>.

---

uma função administrativa nas organizações internacionais trouxe a discussão em torno do Direito Administrativo Global. Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA — *A Viagem pela Europa das Formas de Actuação Administrativa — VIII Seminário de Justiça Administrativa — In CJA*, n.º 58, Julho/Agosto de 2006, pp.61.

<sup>(8)</sup> Cfr. art. 8.º, da CRP.

<sup>(9)</sup> *Ac. Algera* (1957), consultado a 22 de Janeiro de 2010, disponível no sítio da Internet, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61956J0007:EN:HTM>; *Ac. Nold* (1974), consultado em 22 a Janeiro de 2010, disponível no sítio da Internet em [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celex\\_plus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61973J0004&lg=en](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celex_plus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61973J0004&lg=en); e, *Ac. Maizena* (1987), consultado a 22 de Janeiro de 2010, disponível no sítio da Internet em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61985J0137:EN:HTML>.

<sup>(10)</sup> Sobre a referência a um Direito Administrativo Europeu, criado pela via jurisprudencial contendo múltiplas regras substantivas com relevância processual. Vide VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009, pp.116-117.

<sup>(11)</sup> SABINO CASSESE — *Trattato di Diritto Amministrativo — Diritto Amministrativo Generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p.175.

A expressão de «*europização do Direito Administrativo*» acaba por surgir naturalmente, dada a forte influência das fontes de Direito Comunitário no Direito Administrativo dos Estados-membros<sup>(12)</sup>.

No entanto, a internacionalização do Direito Administrativo ganhou contornos ao nível das organizações e tratados internacionais. Existem inúmeros exemplos de globalização, como os litígios entre estados membros da UNCLOS (1982) que se tornaram famosos pelas decisões jurídico-administrativas que diziam respeito a interesses directos dos particulares na relação com a administração, entretanto tomadas no plano do direito internacional que tiveram efeito directo no direito interno de cada estado membro sem que a ordem jurídica interna de cada estado tenha sido chamada para a resolução desse litígio.

Com efeito, referimo-nos ao caso concreto relacionado com a exportação de peixe do Japão para a Nova Zelândia em contravenção com o disposto na FAO (1945) enquanto sub-organização da UNCLOS (1982), por, alegadamente, exceder as quotas de pesca convencionadas, conforme foi alegado pela Nova Zelândia, tendo os factos ocorrido entre os anos 1999 e 2000<sup>(13)</sup>.

A introdução da variante do Direito Global tem dado suporte jurídico à globalização económica e política que segue hoje bastante adiantada.

Nos dias que correm os maiores desafios deste fenómeno passam pela resposta a temas tão actuais como o da defesa do direito da propriedade intelectual face à difusão galopante das redes de computador interligadas (internet) ou do direito do ambiente em resposta à poluição<sup>(14)</sup>.

Existem certos tipos de globalização como a multilateralidade do acto administrativo, ou de relação horizontal entre estados membros de determinada organização internacional, que sairão

---

(12) VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., pp.124.

(13) SABINO CASSESE — *Global Administrative law: an introduction*, *Global Administrative Law: An Introduction*, *Journal of International Law and Politics* (2005, Summer, vol. 37, n. 4, p. 694).

(14) RICHARD B. STEWART — *The world trade organization and global administrative law*, New York: New York University School of Law, 2009, p. 77.

reforçados com a vantagem prática de uniformizar períodos de *vacatio legis* entre os Estados-membros<sup>(15)</sup>.

Neste contexto, refira-se que a forma como o Direito Administrativo se alastrou não implica que se adopte a terminologia de «*europização*» que esteve muito em voga nos finais do séc. XX e que perdeu actualidade para a expressão dominante da «*cosmopolitização*»<sup>(16)</sup>.

## § 2. A Evolução Histórica do Instituto da Responsabilidade Civil Administrativa

### 1. As Diferentes Concepções do Princípio da Separação de Poderes nas Revoluções Liberais dos Sécs. XVIII e XIX

Durante a permanência do Império Romano vigorava um sistema de administrador-policia onde o particular é visto como um súbdito. Aliás, a doutrina aponta para a existência de um retrocesso civilizacional dos alemães na incapacidade para manter a herança do Código de Justiniano (530 DC)<sup>(17)</sup>. Sucede que, no Direito Romano, surgiam já situações de responsabilidade de entidades públicas por actos lícitos, em particular, pela expropriação, com referências que se mantiveram no período intermédio<sup>(18)</sup>.

---

(15) RICHARD B. STEWART — *The world trade organization and global administrative law*, cit., p.3.

(16) Conforme escreve FAUSTO DE QUADROS, quando nos referimos à europeização do Direito Administrativo, inclusive do Contencioso Administrativo, estamos a ser modestos na apreciação da História. De facto, o que hoje se começa a discutir é o nascimento de um Direito Administrativo global, que será um ramo do Direito global, ou do “espaço jurídico global”. FAUSTO DE QUADROS — *Europeização do Contencioso Administrativo*, Separata de estudos em homenagem ao Professor Doutor MARCELLO CAETANO, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 403.

(17) Referimo-nos, em concreto, à herança proveniente dos tempos do Império Romano, sobre os valores e princípios do uso das armas e das leis. OTTO MAYER — «*Derecho Administrativo Alemán*» (trad. de *Deutsches verwaltungsrecht* por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin), Madrid: editorial Depalma, 1982, pp. 29-30.

(18) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO — *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, 1974, pp. 30-31.

O modelo alemão da Antiguidade começou por apresentar tribos sem aparelho administrativo e carácter estadual. Estas comunidades apresentavam uma relação baseada em laços de parentesco (ou casta) de domínio aristocrata que tinham o pelouro dos assuntos públicos (paz e segurança interna) e era uma administração que exercia tarefas administrativas de forma descentralizada pelos clãs e senhores aristocratas<sup>(19)</sup>. Não existia funcionalismo público nem organização administrativa estadual nem sistema de finanças públicas. De início, as comunidades políticas germânicas permaneceram organizadas em federação e sob o domínio senhorial, até que durante o período de migração dos povos se desenvolveu um reino independente<sup>(20)</sup>.

Na Idade Média a administração imperial traduziu-se na emanção do poder no soberano que detinha os poderes de autoridade. A função principal do dominador medieval consistia essencialmente em fazer e garantir a paz eterna nacional, bem como em manter e conservar a federação de pessoas. Esta administração imperial franca baseava-se em compromissos pessoais e não em competências e instituições<sup>(21)</sup>.

A ideia medieval de organização política e de constituição assentava na limitação do poder pelo direito. A teorização medieval sobre a tirania e os limites do poder, sobre os fins últimos da governação e direito de resistência, representa a vontade de encerrar o poder político numa ordem regrada e constitucionalizada. A constituição medieval não é mais do que um enunciado precário de regras, contratos, pactos e equilíbrios que submeteram os governantes da época<sup>(22)</sup>. Aliás, o princípio da responsabilidade, adoptado muito mais tarde por regimes liberais, remonta à preocupação da filosofia política medieval com a moderação e legitimidade do poder político. A sua implantação só se tornou possível com a revi-

---

(19) OTTO BACHOF — *Direito Administrativo* (trad. de *Verwaltungsrecht* por António F. de Sousa), vol. 1, FCG, Serviço de Educação e Bolsas, 2006, p. 93.

(20) OTTO BACHOF — *Direito Administrativo*, cit., p. 94.

(21) OTTO BACHOF — *Direito Administrativo*, cit., p. 95.

(22) Como refere FREITAS DO AMARAL, o Estado medieval é uma ordem exterior e coerciva, não tem a ver com o Bem e a Justiça, mas apenas com a Paz e a Segurança possíveis. DIOGO FREITAS DO AMARAL — *História das Ideias Políticas — (9ª reimp.)*, vol. 1, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, pp.159-160.

são das concepções religiosas e teocráticas sobre a origem do poder político<sup>(23)</sup>.

O princípio segundo o qual o rei não podia agir de forma ilícita era aplicável tanto aos actos relativos às pessoas como aos de natureza política e, dentro destes, não apenas aos materializados pessoalmente pelo soberano, mas a todos os praticados em seu nome<sup>(24)</sup>. A consequência natural era a de que o rei não podia ter autorizado qualquer pessoa a agir de forma ilícita, pelo que o acto reprovável não podia ter sido cometido e, por isso, também não havia lugar a qualquer direito de reparação.

Na Alemanha do séc. XVIII havia dois regimes jurídicos distintos consoante estivéssemos perante o poder público que administra as relações dos particulares entre si numa posição de paridade (situação em que se aplicaria o Direito Romano) ou, perante as relações de particulares com a administração, caso em que a organização do poder público se confinava no rei.

O terceiro Rei da Prússia entendia que a liberdade do cidadão não era mais do que o cumprimento das ordens do Estado. A Prússia era uma monarquia aristocrática em que o poder estava concentrado no rei que governava através de funcionários que eram mensageiros da vontade do rei, embora muitas vezes cumprissem as suas tarefas segundo a sua própria discricionariedade,

---

(23) A Idade Média pode definir-se como uma concepção «descendente» do poder, segundo a qual a autoridade emanava de uma entidade superior: Deus ou o Papa, o seu representante; e outra concepção «ascendente» onde o poder político aparece com a criação de uma comunidade ou *populus*. E será a partir desta última que os estados modernos se libertarão do domínio universal da Igreja. Cfr. WALTER ULLMAN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, New York, 1961, pp.19 e ss. Neste contexto, ver também a obra fundamental de MAQUIAVEL, *O Príncipe* (trad. de *Il Príncipe* por António Simões do Paço), Edição Coisas de Ler, 2003, pp. 60-72, a qual marca a construção do poder executivo moderno, forte e personalizado, desligado da ética cristã. Para poder atingir os seus fins, o Príncipe deve ser mísero, parcimonioso mas não odioso, clemente mas não cruel, temido mas não odiado.

(24) A velha máxima de “The king can do no wrong”, citada por MARIA DA GLÓRIA GARCIA — *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas* — Conselho Económico e Social, Lisboa: 1997, p.4; ou ainda a frase que atribui fundamento divino ao Poder Régio: “The King must not be under man but under God and under the law, because it is the law that makes the King”. WILLIAM WADE/C.F. FORSITH — *Administrative Law*, 9.º edition, New York: Oxford University Press, 2004, p.809.

mais no espírito do rei do que segundo as suas próprias orientações<sup>(25)</sup>.

O *Tratado de Vestefália (1648)* foi assinado quando o Sacro Império Romano-Germânico foi derrotado na guerra dos trinta anos. Esse Tratado restabeleceu a paz na Europa e inaugurou uma nova era na História. Os estados passaram a ter o poder de escolher o seu próprio caminho económico, político e religioso.

Ora, a circunstância de se atribuir soberania no domínio das relações internacionais a pequenos territórios localizados teve o condão de gerar guetos de poder em autênticos *micro Estados administrativos*. Este movimento contextualiza a administração do Estado pelos senhores feudais que depois se transforma no denominado Estado de classes, entre os séculos XIV e XVII, segundo o qual o senhor que chamava a si a propriedade das terras e todos os benefícios nela incluídos (serviços, compra e venda) procurou constituir uma organização orgânica com carácter institucional que pudesse aglomerar o máximo de competências delegadas.

Neste âmbito, o Direito Administrativo evoluiu pelos diferentes territórios numa lógica de administração bicéfala, tanto senhorial como estatal, em geral submetidas à jurisdição dos tribunais do império, embora houvesse norma de excepção para o senhor feudal sempre que o litígio o envolvesse a si contra qualquer súbdito.

A responsabilização do Estado pelos danos causados no desenvolvimento da sua actividade foi-se desenvolvendo de modo muito diversificado, tendo sido entregue às leis dos diversos estados federados<sup>(26)</sup>.

O Estado alemão padeceu das características do Estado de Polícia, no qual se confundiam as tarefas de administrar e julgar porque os tribunais tinham carácter de autoridade administrativa e a sua independência não estava assegurada, ou seja, quando o senhor feudal intervinha pessoalmente, não existia nenhuma protecção jurídica dos súbditos contra as medidas da sua autoridade.

---

<sup>(25)</sup> MARIA JESUS MONTORO CHINER, *la función pública en el federalismo alemán*, Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1987, p.11.

<sup>(26)</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português — Direito das Obrigações*, vol. II, Tomo III, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 626.

No entanto, apesar deste período do Estado de Polícia, era aceite a responsabilidade do Estado no âmbito das relações de carácter patrimonial e não soberano que mantivesse com os particulares<sup>(27)</sup>.

Neste contexto, a reforma do modelo de Estado de Polícia e a sucessiva transição para o modelo de Estado Liberal veio a impor-se pela via revolucionária já no séc. XIX.

A edificação do Estado Liberal de protecção da liberdade individual e garantia contra o domínio arbitrário do poder na Alemanha foi suportada pelas ideias do direito natural iluminista e pela burguesia que se encontrava em expansão.

A transição para o Estado Liberal apresenta já um Estado forte do ponto de vista do seu autocontrolo, sobretudo nas regiões do sul da Prússia, designadamente ao nível da jurisdição do Direito Administrativo, tanto assim foi que a preocupação maior nessa altura era criar tribunais próprios que fiscalizassem a actuação da administração no quadro de uma verdadeira independência entre poder executivo e poder judicial<sup>(28)</sup>.

A ideia de constituição da administração liberal e do Estado orientado para o cidadão foi alcançada anteriormente, em França, no séc. XVIII (1789)<sup>(29)</sup>.

Ao contrário do que se possa pensar, o momento histórico da edificação do liberalismo em França não tinha ainda implantado o autocontrolo alemão do Estado, pois a luta dos revolucionários liberais pautou-se pela transição da justiça reservada para a justiça delegada mas numa lógica em que o Estado governa livremente e a sua actuação não é controlada senão por um Conselho de Estado que integra a própria estrutura da administração<sup>(30)</sup>. Não existe

---

(27) MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Responsabilidade Civil Administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008, p.12.

(28) VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 46.

(29) Como prova da tentativa de modernização do Direito Administrativo Local (o objectivo não era colocar em causa a organização administrativa herdada do Antigo Regime), o Conselho de Estado do Rei procedeu, p. ex., à criação de Províncias Municipais, em Berri, no ano de 1778. PIERRE LEGENDRE — *L'administration du XVIII Siècle a Nos Jours*, Textes et Documents, Paris: Presses Universitaires de France, 1969, p. 27.

(30) VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p.55.



uma verdadeira separação de poderes entre tribunais e administração. Isto porque as soluções da Revolução Francesa no séc. XVIII tiveram o condão de alterar uma realidade monárquica absolutista, em que o rei é o administrador e julgador, pelo que os revolucionários franceses acharam que separar poderes era criar um Conselho de Estado (Constituição de 22 de Frimário, ano VIII, 15 de Setembro de 1799) que tivesse por missão julgar os litígios administrativos e a própria actuação da administração mas que, no limite, estariam sujeitos a homologação do Chefe de Estado<sup>(31)</sup>.

Este modelo foi sendo desenvolvido até ao momento em que passámos do sistema de justiça reservada para o de justiça delegada (os pareceres deixam de estar sujeitos a homologação) através da Lei de 24 de Maio de 1872<sup>(32)</sup>. A justiça foi delegada, mas o órgão que a proclamava era um órgão da administração, pelo que, em termos práticos, não existia separação de poderes.

Assim, em sentido diametralmente diverso do que aconteceu na Alemanha, a independência dos tribunais administrativos em França só irá nascer muito mais tarde com a sentença do Conselho Constitucional de 1980, altura em que se consagra definitivamente a independência dos Tribunais Administrativos em França<sup>(33)</sup>.

A evolução histórica mostra que vão longe os tempos em que imperava o princípio da irresponsabilidade do Estado e dos seus agentes pelos ilícitos cometidos no exercício das diversas funções públicas<sup>(34)</sup>.

---

(31) Entre 1789 e 1799, teve lugar o sistema de autocontrolo da administração, ou sistema do administrador-juiz, que pode ser dividido em três sub-períodos ou fases distintas: a fase do controlo pelos próprios órgãos da administração activa, a fase da justiça reservada e a fase da justiça delegada. VASCO PEREIRA DA SILVA — *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., p.29.

(32) Sobre a evolução do sistema de justiça, deverá ser tido em conta o desenvolvimento do Conselho de Estado ligado ao avanço do pensamento político, designadamente com a autonomização do papel deste Conselho, já que durante a época napoleónica as decisões sobre os litígios da administração não passavam de meras propostas sujeitas a homologação do Chefe de Estado. MARIE-CHRISTINE KESSLER — *Le Conseil D'Etat*, Cahiers de la Fondation Nationale des Scienses Politiques, Paris: Librairie Armand Colin, 1968, p.29.

(33) VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p.55.

(34) No mesmo sentido, a autora aponta a existência da responsabilidade civil do Estado como o resultado de um processo de sedimentação ao longo de séculos de História. MARIA DA GLÓRIA GARCIA — *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas* — Conselho Económico e Social, Lisboa: 1997, p. 4.

Uma tal irresponsabilidade, como lembrava CUNHA GONÇALVES, só era concebível na época em que a coisa pública pertencia a um só indivíduo ou a uma só classe, sendo até sacrilégio duvidar da impecabilidade das autoridades, como sob a tirania bizantina. Presumia-se, além disto, nos estados antigos, que o Príncipe não autorizava o malefício; donde, os abusos do funcionário e do próprio Príncipe pesavam sobre a vítima, como um caso fortuito ou de força maior<sup>(35)</sup>.

A responsabilidade civil da administração por danos não patrimoniais e não soberanos que fossem provocados por funcionários da administração efectivava-se na esfera jurídica individual do funcionário<sup>(36)</sup>. Neste sentido, a responsabilidade administrativa era subjectiva e individual<sup>(37)</sup>. Como sublinha MARCELO REBELO DE SOUSA, a responsabilidade pessoal dos funcionários era fortemente limitada no resto da Europa Continental, já que era necessário autorização superior da administração para que ela pudesse ter lugar<sup>(38)</sup>.

Na Alemanha, a responsabilidade civil administrativa foi consagrada pelo art.131.º da Constituição de Weimar que veio

---

(35) CUNHA GONÇALVES, L. — *A Responsabilidade da Administração Pública pelos Actos dos seus Agentes*, Coimbra: 1905, p.18.

(36) Segundo o entendimento de LUIZ LOPES NAVARRO, se o funcionário não actuava no desempenho das suas obrigações legais, embora por ocasião do serviço, não se poderia invocar a Responsabilidade da Administração Pública, mas apenas a Responsabilidade pessoal do funcionário que tivesse praticado o acto ilícito. LUIZ LOPES NAVARRO — *Funcionários Públicos*, Livraria Bertrand, Lisboa: 1940, p. 255. No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Julho de 1937, quando decidiu que o Estado não podia ser civilmente responsável pela falsificação de bilhetes de tesouro, praticada por um oficial da Direcção da Fazenda Pública, com o fundamento de que nos termos do então Código Civil, para haver solidariedade do Estado na responsabilidade do funcionário, seria “indispensável que as perdas e danos tivessem sido causadas por este no desempenho de obrigações legais e porque a prática de um crime não se considera como desempenho de função pública”.

(37) O fundamento para imputar a responsabilidade exclusiva ao funcionário que praticava um acto ilícito residia na ideia de que quando os funcionários ultrapassam a órbita das suas atribuições, não são considerados como empregados públicos mas sim como desobedientes à lei e como simples cidadãos. DIAS FERREIRA — *Código Civil Português Anotado*, 2.ª ed., vol. 4.º, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895, p. 305.

(38) MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p.13.

completar o § 839 do BGB<sup>(39)</sup>. O art. 131.º da Constituição de Weimar veio estabelecer a responsabilidade pessoal dos agentes do Estado nos seguintes termos: “*Caso um funcionário, no exercício do poder público a ele confiado, viole o dever de função que lhe caiba perante um terceiro, surge uma responsabilidade principal do Estado ou da Corporação a cujo serviço o funcionário se encontre. É assegurado o regresso contra o funcionário. O procedimento jurídico ordinário não deve ser excluído. A regulamentação depende da legislação competente*”. Posteriormente, esta norma foi concretizada pelo art. 34.º GG, da Constituição alemã de 1939, que diz o seguinte: “*Caso alguém, no exercício de uma função pública que lhe tenha sido confiada, viole o seu dever de função que lhe caiba perante um terceiro, surge uma responsabilidade principal do Estado ou da Corporação a cujo serviço ele se encontre. Havendo dolo ou grave negligência, mantém-se o direito de regresso. Para a pretensão de indemnização ou para o regresso não pode ser excluído o procedimento jurídico ordinário*”. Apenas em 1981 foi aprovada a *Staatshaftungsgesetz* que, todavia, viria a ser declarada inconstitucional pelo *Bundesverfassungsgericht* mantendo-se até hoje um vazio da legislação federal nesta matéria<sup>(40)</sup>.

Durante muito tempo o legislador alemão viu no comportamento ilícito dos funcionários um comportamento *ultra vires*, tendo sido esta a razão que o levou a defender que não era possível atribuir qualquer responsabilidade ao Estado, o qual só podia

---

<sup>(39)</sup> O BGB afirma o princípio tradicional da responsabilidade exclusiva do funcionário (§839), mas para assegurar a serenidade das decisões dos funcionários e impedir que o receio de uma obrigação de indemnizar paralise a actividade administrativa, faz depender essa responsabilidade da verificação dos requisitos seguintes: violação de um dever de função que exista para com terceiro (§839-I-n.º3); se o lesado podia ter evitado o dano através da utilização de um meio jurídico adequado, exclui-se o dever de indemnização (§839-III). RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p.44.

<sup>(40)</sup> A concretização do artigo manteve-se fragmentária até à Lei da Responsabilidade do Estado, de 26 de Junho de 1981, que pretendeu regular a matéria, mas que foi declarada nula, pelo Tribunal Constitucional alemão, em 19 de Outubro de 1982. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 627.

imputar o comportamento dos seus órgãos que fosse conforme ao direito<sup>(41)</sup>.

Para além dos limites pessoais da responsabilidade, o art. 34.º da GG traça também os limites objectivos da responsabilidade do Estado de modo diferente do previsto no § 839 do BGB para a responsabilidade do funcionário. Enquanto esta última disposição tem aplicação no caso de ocorrer qualquer violação de um dever de serviço, o art. 34.º da CG prevê, por seu turno, a responsabilidade do Estado apenas quando a violação tenha tido lugar no exercício de uma função pública, restringindo, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado às hipóteses de actividade autoritária<sup>(42)</sup>.

A conjugação dos preceitos legais da legislação alemã referida *supra* determina que o Estado fique constituído no dever de reparar os danos causados a terceiros, quando alguém, no exercício das suas funções, viole culposamente, o dever de função que lhe incumbe perante o lesado. Essa responsabilidade é, no entanto, subsidiária quando, no caso de existir mera negligência por parte do autor material do facto ilícito, o lesado puder dirigir-se a um terceiro para obter a reparação dos danos (art. § 839, n.º 1, do BGB). Assim, não haverá obrigação de ressarcimento quando o lesado tiver, por força de lei (segurança social) ou por força de contrato (contrato de seguro), uma pretensão atendível, em confronto com um terceiro, ao ressarcimento do dano sofrido. Se o lesado, com culpa, não acciona esta via já não pode pretender do funcionário ou do Estado o ressarcimento dos danos<sup>(43)</sup>.

Como iremos constatar adiante (ponto 3, do Cap. §4), em França, a garantia dos administrados condicionava a actuação dos

---

(41) Cfr. REINHARD MURBGUG — *La responsabilità dello Stato per il comportamento ilecito dei suoi organi nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania* in FA, 1976, II, p. 1987.

(42) Cfr. GUNTHER JAENICKE/PETER SELMER — *La responsabilità dello Stato per l'azione anti-giuridica dei suoi organi nella Repubblica Federale Tedesca* in Studi di Diritto Pubblico Comparato, IV — *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Torino: UTET, 1976, p. 97.

(43) REINHARD MURBGUG — *La responsabilità dello Stato per il comportamento ilecito dei suoi organi nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania*, cit., p. 402; GUNTHER JAENICKE/PETER SELMER — *La responsabilità dello Stato per l'azione anti-giuridica dei suoi organi nella Repubblica Federale Tedesca*, cit., p. 120.

tribunais administrativos à anulação de decisões ilegais das autoridades ou à condenação a pagamento de indemnizações, ficando a administração independente do poder judicial. A responsabilidade civil administrativa tinha, por via da jurisprudência do Conselho de Estado, começado a autonomizar-se da responsabilidade civil geral.

O absolutismo político mitigado pela filosofia política medieval nas concepções religiosas e teocráticas sobre a origem do poder acabou por abrir a porta à ideia de poder limitado e, como tal, a partir desse momento, passou a ser possível falar em responsabilidade do Estado soberano<sup>(44)</sup>.

A noção de responsabilidade do Estado, tal como hoje a entendemos, deve muito à separação dos poderes legislativo, executivo e jurisdicional, que possibilitou a existência de um poder limitado e subordinado pela Constituição<sup>(45)</sup>. MONTESQUIEU defendeu a subordinação dos poderes do Estado à confiança e à lei enquanto forma de sobrevivência da sociedade<sup>(46)</sup>. Essa confiança impor-se-ia a todos os poderes políticos: o poder legislativo depen-

---

<sup>(44)</sup> O Poder deixou de ser encarado como um conceito absoluto, em certas circunstâncias: “Se o Soberano ordenar a alguém (mesmo que justamente condenado) que se mate, se fira ou se mutila a si mesmo, ou que não resista aos que o atacarem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos, ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer”. THOMAS HOBBES — *Leviatã* (trad. de *Leviathan* por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva), Lisboa: INCM, 1995, p. 180.

<sup>(45)</sup> BENJAMIN CONSTANT afirmava que a limitação da soberania apenas é possível através da divisão do poder e de combinações engenhosas em que o mesmo seja distribuído e encontre como limite o próprio poder. BENJAMIN CONSTANT — *Cours de Politique Constitutionnelle*, I, Paris, 1861, pp. 15-16 e 282. Como afirma PAULO OTERO, a garantia dos direitos do homem postula que o poder se encontre limitado, evitando-se o abuso, o arbítrio e a invasão da esfera de acção reservada ao indivíduo. A preocupação limitativa do Poder desdobra-se na limitação do interior do poder (separação dos poderes magnos do Estado — legislativo, executivo e judicial) e na limitação do Poder nas suas relações com a sociedade civil, sendo apenas admissível a intervenção do Estado no quadro de uma habilitação legal para o efeito (princípio da legalidade). PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. 1, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, p. 252.

<sup>(46)</sup> Na sua obra intemporal, MONTESQUIEU apela à existência de um governo que saiba conservar o espírito das leis enquanto forma de sobrevivência dos cidadãos. MONTESQUIEU — *De l'esprit des lois*, Tome Premier, Paris: Librairie Garnier Frères, 1927, p. 135.

deria dela, bem como a autoridade do poder executivo<sup>(47)</sup>, apesar de todas as desconfianças que o princípio tem suscitado<sup>(48)</sup>.

A partir da implantação do Estado moderno, constitucionalmente baseado na divisão de poderes, tornou-se possível desenvolver a ideia da responsabilidade civil da administração pública<sup>(49)</sup>. Efectivamente, à medida que esta foi alargando a sua intervenção, numa sociedade em permanente transformação, e que os direitos individuais dos cidadãos foram ganhando maior expressão face ao Estado e outras entidades públicas, começou a surgir e a impor-se um novo corpo de regras jurídicas — O Direito Administrativo. Este último ocupou-se da tutela daqueles direitos, quer regulando situações gerais e impessoais comuns a todos os indivíduos, quer provendo situações jurídicas individuais ou subjectivas que permitiram afirmar a sua autonomia face ao direito privado<sup>(50)</sup>.

Todavia, com o desenvolvimento cultural e tecnológico dos povos, a vida em sociedade foi-se tornando mais problemática nas suas diversas vertentes, levando ao abandono da concepção liberal de Estado-árbitro. Em seu lugar surgiu um novo ideário que viria a atribuir ao Estado maior poder de intervenção, sobretudo nos campos social e económico, designadamente através das suas funções legislativa e jurisdicional, de modo a conformar e ordenar as relações entre os cidadãos com equidade e maior justiça distributiva<sup>(51)</sup>.

---

(47) JOHN LOCKE, *Two treaties of Government, II*, Cambridge, 1988, p. 149. A introdução do conceito de confiança reaparece em DAVID RUNCIMAN, *Pluralism and the Personality of the State*, New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 64-88.

(48) O princípio da separação de poderes teve forte contestação o que levou inclusive, a que se duvidasse da sua utilidade, tendo em conta as políticas demasiado centralistas tomadas pelo Executivo e a alegada incompatibilidade com o conceito de Estado soberano e indivisível. GIORGIO GRASSO /MANFRELOTTI, RAFFAELE — *Poteri e funzione dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, Torino: texto publicado no manual de Historia Constitucional (“*Constituzionalismo e Storia*”, da autoria de C. Ghisalberti e G. Bianco), 2007, p.6 (ponto 21).

(49) Sobre a separação dos poderes do Estado e a sua relação com o Direito Administrativo, vejam-se as lições do autor inglês. WILLIAM WADE/C.F. FORSITH — *Administrative Law*, cit., pp.46-47.

(50) LAUBADÈRE — *Manuel de Droit Administratif* (12.<sup>a</sup> édition par Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET), Paris: LGDJ, 1982, p. 19.

(51) Como salienta o filósofo francês, PIERRE MANENT, a condição de possibilidade do moderno regime democrático depende do poder de intervenção social do Estado.

O Direito Administrativo passou a referenciar não apenas um conceito de homem filosófico, mas também o homem antropológico em permanente interacção com o circunstancialismo sociológico que o cerca. Deste modo, a aplicação da justiça administrativa deixou de consistir na sobreposição, mais ou menos mecânica, da literalidade normativa ao evento desconforme, para se transformar numa actividade que se pretende humanizada, individualizada e orientada, não apenas pela abstracção da norma, mas, também, e essencialmente, para o desejo de alcançar a justiça no caso concreto<sup>(52)</sup>.

Neste contexto, alguns autores referem a existência de uma norma de legalidade procedimental administrativa que estabelece a ligação com outras normas do conjunto normativo, o que permitirá determinar o efeito de legalidade vigente no ordenamento administrativo<sup>(53)</sup>. A norma do art. 56.º do CPA atribui aos órgãos administrativos a liberdade para “*procederem às diligências que considerem convenientes (...)*”, de modo a permitir que essa autonomia para o exercício do procedimento administrativo traga a solução justa para o caso concreto. Esta visão do ordenamento jurídico só é compatível com uma interpretação do princípio da separação de poderes nas sociedades contemporâneas<sup>(54)</sup>.

Deste modo, ao contrário do Estado Polícia que, em matéria social se limitava a reprimir ou a proibir as actividades indesejáveis, o Estado Social moderno intervém intensamente na vida

---

PIERRE MANENT — *A razão das nações* (trad. de *La raison des nations* por Jorge Costa), Reflexões sobre a democracia na Europa, Lisboa: Edições 70, 2008, pp. 45.

<sup>(52)</sup> Interrogando-se sobre a real necessidade de Estado enquanto factor de garante da existência e conservação de Direitos Humanos na sociedade. Vide PIERRE MANENT — *A razão das nações*, cit., pp. 48-49.

<sup>(53)</sup> DAVID DUARTE — *A Norma da Legalidade Procedimental Administrativa* — A Teoria da Norma e a criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 413 e ss.

<sup>(54)</sup> Segundo JAVIER TAJADURA TEJADA, é possível pôr em causa a autenticidade da separação de poderes nos estados constitucionais, já que, segundo o autor espanhol, existe um único poder resultante do pluralismo económico, comunicativo e mediático, que consome os demais poderes do Estado, nomeadamente os poderes legislativo, executivo e judicial. JAVIER TAJADURA TEJADA — *La Constitución Portuguesa de 1976* — Un estudio académico treinta años después (Prólogo de J.M. CARDOSO DA COSTA), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 23.

social. Fá-lo normalmente através de um largo uso da denominada legislação promocional — normas redigidas em termos bastante gerais, que traçam planos de desenvolvimento e de transformação gradual. Este tipo de legislação estabelece, em linhas gerais, os escopos e princípios que modelam o desenvolvimento sócio-económico, deixando aos juízes, inevitavelmente, uma considerável discricionariedade, conferindo-lhes, portanto, um papel criativo na determinação e concretização das normas. *A mão invisível* constituída pela motivação do lucro que se encarregava de guiar as decisões individuais no sentido do bem social máximo — tornando desnecessário os planos e até os governos — foi sucedida pelo ostensivo dedo tutelador do Estado-providência<sup>(55)</sup>.

Esta concepção de Estado-providência procura colmatar a incerteza da providência divina, com a certeza das providências ou medidas estatais para garantir aos cidadãos o mínimo de condições de vida humana em sociedade.

## **2. Da Irresponsabilidade à Responsabilidade Plena do Estado — A Evolução Portuguesa.**

A evolução portuguesa do regime da responsabilidade do Estado acompanhou o caminho percorrido de sete séculos de história, no período compreendido entre 1143 e 1822, das constituições informais portuguesas, em que o país ensaiou e viveu três formas de governo<sup>(56)</sup>. Portugal experimentou a monarquia, a aristocracia

---

<sup>(55)</sup> Nas *Lectures on Jurisprudence*, uma compilação de observações das suas leituras, ADAM SMITH invocava o direito de necessidade para justificar “em casos mais urgentes de necessidade”, o direito que alguém pudesse ter sobre a propriedade de outrem, considerando que as leis da justiça podiam ser invadidas nestas circunstâncias estritas. ADAM SMITH — *Lectures on Jurisprudence*, Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith and the associated volumes Oxford University Press, Oxford, 1978, p. 37.

<sup>(56)</sup> JORGE MIRANDA identifica três grandes períodos que se projectam directamente no curso da História Constitucional: o período das constituições liberais, o da Constituição de 1933 e o da Constituição de 1976. JORGE MIRANDA — *As Constituições Portuguesas* (De 1822 ao texto actual da Constituição), 5.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Livraria Petrony, 2004, p. 9.



e a democracia, no sentido da participação de vários representantes do povo em órgãos deliberativos do Estado<sup>(57)</sup>.

O antigo Direito português assentava na irresponsabilidade do Estado até à Constituição de 1822<sup>(58)</sup>, onde passou a ser referida a responsabilidade dos funcionários públicos pelos danos ilícitos cometidos no exercício das suas funções<sup>(59)</sup>.

A reforma levada a cabo pela Decreto-Lei n.º 19126, de 16 de Dezembro de 1930, tornou o Estado solidariamente responsável pelos danos ilícitos praticados por funcionários<sup>(60)</sup>.

No entanto, a responsabilidade civil administrativa pelo risco e por acto lícito não foi objecto de previsão genérica, pelo que se entendia que o princípio da solidariedade serviria apenas para cobrir os casos expressamente previstos na lei<sup>(61)</sup>.

O projecto do CC de 1967 pretendeu excluir do Código a matéria que apresentasse relevo público-administrativo, por isso consagrou pela primeira vez disposições aplicáveis à responsabili-

<sup>(57)</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL — *As Sete Constituições Informais da Monarquia Portuguesa antes do Liberalismo*, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, vol. 1, ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 445.

<sup>(58)</sup> Neste contexto, o CC de 1867 estabeleceu a irresponsabilidade do Estado pelos prejuízos provocados no exercício da sua actividade de execução na lei (art. 2399.º, do CC), sendo os funcionários administrativos responsáveis, a título exclusivamente pessoal, pelos danos resultantes de actividades ilegais (art. 2400.º, do CC). Cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA — *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas*, cit., p. 10.

<sup>(59)</sup> A Constituição de 1822 não consagrava nenhum princípio de responsabilidade da administração, embora no título I, art. 14, prevísse que “Todos os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos erros de officio e abusos de poder, na conformidade da Constituição e da Lei”. Ficava estabelecido um princípio geral de responsabilidade — pessoal e exclusiva — dos titulares de cargos públicos. MARGARIDA CORTEZ — *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado* (Trabalhos preparatórios da reforma) in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 11.

<sup>(60)</sup> Em 1936, o Código Administrativo passou a estabelecer a responsabilidade das autarquias, enquanto a Constituição de 1933 inseria, no art. 8.º, n.º 17, o direito dos cidadãos à reparação dos danos causados pelo Estado. Cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA — *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas*, cit., p. 11; MARGARIDA CORTEZ — *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, cit., p. 16.

<sup>(61)</sup> MARCELLO CAETANO, *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, n.º 166, 1943, p. 417

dade civil administrativa extracontratual por actos de gestão privada, deixando para lei especial o regime da responsabilidade civil extracontratual por actos de gestão pública<sup>(62)</sup>.

Neste contexto, a jurisprudência foi ancorando no art. 22.º, da CRP, a faculdade de exigir uma indemnização por prejuízos causados por qualquer acção funcional do Estado, designadamente, por actos relativos à função jurisdicional e legislativa. Os pressupostos e condições desse dever público de indemnizar baseavam-se na aplicação directa dos princípios da responsabilidade aquiliana<sup>(63)</sup>.

A discussão jurídica foi prosseguindo de modo não inteiramente concordante, chegando a colocar-se a questão de saber se o art. 22.º, da CRP, compreendia a responsabilidade civil por actos lícitos e ilícitos e a responsabilidade civil objectiva do Estado<sup>(64)</sup>.

A LRCEE entrou em vigor no dia 30 de Janeiro de 2008<sup>(65)</sup>. O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado foi, durante décadas, regulado, essencialmente, pelo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967<sup>(66)</sup> e por algumas normas do CPP<sup>(67)</sup>. Considerava-se que abrangia apenas os actos integra-

---

(62) Coube a VAZ SERRA elaborar o anteprojecto do Código Civil onde fez uma síntese de quatro artigos sobre a responsabilidade do Estado e outras entidades públicas equiparadas. ADRIANO VAZ SERRA — *Responsabilidade Civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes*, BMJ 85 (1959), pp. 446-518; MENEZES CORDEIRO — *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 633; MARGARIDA CORTEZ — *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, cit., p. 19.

(63) V. art. 483.º, do CC.

(64) Segundo os constitucionalistas GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o art. 22.º não exclui a responsabilidade pelo risco e não exige a ilicitude e a culpa para responsabilizar civilmente o Estado e demais entidades públicas, embora admita que a fórmula empregue sugere a restrição da responsabilidade aos danos causados por actos ou omissões ilícitos, até porque só assim se percebe a consagração da responsabilidade solidária do Estado e dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA — *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed., artigos 1.º ao 107.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, anotação III ao art. 22.º, p. 169.

(65) Cfr. art. 6.º, da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

(66) Este Decreto-Lei regulava a responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio dos actos de gestão pública.

(67) Não existia qualquer norma legal que prevísse os danos provocados no exercício da função jurisdicional, ou político-legislativa do Estado. Apenas vigorava o regime jurídico da indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada e da condenação

dos na função administrativa do Estado. Por essa razão era inaplicável aos actos integrados na função jurisdicional e legislativa<sup>(68)</sup>.

### § 3. O Regime Legal da Responsabilidade Civil Administrativa do Estado

#### 1. A Responsabilidade por Facto Ilícito

A criação do regime da LRCEE esteve prestes a concretizar-se em múltiplas situações, durante largos anos, e foi precedida de um projecto de lei e de três propostas de lei<sup>(69)</sup>.

A primeira observação que a LRCEE justifica prende-se com o seu âmbito material: ao contrário do diploma anterior, o novo regime legal aplica-se à responsabilidade civil extracontratual decorrente de actos das funções administrativa, legislativa e judicial (art. 1.º, n.º 1)<sup>(70)</sup>.

---

penal injusta (arts. 225.º, 226.º e 462.º, todos do CPP) que é expressamente ressalvada pelo art. 13.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

<sup>(68)</sup> No sentido da rejeição de uma interpretação restrita ao art. 22.º, da CRP, limitada à responsabilidade civil da administração, RUI MEDEIROS considera que o referido artigo constitui um princípio geral em matéria de direitos fundamentais. RUI MEDEIROS — *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 85.

<sup>(69)</sup> A reforma geral da responsabilidade civil administrativa do Estado começou por constar da *Proposta de Lei n.º 95/VIII/2*, de 13/7/2001, publicada no *Diário da Assembleia da República, II Série-A, de 18 de Julho de 2001*, da autoria do XIV Governo Constitucional. Seguiu-se a muito semelhante *Proposta de lei n.º 88/IX/2, do XV Governo Constitucional*, de 06/05/2003. As duas iniciativas caducaram em 4/4/2002 e em 22/12/2004, respectivamente, por demissão do governo. Apareceu também um Projecto de Lei (n.º 148/IX) da autoria de um grupo parlamentar, publicado no *Diário da Assembleia da República, II Série-A, de 17/10/2002*. Caducou com o termo da respectiva legislatura. Seguiu-se a *Proposta de lei n.º 56/X* que também caducou. A *Assembleia da República* aprovou outra Proposta de lei que foi vetada com fundamento em razões de oportunidade. Por fim, conseguiu aprovar sem veto político o presente diploma da LRCEE, embora com significativas alterações em relação ao anterior projecto.

<sup>(70)</sup> A responsabilidade civil contratual do Estado existirá nas situações em que o facto constitutivo da obrigação de indemnizar resulte de danos provenientes do incumprimento de um contrato, pelo cumprimento defeituoso ou tardio das obrigações contratuais, nos termos do art. 325.º e segs., do CCP.

Acrescente-se ainda que a LRCEE salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes da função administrativa, como é o caso do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais (art. 2.º).

No que respeita ao âmbito subjectivo, muito embora subsista a referência ao Estado e demais pessoas colectivas de direito público<sup>(71)</sup>, o legislador alarga o âmbito de aplicação subjectiva do novo regime legal às pessoas colectivas de direito privado que actuem com prerrogativas de poder público ou sob a égide de princípios e regras de direito administrativo (art. 1.º, n.º 2), aproximando-se assim de uma concepção material da administração pública como actividade e não como organização<sup>(72)</sup>.

Observe-se ainda que a LRCEE também se aplica à responsabilidade dos titulares do órgão, funcionários<sup>(73)</sup> e agentes públicos<sup>(74)</sup>,

---

(71) Sobre o Estado enquanto organização de governantes e governados ou comunidade de cidadãos e as noções de “Estado-comunidade” (exercício do poder para fins comuns) e “Estado-poder” (poder político manifestado através de órgãos, serviços e relações de autoridade), veja-se JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 8.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 11.

(72) Sobre os elementos materiais e formais da administração pública, veja-se a noção dada por JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR. Para este autor, o serviço público material é aquele que presta uma actividade necessária à sobrevivência da sociedade (serviços *uti singuli*, p. ex. de abastecimento de água à população) em contraposição com a administração pública formal que não presta directamente o serviço à população, mas assegura que o serviço seja realizado por terceiros, p. ex., através da contratação de empresas privadas, ou da realização de outras actividades de natureza diversa, como o registo civil ou a defesa nacional. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR — *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid: Iustel. Portal Derecho, S.A., 2009, p. 310.

(73) Atente-se à definição de funcionário dada por PAULO VEIGA E MOURA, como todo aquele que preste o seu trabalho sob a autoridade, a direcção e no desempenho de funções próprias e permanentes dos serviços públicos cujo quadro de pessoal voluntariamente aceitou integrar, fazendo-o de forma profissionalizada e independentemente da natureza ou forma do acto por que expressou a aceitação. PAULO VEIGA E MOURA — *A Privatização da Função Pública*, Regime jurídico, Direitos e Deveres dos funcionários e agentes, 1.º volume, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2004, p. 29.

(74) Agentes administrativos são todos aqueles que, independentemente do título por que foram admitidos, executam ou, pelo decurso do tempo, passaram a executar, durante um período mínimo de tempo legalmente fixado, de forma subordinada e hierarquizada, as actividades e tarefas próprias e permanentes de um serviço público sem estarem integrados num quadro de pessoal. PAULO VEIGA E MOURA — *A Privatização da Função Pública*, cit., 2004, p. 44.

trabalhadores, titulares dos órgãos sociais e representantes legais ou auxiliares (art. 1.º, n.º 5)<sup>(75)</sup>.

Cabe ainda uma derradeira observação a propósito do âmbito de aplicação material do novo regime legal. Muito embora tenha desaparecido a referência a actos de gestão pública, sobre a qual iremos tratar posteriormente (ponto 4., do cap. §3), a verdade é que a situação da dualidade de regimes substantivos de responsabilidade findou graças à nova lei. Esta aplica-se a acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de Direito Administrativo. Esta matéria será abordada posteriormente.

A responsabilidade emergente de danos causados no exercício da função administrativa surgiu originariamente como responsabilidade subjectiva, assim designada por envolver um juízo de censura sobre o comportamento do causador do prejuízo que, podendo e devendo ter optado por outra conduta, escolheu aquela que era censurável e potencialmente danosa<sup>(76)</sup>.

A responsabilização assenta nas ideias de ilicitude e de culpa.

Começando pela ilicitude, esta consiste numa acção ou omissão violadora de princípios e regras constitucionais, legais ou regulamentares; de regras técnicas; de deveres objectivos de cuidado (art. 9.º, n.º 1); ou resultante do funcionamento anormal do serviço (art.7.º, n.º 3).

Neste contexto legal, cabe referir a dificuldade de preencher o requisito da ilicitude devido ao problema da distinção entre ilicitude e ilegalidade<sup>(77)</sup>. Este problema desencadeia a questão da irre-

---

(75) Em Espanha, também a responsabilidade civil dos funcionários se encontra regulada, podendo o lesado demandar sempre a administração, sem prejuízo do direito de regresso desta face ao funcionário nos casos de dolo ou negligência grave (art. 145, n.ºs 1 e 2, da LRJAP). Cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR — *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Iustel. Portal Derecho, S.A., 2009, p. 732.

(76) Dessa acção ou omissão há-de ter resultado a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos de alguém (art. 9.º).

(77) A preferência sistémica pelo subjectivismo no processo administrativo implica uma desvalorização prática dos vícios meramente formais dos actos administrativos e irá projectar-se nas acções de responsabilidade civil para a obtenção de indemnizações pelos danos sofridos. Sobre a desvalorização dos vícios formais, RUI MACHETE — *A condenação à prática de acto devido — algumas questões* in CJA, n.º 50, 2005, pp. 3-7.

levância ressarcitória de vícios de forma, de procedimento ou de competências das actuações administrativas, por não serem afectadas substancialmente posições jurídicas subjectivas dos particulares<sup>(78)</sup>.

A ilicitude relacionada com a responsabilidade objectiva do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, trata-se, na realidade, da consagração legal da figura francesa da *faute du service* que será posteriormente desenvolvida no cap. §4<sup>(79)</sup>.

Quanto à culpa, esta decorre de um comportamento adoptado com *diligência ou aptidão* inferiores aquelas que fosse *razoável* exigir, no caso, a um titular de órgão administrativo, funcionário ou agente *zeloso e cumpridor*, com base nos princípios e regras jurídicas relevantes (art. 10.º, n.º 1)<sup>(80)</sup>.

A culpa pode revestir duas modalidades<sup>(81)</sup>:

I) Culpa grave, mais séria, quando o autor da conduta ilícita haja actuado com *dolo ou diligência e zelo manifestamente inferior-*

<sup>(78)</sup> Veja-se o acórdão que julgou inconstitucional, por violação do princípio da responsabilidade extracontratual do Estado, consagrado no art. 22.º, da CRP, a norma constante do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro, interpretada no sentido de que um acto administrativo anulado por falta de fundamentação é insusceptível, absolutamente e em qualquer caso, de ser considerado um acto ilícito, para o efeito de poder fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil extracontratual por acto ilícito (*Ac. do TC n.º 154/2007*, publicado na IIª Série do Diário da República, n.º 86, de 4 de Maio de 2007).

<sup>(79)</sup> Sem prejuízo do desenvolvimento posterior desta figura, deve salientar-se que é frequente a confusão entre o elemento objectivo do comportamento imputável ao serviço global que viola direitos e interesses legalmente protegidos e o elemento subjectivo do comportamento culposo que não foi possível identificar, no entanto, em ambas as situações se considera existir funcionamento anormal do serviço. Em Itália, a doutrina discute esta questão a propósito do cruzamento entre a responsabilidade institucional (dirigencial) e a responsabilidade administrativa pelo deficiente exercício do dever de vigilância. LAURA TRUCCHIA — *Funzioni di direzione e gestione della dirigenza medica, nuove tendenze in tema di responsabilità*, Bologna: Diritto Pubblico, 2003, pp 654 e 682.

<sup>(80)</sup> Esta solução constitui um desafio aos funcionários da administração pública perante a possibilidade hipotética do seu património pessoal responder pelo prejuízo do particular lesado, em caso de dolo ou zelo manifestamente inferiores ao exigível. CARLA AMADO GOMES [*A Responsabilidade Pessoal e Institucional do Dirigente da Administração Pública no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*], cit. p. 166.

<sup>(81)</sup> PAULO OTERO — *Direito Constitucional Português*, vol. II, Organização do Poder Político, 2010, p. 98.

*res àquele a que se encontrava obrigado em razão do cargo* (art. 8.º, n.º 1)<sup>(82)</sup>;

II) A culpa leve, menos séria, ocorre quando o autor da conduta ilícita haja actuado com diligência e zelo inferiores, mas não manifestamente inferiores, àqueles a que se encontrava obrigado<sup>(83)</sup>.

Note-se que a lei, a fim de facilitar a responsabilização, estabelece uma *presunção*, com base na qual a autoria de um acto jurídico ilícito ou o incumprimento de deveres de vigilância faz presumir a culpa leve (art. 10.º, n.ºs 2 e 3).

A eventual contribuição do lesado para a produção do facto danoso ou para o agravamento dos danos — aquilo que se designa por *concorrência da culpa do lesado* — pode conduzir à redução ou mesmo exclusão do direito à indemnização; considera-se existir culpa do lesado sempre que este não tenha utilizado os meios processuais ao seu alcance para eliminar o acto jurídico gerador dos prejuízos (art. 4.º).

Esta distinção é fulcral para a repartição da responsabilidade. Assim, a responsabilidade do Estado ou outra entidade pública é exclusiva<sup>(84)</sup>:

---

<sup>(82)</sup> Para VIEIRA DE ANDRADE, a culpa grave suscita dúvidas quanto à sua eficácia junto do dinamismo e da eficiência administrativa perante a hipótese de particulares virem invocar a existência de culpa grave e obrigarem o funcionário a ir a tribunal, ou, pela possibilidade de exercerem pressão, antes da actuação do funcionário, através da ameaça de instauração do respectivo processo judicial. VIEIRA DE ANDRADE — *A Responsabilidade por Danos decorrentes do exercício da Função Administrativa na nova Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual* in *RLJ*, ano 137.º, Coimbra Editora, 2008, pp. 363-364. Sobre esta chamada de atenção, veja-se a nossa posição em nota-depé 79.

<sup>(83)</sup> Como refere CARLA AMADO GOMES, uma falta leve tenderá a corresponder a uma distração — a primeira na apreciação de um problema novo, de um pedido original de um funcionário habitualmente diligente. A autora salienta que a culpa leve pretende reflectir o abaixamento pontual e pouco censurável do grau de zelo do funcionário. CARLA AMADO GOMES [*A Responsabilidade Pessoal e Institucional do Dirigente da Administração Pública no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*] in *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas* — Lisboa: edição da AAFDL, 2010, p. 174.

<sup>(84)</sup> Sobre esta matéria, veja-se as considerações de PAULO OTERO — *Direito Constitucional Português*, vol. II, Organização do Poder Político, 2010, p. 98.

- a) Quando o autor da conduta ilícita haja actuado no exercício da função administrativa e por causa desse exercício, com culpa leve (art. 7.º, n.º1);
- b) Quando os danos causados sejam imputáveis ao funcionamento anormal do serviço, mas não tenham resultado de um comportamento concretamente determinado ou não seja possível apurar a respectiva autoria (art. 7.º, n.º 3)<sup>(85)</sup>.

Já quando o autor da conduta ilícita haja actuado com dolo ou culpa grave, no exercício das suas funções e por causa desse exercício, o Estado ou outra entidade pública são solidariamente responsáveis com o titular do órgão, funcionário ou agente (art. 8.º, n.º 2)<sup>(86)</sup>.

Mantendo-se a regra de que o Estado ou outra entidade pública poderá ser obrigado a pagar a totalidade da indemnização determinada pelo tribunal, mantém-se também o *direito de regresso* relativo às quantias que deveriam ter sido pagas pelo titular do órgão, funcionário ou agente<sup>(87)</sup>. Sublinhe-se ainda que o direito de regresso

---

<sup>(85)</sup> Analisando a responsabilidade do Estado pelos danos causados no exercício da função jurisdicional, CARLA AMADO GOMES identifica os arts. 10/2 e 9/2 como exemplos legais do alargamento paradoxal da noção de culpa ao funcionamento anormal do serviço quando este envolva a prática de actos jurídicos. A autora refere que a culpa do serviço é anónima precisamente porque não logra apanhar o rasto do infractor, o que sucede muito provavelmente num quadro de actuações materiais, mas não num cenário em que se perfilam actos jurídicos “de autor”. CARLA AMADO GOMES [*A Responsabilidade Civil do Estado por actos materialmente administrativos praticados no âmbito da função jurisdicional no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*] in *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit., p. 225.

<sup>(86)</sup> Em nossa opinião, seria conveniente instituir um sistema de contraditório para apurar a responsabilidade concreta do funcionário, aliás, não seria uma solução inovadora, uma vez que esse procedimento é realizado em Espanha, no *Regulamento dos Procedimentos em Responsabilidade Patrimonial (Real Decreto 429/1993, de 26 de Março)*, onde se prevê um procedimento que tem em vista apurar o nexo de causalidade adequada e o grau de culpa do funcionário no cálculo da indemnização. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR — *Principios de Derecho Administrativo*, cit., p. 733.

<sup>(87)</sup> O direito de regresso já estava consagrado no Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro, mas o Estado só podia ser ressarcido pelo funcionário se este tivesse agido com diligência e zelo manifestamente inferiores aqueles que estaria obrigado em razão do cargo (art. 2.º, n.º 2, do cit. diploma legal).



corresponde a um poder vinculado, que a administração tem obrigatoriamente de exercer (arts. 8.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1)<sup>(88)</sup>.

Deste modo, sempre que o Estado ou uma pessoa colectiva de direito público seja condenado em responsabilidade civil fundada no comportamento ilícito adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular do órgão envolvido, a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva e o referido titular do órgão, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela (art. 8.º, n.º 4)<sup>(89)</sup>.

Se esta solução pretendia acelerar o exercício do direito de regresso, a verdade é que não se vislumbra que o tenha conseguido no domínio dos acordos de indemnização extrajudiciais como aconteceu no conhecido caso do acordo extrajudicial a que o Estado português foi condenado, no caso da cegueira dos pacientes no Hospital Santa Maria<sup>(90)</sup>.

Em caso de incumprimento do acordo extrajudicial onde o Estado se compromete a indemnizar os lesados, nada se prevê quanto ao prosseguimento da acção nos próprios autos.

Nos trabalhos preparatórios da reforma, FAUSTO DE QUADROS manifestou a necessidade de pôr termo à inconstitucionalidade por omissão do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, resultante da violação do art. 22.º, da CRP, através do acolhimento

<sup>(88)</sup> Deve notar-se, em todo o caso, que o direito de regresso aqui previsto corresponde aquele que decorre para um devedor solidário, segundo o regime de direito civil, do facto de ele ter dado satisfação integral ao direito do credor ou ter dado satisfação ao direito do credor para além da parte que lhe competia (art. 524.º, do CC).

<sup>(89)</sup> Segundo VIEIRA DE ANDRADE, esta averiguação judicial do grau de culpa sempre que haja condenação do Estado, é criticável, porque contribui para um aumento da litigiosidade, envolvendo os agentes públicos em processos contra a pessoa colectiva, ainda que se venha a provar que houve culpa leve, o que sucederá na maioria das situações. VIEIRA DE ANDRADE — *A Responsabilidade por Danos decorrentes do exercício da Função Administrativa na nova Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual*, cit., 365.

<sup>(90)</sup> No caso do Hospital Santa Maria, foi constituída uma Comissão de Acompanhamento que avaliou os danos e estabeleceu um acordo de ressarcimento com os seis doentes que ficaram sem visão, na sequência de uma intervenção oftalmológica provocada por erro de um funcionário que trocou os medicamentos na farmácia do referido Hospital.

formal do princípio da responsabilidade solidária entre a administração e os funcionários ou agentes<sup>(91)</sup>.

Neste contexto, o autor defendeu a conversão do *direito de regresso* no *dever de regresso*, sempre que o agente tenha agido com culpa grave ou dolo. Deste modo, salvaguardar-se-ia a defesa dos contribuintes nos casos de negligência grave ou dolo dos funcionários ou agentes administrativos. Só em caso de ausência de culpa ou em caso de culpa leve da parte destes não haveria *dever de regresso* da administração<sup>(92)</sup>.

## 2. A Responsabilidade pelo Risco

As sucessivas revoluções industriais foram acompanhadas por uma multiplicação de novos tipos de danos, intimamente ligados a novas e cada vez mais sofisticadas técnicas de produção. A sociedade industrial é marcada por um quotidiano de perigos a que, em grande parte, somos inconscientes.

O *laissez-faire* liberal e o princípio de que “não há responsabilidade sem culpa” acabaram, assim, por se revelar inadequados face às novas circunstâncias. O desenvolvimento técnico comporta uma maior probabilidade de aumentar o número de acidentes, bem como a respectiva intensidade danosa, ou seja, a perigosidade. Neste contexto, relega-se para segundo plano a ideia liberal da responsabilidade-autonomia<sup>(93)</sup>.

---

<sup>(91)</sup> Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (trabalhos preparatórios da reforma), Ministério da Justiça — Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2002, pp. 59-60.

<sup>(92)</sup> Como refere CARLOS ALBERTO CADILHA, o presente regime de exercício do direito de regresso circunscreve-se à responsabilidade civil da função administrativa e não tem aplicação no domínio da responsabilidade da função político-legislativa e da função jurisdicional. CARLOS ALBERTO CADILHA — *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* — Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 146.

<sup>(93)</sup> Cfr. BRANDÃO PROENÇA — *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra, 1997, p. 214. Referindo a insuficiência do modelo de responsabilidade civil assente na culpa, para efeitos dos novos desafios colocados pelas sucessivas revoluções industriais, nomeadamente, GIULIO PONZANELLI, *Regole economiche e principi giuridici a confronto: il caso della responsabilità del produttore e della tutela dei consumatori*, in *Analisi Economica del Diritto Privato*, Milano, 1998,

Na realidade, pensando-se, p.ex., nos casos de acidentes laborais, a impossibilidade prática de se (cor)responsabilizar a entidade empregadora leva ao aparecimento de soluções jurídicas que passam pela responsabilidade objectiva, uma vez que esta opera pelo facto de se ter efectivado um dano, independentemente da culpa<sup>(94)</sup>.

A crescente especialização, aliada a uma incessante divisão do trabalho, é acompanhada por um elevado número de acidentes — até, por vezes, estatisticamente inevitáveis — em que o anonimato do dano, num contexto de um processo técnico de produção, remete o sistema ressarcitório para fórmulas de imputação colectiva, *maxime* na perspectiva das empresas ou do Estado.

Uma previsão alargada da responsabilidade pelo risco é uma consequência irrenunciável da natureza intervencionista do Estado Social actual. O Estado e demais entidades públicas, não obstante as actuais tendências liberalizadoras, continuam a ensinar, curar, produzir, distribuir e prestar serviços assim gerando situações eventuais de excepcional risco para os particulares<sup>(95)</sup>. Isto significa, desde logo, que a responsabilidade pelo risco não pode ser excepcional, não obstante certas tendências actuais no sentido

---

p. 304., bem como FRANCESCO BUSNELLI, *Nuove Frontiere della responsabilità civile*, in *Lecture di Diritto Civile* (coord. Guido Alpa e Paolo Zatti), Padova, 1990, p. 663.

<sup>(94)</sup> É frequente os autores apresentarem uma postura cautelosa perante a assunção de que também a “omissão” pode dar lugar à imputação objectiva. A relevância, p. ex., da negligência para efeitos da (pretensa) responsabilidade objectiva só vem introduzir elementos perturbadores na distinção pretendida pelo legislador entre a responsabilidade subjectiva e objectiva. Como lembra MENEZES CORDEIRO, o número de omissões em que, continuamente, incorremos, é incomensurável, na medida em que não têm qualquer relevância para o Direito. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português — Direito das Obrigações*, cit., p. 436.

<sup>(95)</sup> A este propósito, CARLA AMADO GOMES alude à teoria do risco criado: quem cria um risco deve suportar os custos que ele acarreta. Esta teoria pode ser aplicada ao Direito Administrativo, no sentido em que, como bem salienta a autora, há um conjunto de actuações desenvolvidas pela administração essenciais à prossecução de missões de interesse público que, não obstante, são susceptíveis de gerar prejuízos aos particulares, pelo que, se toda a colectividade lucra com a actuação dos serviços administrativos, então é justo que os prejuízos não recaiam apenas sobre alguns cidadãos, devendo repercutir-se sobre a comunidade no seu todo, através de mecanismos indemnizatórios. CARLA AMADO GOMES [*A Responsabilidade Administrativa pelo Risco na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?*], cit., p. 86.

diverso que se verificam neste último ramo do Direito<sup>(96)</sup>. Seja como for, o Direito Civil leva essencialmente em conta a segurança e a facilidade do comércio jurídico, pelo que a responsabilidade objectiva deve ser tipificada por lei<sup>(97)</sup>. Nada disso se verifica no Direito Público pelo que a responsabilidade pelo risco aplicável ao Estado e demais entidades públicas não tem de ser excepcional e tipificada<sup>(98)</sup>.

A CRP não distingue, no âmbito geral da responsabilidade das entidades públicas, entre a responsabilidade por actos ilícitos, lícitos e pelo risco<sup>(99)</sup>. É a lei ordinária que o faz<sup>(100)</sup>. Ao fazê-lo, res-

---

(96) Como refere CARLOS ALBERTO CADILHA, a LRCEE teve em vista substituir o precedente regime do DL n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, mas não derogar os regimes especiais, que, de resto, se encontram ressalvados pelo disposto no art. 1.º, n.º 1, in fine., CARLOS ALBERTO CADILHA — *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, cit., p.189.

(97) No Direito Privado, os autores discutem se a responsabilidade objectiva ou pelo risco tem carácter excepcional, tendo em conta o disposto no art. 483.º, n.º2, do CC., segundo o qual «só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei».

(98) Considera-se, aliás, que a responsabilidade pelo risco e por acções ou omissões não culposas se encontra coberta não só pelo princípio da igualdade perante os encargos públicos (art. 13.º, da CRP), que justifica, em geral, que o Estado deva compensar os cidadãos por actos ou omissões dos poderes públicos que afectem de forma desigual a sua esfera jurídica, como também outros institutos indemnizatórios, entre eles, o direito de indemnização por privação ilegal ou injustificada da liberdade e por condenação injusta (arts. 27.º, n.º 5, e 29.º, n.º 6, da CRP), por expropriação ou requisição com fundamento em utilidade pública (art. 62.º, da CRP), e, finalmente, por apropriação pública dos meios de produção (art. 83.º, da CRP). GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA — *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I (4.º ed.), Coimbra, 2007. pp. 431-432 e 437; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS — *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005, pp. 211-212.

(99) Como referem os constitucionalistas GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o texto constitucional não faz depender a responsabilidade civil das entidades públicas do carácter ilícito dos factos causadores dos danos, por outro lado, o âmbito normativo-material do art. 22.º, da CRP, não pode deixar de abranger as hipóteses de responsabilidade do Estado por actos lícitos e de responsabilidade pelo risco. GOMES, J.J. CANOTILHO/VITAL MOREIRA — *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (4.ª ed.), Coimbra, 2007, pp. 185-186.

(100) No domínio da responsabilidade civil administrativa, a previsão de uma responsabilidade pelo risco (bem como de uma responsabilidade fundada na prática de actos impositivos de sacrifício) a par da responsabilidade por factos ilícitos e culposos, permite considerar que existe um fundamento autónomo de responsabilidade objectiva da administração e que esta poderá, portanto, ser reconhecida, em cada caso concreto, segundo as cláusulas gerais que se encontram consignadas nas disposições dos arts. 11.º e 16.º, e não

tringiu, contudo, a responsabilidade pelo risco ao exercício da função administrativa, uma vez que a LRCEE dá a esta figura um tratamento dogmático na secção II, do Cap. II, o qual versa precisamente sobre a responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função administrativa. É por isso que ali se diz que as entidades públicas respondem por danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos (art. 11.º, n.º 1). Terá querido o legislador dizer-nos que a função político-legislativa não corporiza actividades especialmente perigosas de que possam resultar danos? Certamente que não. Sucede que os danos decorrentes do risco que tais actividades podem compreender são indemnizáveis a outro título. São indemnizáveis se forem *anormais* ou *especiais e anormais*, nos termos do n.º 1, do art. 15.º e art. 16.º<sup>(101)</sup>.

E quanto à função jurisdicional? É discutível a opção do legislador. Sendo hoje o serviço da administração da justiça um serviço público como os outros não ofenderia ninguém prever a hipótese de danos causados por riscos inerentes à prestação deste serviço<sup>(102)</sup>. Pense-se, p. ex., nos danos causados a terceiros por actos de detidos em regime de estabelecimento penitenciário aberto ou praticados durante buscas domiciliárias. Mas a amplitude do regime da responsabilidade objectiva por funcionamento anormal do serviço público da administração da justiça permite cobrir os riscos decorrentes do mesmo<sup>(103)</sup>.

---

apenas por referência a actividades perigosas que sejam objecto de regulamentação especial. CARLOS ALBERTO CADILHA — *Regime da Responsabilidade Civil da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, cit., p.175.

<sup>(101)</sup> No mesmo sentido, CARLOS ALBERTO CADILHA — *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, cit., p.178.

<sup>(102)</sup> Neste sentido, PABLO GARCIA MANZANO, referindo-se à forma como o erro judiciário é influenciado por factores relacionados com o mau funcionamento da actividade judiciária, dando o exemplo dos funcionários que pertencem à administração da justiça mas também todos aqueles que colaboram com ela. PABLO GARCIA MANZANO — *Responsabilidad del Estado por Funcionamiento Anormal de la Administración de Justicia*, Poder Judicial, Número Especial V, 1988, pp. 177-203.

<sup>(103)</sup> O mau funcionamento do serviço público de justiça há-de aferir-se em relação a todos os factores de produção humanos, designadamente de colaboração entre todos os agentes judiciários. JUAN MONTERO AROCA — *Independencia y Responsabilidad del Juez*, Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 129.

Destarte, a ideia de ressarcimento pelo risco não surgiu a propósito da função jurisdicional mas sim da administrativa. Nestas condições, a cobertura dos danos referidos no parágrafo anterior pode ser obtida, com todo o proveito, mediante a indemnização por anormal funcionamento do serviço da administração da justiça, sem necessidade de invocar a ideia de risco<sup>(104)</sup>.

O regime da responsabilidade pelo risco é semelhante ao da responsabilidade por acto lícito, chamado pela nova lei da indemnização pelo sacrifício, apesar de ser diferente o respectivo fundamento e diversos os tipos de danos a considerar<sup>(105)</sup>. O regime é o da responsabilidade directa, exclusiva e objectiva das entidades públicas. Comparando o regime da responsabilidade vertido na secção II, do cap. II, da LRCEE, onde se trata da responsabilidade civil administrativa pelo risco, com o regime jurídico da indemnização pelo sacrifício, que compreende também a função administrativa, constata-se que os pressupostos daquela responsabilidade e os da responsabilidade por acto lícito gerador de indemnização por sacrifício são semelhantes. A única diferença diz respeito, de acordo com o novo diploma, à natureza do dano. Os danos pressuposto da responsabilidade pelo risco decorrem, como se viu, de *actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos* (art. 11.º, n.º 1), ao passo que os danos geradores da indemnização pelo sacrifício hão-se ser, *especiais e anormais* (art. 16.º). E isto porquê? Porque é que se exige que o dano pressuposto da indemnização pelo sacrifício seja, além de anormal, especial? Porquê esta exigência qualitativa suplementar? É porque justamente a responsabilidade por acto lícito tem por pressuposto um dano causado de modo diferenciado e para além dos inconvenientes normais da vida em comum na esfera jurídica do particular.

---

<sup>(104)</sup> Na responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, o anormal funcionamento do serviço pode estar associado à denominada *culpa do serviço* imputada à deficiente estruturação da máquina burocrática, à falta de pessoal ou outras causas que se devem à circunstância do Estado não conseguir satisfazer a procura da justiça pela sociedade. JUAN MONTERO AROCA — *Independencia y Responsabilidad del Juez*, cit., p. 130.

<sup>(105)</sup> Neste contexto, deve salientar-se que MARCELO REBELO DE SOUSA considera a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por acto lícito como duas modalidades da responsabilidade civil por actos de gestão pública. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p. 37.

É que o acto é deveras lícito, pelo que serão restritivas as condições para que possa desencadear obrigação de indemnizar. Ora, o dano causador da responsabilidade pelo risco não tem de ficar sujeito a tão apertadas condições para que possa obrigar a indemnizar. Não tem de ser especial e anormal; basta que seja consequência da especial perigosidade de actividades, coisas ou serviços administrativos<sup>(106)</sup>.

Independentemente disso, sempre se deverá evidenciar que o fundamento da obrigação de indemnizar pelo sacrifício e o da responsabilidade pelo risco é diferente; se no primeiro caso o fundamento é o da tutela da confiança e da igualdade na repartição dos encargos públicos, no segundo é o da compensação pelos danos decorrentes do exercício de certas actividades perigosas<sup>(107)</sup>. E do mesmo modo se deve chamar à atenção para o facto de o dano causador da responsabilidade pelo risco ser uma consequência indirecta e involuntária de certa actividade, ao passo que o dano presumido da indemnização pelo sacrifício é o resultado de um acto voluntário e intencional. Tudo indica que a distinção entre a responsabilidade pelo risco e a indemnização pelo sacrifício deva continuar.

A responsabilidade do Estado pelo risco só deixa de ser exclusiva dele passando a ser solidária com a de terceiro se este contribuiu culposamente para a produção ou agravamento dos danos, mantendo o Estado e aquelas entidades direito de regresso se indemnizou o lesado (art. 11.º, n.º 2). Esta garantia, que corresponde a uma solução fortemente garantística dos lesados, deve ser

---

<sup>(106)</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA alude à especificidade do dano na responsabilidade pelo risco, na medida em que, ao contrário da responsabilidade por facto lícito, não existe qualquer limite qualitativo à ressarcibilidade dos danos, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p. 38.

<sup>(107)</sup> No mesmo sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA aponta fundamentos diversos para os dois tipos de responsabilidade, embora considerando que a compensação do dano decorrente de actividades perigosas se desdobra nas *teorias da criação do risco* e do *risco-proveito*: a primeira, porque a responsabilidade pelo risco é excluída ou modificada se houver culpa do lesado ou de terceiro; a segunda, porque a responsabilidade pelo risco é apenas das pessoas colectivas administrativas e não dos seus titulares de órgãos ou agentes, uma vez que o risco é criado em benefício exclusivo do interesse público prosseguido pelas primeiras e não dos interesses particulares dos segundos. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p. 38-41.

interpretada em sentido restrito, implicando a confirmação, no caso concreto, de um certo grau de anormalidade do dano, pressuposto do carácter especialmente perigoso da actividade, coisa ou serviço administrativo, que, nessa medida, há-de ser também causa dos danos produzidos<sup>(108)</sup>.

A culpa continua a ser apresentada como a trave mestra do sistema de responsabilidade civil<sup>(109)</sup>. No entanto, embora muitas vezes mesclada de traços de imputação subjectiva (como a presunções de culpa), a objectivação da responsabilidade civil foi-se consolidando nas diversas ordens jurídicas. Depois, diríamos, de uma primeira vaga materializada nos direitos laboral e rodoviário, assiste-se, mais recentemente, a desenvolvimentos em sede do Direito Administrativo, do Direito do Ambiente<sup>(110)</sup> e de ramos ligados ao direito financeiro (*maxime*, normativos bancário e mobiliário, esmiuçando traços tradicionais da responsabilidade do comitente)<sup>(111)</sup>.

Os autores destacam, a propósito, uma evolução mais recente ainda, materializada na inexigibilidade de qualquernexo de causalidade entre o indivíduo não culpado e o dano provocado: basta-

---

<sup>(108)</sup> Para CARLA AMADO GOMES, a solução legal do art. 11.º, n.º 2, é arriscada e mesmo inconstitucional, por manifesta desnecessidade. CARLA AMADO GOMES [*A Responsabilidade Administrativa pelo Risco na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?*], in *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit., p. 108.

<sup>(109)</sup> FRANCESCO BUSNELLI destaca a função personalizadora da culpa como critério de imputação, ou seja, a possibilidade de, através da culpa, atender de forma “mais adequada à condição psicológica do agente e ao circunstancialismo que envolve a respectiva conduta”. O autor realça ainda que através da culpa é possível acomodar melhor a necessária ponderação entre o prejuízo do lesado e a valoração da conduta do lesante. FRANCESCO BUSNELLI, *Nuove Frontiere della responsabilità civile*, cit., p. 642.

<sup>(110)</sup> Questionando-se sobre a aplicação do princípio de responsabilidade pelo risco no domínio do dano ecológico mas, ainda assim, admitindo a possibilidade da sua consagração à luz do art. 8.º, do DL n.º 48051, de 27 de Novembro, CARLA AMADO GOMES [*(Ir)responsabilidade do Estado por transfusão de sangue infectado com o vírus HIV: a tradição ainda é o que era?*] in *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit., p. 44.

<sup>(111)</sup> Citando a doutrina constitucional de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, BRANDÃO PROENÇA refere-se a propósito do dano ecológico ou do “potencial danoso inerente ao processo estandardizado ou à utilização de certos meios de transporte à denominada terceira geração dos direitos do homem”. BRANDÃO PROENÇA — *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, cit., p. 243.



ria, assim, o benefício da actividade que originou a produção do dano.

O ciclo fechar-se-ia, assim, com a responsabilidade pelo risco e a conexas questão da repartição colectiva dos danos ou da distribuição social do risco.

Acontece que o campo da responsabilidade pelo risco na responsabilidade que incumbe (ou devia incumbir) ao Estado é bastante vasto e pode compreender uma multiplicidade de situações danosas que nem sempre se situa no campo das intervenções ilícitas<sup>(112)</sup>, designadamente o caso dos serviços técnicos do Estado.

Na realidade, existem repartições que oferecem maior risco em função das relações laborais que os funcionários realizam<sup>(113)</sup>. Daí que seja necessário, como vimos, avaliar a dimensão do dano praticado pelo funcionário antes de tratar da graduação da sua culpa (leve ou grave), uma vez que certos serviços têm por natureza um objecto de actividade mais perigosa e que oferece mais riscos, como p.ex., serviços policiais de protecção contra avalanches na neve; serviços de protecção civil contra incêndios, serviços de segurança, ou, serviços hospitalares, onde uma culpa leve poderá provocar um dano com dimensão maior do que a culpa grave de um funcionário num serviço da administração fiscal. Daí que seja importante recuperar as soluções trazidas pelos acórdãos do Conselho de Estado francês, nomeadamente o AC. LAFONT, que será desenvolvido mais adiante, o qual reflectiu a preocupação de imputar a responsabilidade ao Estado pelo risco de actividades perigosas, tendo em conta a natureza do serviço na imputação da culpa ao funcionário que praticou o dano. No caso em apreço, foi

---

<sup>(112)</sup> Na sua tese de mestrado, MANUELA SILVEIRA dá o exemplo de trabalhos públicos considerados perigosos, em que avultam danos para terceiro; e chama à atenção para a situação particular das máquinas que são empregadas em actividades administrativas, de cujas deficiências poderão surgir prejuízos incalculáveis, ou até, no perigo excepcional de que se reveste uma simples avaria de semáforos reguladores de trânsito. MANUELA SILVEIRA — *A Responsabilidade pelo Risco no Código Civil* — algumas reflexões — Lisboa, Tese de Mestrado, 1985, p. 18.

<sup>(113)</sup> Como refere GUY MELLERAY, os funcionários públicos podem desempenhar funções de natureza técnica, como p. ex. gestão de serviços, estudos, projectos de investigação, cuja avaliação pode ter um carácter hermético. GUY MELLERAY — *La Tutelle de l'Etat sur les Communes* — Bibliothèque des collectivités locales, Paris: Sirey, 1981, p. 344.

invocado o dever de informação consubstanciado na obrigação de comunicar os riscos aos quais os indivíduos administrados podem ser expostos: a advertência contra o risco de deslizamento de terra ou o risco de avalanches<sup>(114)</sup>.

A hipótese de existir uma responsabilidade permanentemente objectiva surgiu com a industrialização alemã, designadamente com a autonomização da concepção objectiva da responsabilidade por via legislativa<sup>(115)</sup>. Com efeito, a par dos §§ 823<sup>(116)</sup>, 833 I e 835<sup>(117)</sup>, surgiram diversas leis materializadoras de soluções objectivas ou objectizantes, nomeadamente no âmbito do direito dos transportes, desde as sucessivas leis de transporte ferroviário (da prussiana Lei de 1838 até à Lei alemã de 1871), passando pela Lei Automóvel, de 3 de Maio de 1909<sup>(118)</sup>. De qualquer modo, tratava-se de assumir a valia do princípio comum de que quem cria ou mantém uma fonte de perigo deve indemnizar os danos que se compreendem tipicamente nesse círculo de perigosidade.

Pensando no enquadramento legal da segunda metade do séc. XX, embora o BGB não disponha de nenhuma cláusula geral respeitante à imputação da responsabilidade civil pela prática de actividades perigosas, existem, todavia, diversos exemplos de legislação extravagante que adoptam soluções de imputação objectiva no contexto do *exercício de actividades perigosas*, designadamente, o Código da Estrada, de 19 de Dezembro de 1952; a Lei da Responsabilidade Civil de 4 de Janeiro de 1978; a Lei da Responsabilidade do produtor, de 15 de Dezembro de 1989; ou ainda as

---

<sup>(114)</sup> Ver nota-de-pé 199, no ponto 3, do cap. § 4, sobre a influência da jurisprudência francesa na densificação do conceito de *faute du service*.

<sup>(115)</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO — *Tratado de Direito Civil Português — Direito das Obrigações*, cit., p. 592.

<sup>(116)</sup> É frequente apontar-se a responsabilidade pelos danos causados por animais como a única responsabilidade pelo risco genuína, em sede do art. §§ 823, do BGB (Vide DIETER MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales* (trad. por Ángel Martínez Sarrión), Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995, p. 776). O Professor de Munique aproveita, entretanto, para criticar a inexistência de limite máximo indemnizatório para este tipo de responsabilidade.

<sup>(117)</sup> Este preceito acabou por ser integrado na Lei de Caça de 1934.

<sup>(118)</sup> A Lei Prussiana dos Caminhos de Ferro previa a responsabilidade da empresa concessionária por acidentes, mesmo sem culpa. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português — Direito das Obrigações*, cit., p. 592.

Leis de engenharia genética e da responsabilidade por danos ecológicos, respectivamente de 20 de Junho e de 10 de Dezembro de 1990<sup>(119)</sup>.

Um vector importante no posicionamento jurisprudencial alemão face à responsabilidade objectiva prende-se com o gradual incremento da exigência imposta na elisão das presunções de culpa, *maxime* na consagração da conduta diligentíssima, sobretudo no exercício de actividades perigosas.

Em França, na passagem do séc. XIX para o séc. XX, vários autores apelaram à ideia de *risque-crée*, assumindo a relevância de uma “tolerância controlada da actividade perigosa”<sup>(120)</sup>, em manifesto desvio ao até aí incontestado sistema da *faute*. A consolidação desta tendência a nível jurisprudencial do art. 1384.º, primeira parte, do Code Civile, ou seja, a responsabilidade *du fait des choses*<sup>(121)</sup>.

No que respeita à responsabilidade objectiva, alude-se ao facto de diversos autores fundarem sempre a responsabilidade civil na culpa do agente, ainda que estivessem em causa, por vezes, situações de culpa levíssima, muito próximos, acrescentariamos nós, do que se passa hoje em certas soluções do CC, desenvolvidas, entretanto, pela praxis jurisprudencial (veja-se, designadamente, arts. 493.º, n.º 2, e art. 509.º, do CC)<sup>(122)</sup>. Uma das “descobertas” mais recentes da jurisprudência francesa prende-se com a

<sup>(119)</sup> Para um levantamento da doutrina alemã, Cfr. BRANDÃO PROENÇA — *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 44.

<sup>(120)</sup> BORIS STARCK, *Domaine et fondement de la Responsabilité sans Faute*, RTDC, 1958, p. 475, refere, nomeadamente, *Saleilles e Josserand*. De igual forma, BRANDÃO PROENÇA — *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., pp. 214-215.

<sup>(121)</sup> O movimento de objectivação da responsabilidade em França foi mais lento que na Alemanha e incidiu sobre o domínio dos acidentes de trabalho. MENEZES CORDEIRO indica o *arrêt Teffaine*, de 16-Jun-1896, em que foi atribuída uma indemnização à viúva de um mecânico que morreu na explosão de uma fábrica. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português — Direito das Obrigações*, cit., p. 592.

<sup>(122)</sup> SANTOSUOSSO — *La Buona Fede del Consumatore e Dell'intermediario nel sistema della Responsabilità Oggettiva* (a proposito della responsabilità della Sim per illecito del promotore), in BBTDC, LII (1999), p. 48, noticia, em França, a técnica novecentista de escudar soluções objectiva/objectivizantes da responsabilidade civil (*maxime*, a do comitente) na presunção de culpa *in vigilando e in eligendo*.

objectivização da responsabilidade prevista no art. 1789.º, do Code Civil, onde o tribunal alarga a responsabilidade do agente muito para além da responsabilidade contratual ou extracontratual *du fait des choses*<sup>(123)</sup>.

### 3. Outros Tipos de Responsabilidade dos Agentes Públicos pelos Danos Causados no Exercício da Função Administrativa do Estado

No Direito Público é frequente distinguirem-se três domínios de aplicação do princípio da responsabilidade do Estado: a responsabilidade civil do Estado por danos causados no âmbito das suas funções; a responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos; e a responsabilidade política destes titulares<sup>(124)</sup>. A CRP separa duas espécies de responsabilidade mediante critérios objectivos e subjectivos — o tipo de agente responsável (pessoas colec-

---

(123) Cfr. Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de Cassation, de 17 de Fevereiro de 1999 — *Compagnie Royal Insurance c/ Loubert et autres* (comentário in RTDC, n.º 3, Julho-Setembro 1999, pp. 629-640).

(124) Salvo o devido respeito, temos dúvidas em concordar que o ordenamento jurídico autonomize este tipo de responsabilidade face à responsabilidade civil e criminal. Neste particular, a responsabilidade política é um instituto sem autonomia para analisar a ilicitude, a menos que se pretenda uma ordem jurídica sem resposta para todos os pressupostos da teoria geral da responsabilidade (civil, criminal ou disciplinar): ilicitude, culpa, imputação da responsabilidade, prova,nexo de causalidade; em sentido diametralmente oposto, vejam-se as opiniões de PEDRO LOMBA — *Teoria da Responsabilidade Política*, Coimbra Editora, 2008, pp.52-53 e; EDUARDO, GARCIA DE ENTERRÍA, *El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, in REDC, *Ano 23, n.º 67 — Jan/Abr. 2003*, pp. 27-28. Enquanto o primeiro admite que o mesmo facto jurídico pode accionar, em simultâneo, os três tipos de responsabilidade, na medida em que qualquer pessoa pode ser objecto de imputações civis, criminais e políticas, o último interpreta o artigo 9.3 da Constituição espanhola e escreve que a responsabilidade aí consagrada é a responsabilidade mais geral, e política, dos titulares de cargos públicos, existindo *per se*, enquanto figura jurídica autónoma e independente das demais Responsabilidades (Civil, Criminal e Disciplinar): “*la responsabilidad politica es una forma de responsabilidad... que constituye un género por sí misma y por tanto no es una forma de responsabilidad jurídica*”.

tivas públicas ou titulares de cargos políticos) e o tipo de responsabilidade (civil ou criminal)<sup>(125)</sup>.

A responsabilização patrimonial do Estado destina-se a compensar todos os lesados na sua esfera individual de direitos, ou de qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios<sup>(126)</sup>; salvo se existir obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos previstos na lei. Em regra, essa lesão terá que se traduzir na prática de um acto ilícito<sup>(127)</sup>. Além do ilícito civil, existe também o ilícito criminal e disciplinar, mais do que limitar o arbítrio do julgador, num instituto em que tão largo apelo se faz aos seus critérios de bom senso e de equilíbrio, e até aos seus juízos de equidade, houve a intenção de auxiliar o intérprete na árdua tarefa de delimitar o campo da actuação ilícita perante a zona de comportamentos que, muito embora possam causar danos a outrem, são exigidos ou sancionados pelo direito, ou indiferentes à ordem jurídica ou por ela tolerados. De *iure constituto*, as situações jurídicas que alguns autores pretendem integrar no núcleo da responsabilidade política, dizem respeito aos casos de direito sancionatório previstas pela CRP, mas que mais não são do que um desvalor que o legislador constitucional atribui a certo tipo de condutas de titulares dos órgãos de soberania<sup>(128)</sup>. Este direito sancionatório asso-

---

(125) A Constituição da República Portuguesa adopta esta duplicação: o art.22.º estabelece a responsabilidade civil do Estado e de outras entidades públicas; o art. 120.º estende essa responsabilidade civil aos titulares de cargos públicos; e finalmente, três normas constitucionais regulam ainda, a título individual, a responsabilidade criminal do Presidente da República (art.130.º), a responsabilidade criminal dos deputados (art. 157.º) e a responsabilidade criminal dos membros do Governo (art. 196.º).

(126) “A simples leitura do art. 483.º do Código Civil mostra que vários pressupostos condicionam, no caso da responsabilidade por factos ilícitos, a obrigação de indemnizar imposta ao lesante, cabendo a cada um desses pressupostos um papel especial na complexa disciplina das situações geradoras do dever de reparação do dano”, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, p. 471;

(127) Como realça um autor civilista, os requisitos técnicos da responsabilidade civil por factos ilícitos são: o facto (voluntário), a ilicitude do facto, a imputação do facto ao lesante, o dano e; um nexo de causalidade entre o facto e o dano. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA — *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. (revista e actualizada), Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 557.

(128) Referimo-nos aos casos de perda de mandato dos deputados que se inscrevam em partido diverso com que se apresentaram às eleições (al.c), do art. 160.º, CRP); Presidente da República que se ausente do território nacional sem autorização da Assembleia da República (art.º 129.º, n.º 3, CRP).

ciado à responsabilidade política destina-se a dar cobertura ao nosso sistema semi-presidencialista em que a administração pública depende do governo e este responde perante o parlamento nacional e o chefe de Estado, pelo que é necessário confrontar as políticas com os resultados obtidos e de fiscalizar a actividade dos funcionários da administração<sup>(129)</sup>. Deste modo, salvo melhor opinião, e, mesmo reconhecendo a bondade da teoria, a responsabilidade política não permite responder a este tipo de desafios<sup>(130)</sup>.

A responsabilidade do Estado pode resultar também do exercício de outras funções do Estado, para além das funções legislativa, administrativa e judicial<sup>(131)</sup>.

É o caso da função política, p. ex., da função de condução das relações externas do Estado, quando a ilicitude se funde num acto jurídico e não num acto político<sup>(132)</sup>.

Tomemos como exemplo um tratado internacional mal negociado por um Estado com um Estado vizinho sobre caudais de rios, de onde resulte danos evidentes para pessoas públicas ou privadas

<sup>(129)</sup> Cfr. JOSÉ FONTES — *Do Controlo Parlamentar da Administração Pública* (Teoria Geral e Instrumentos de Fiscalização), 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 61-62.

<sup>(130)</sup> Mesmo entre os partidários da responsabilidade política, é notória a dificuldade em justificar certos “paradoxos”, tais como a “ineficiência da responsabilidade política em face da deslocação da função de responsabilização para os meios de comunicação social e a sua substituição por formas de responsabilidade menos ambíguas e flutuantes como a responsabilidade criminal ou a responsabilidade administrativa”, PEDRO LOMBA — *Teoria da Responsabilidade Política*, Coimbra Editora, 2008, p. 33.

<sup>(131)</sup> Se pensarmos na responsabilidade política como aquela que corresponde somente às relações entre governos e parlamentos; demissão e destituição de governos responsáveis, então podemos afirmar como PEDRO LOMBA que essa responsabilidade (política) está em crise porque se tornou ineficiente com o funcionamento dos actuais sistemas políticos, já que a função de responsabilização do poder deslocou-se para os meios de comunicação social. PEDRO LOMBA — *Teoria da Responsabilidade Política*, Coimbra Editora, 2008, p. 33. Outra questão diametralmente oposta é o da responsabilidade do Estado pelo exercício da função política. Ver nota-de-pé 132.

<sup>(132)</sup> Como refere H. F. KOEHLIN, existem inúmeras situações de responsabilidade política pelo exercício da função diplomática, tais como as questões desencadeadas por protestos de países prejudicados pela distribuição de benefícios nos tratados internacionais, os abusos da colonização, ou práticas de discriminação contra cidadãos estrangeiros. H. F. KOEHLIN, — “*La responsabilité de l’État*” en dehors des contrats de l’an VIII à 1873 (étude de jurisprudence), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1957, p.25.

do primeiro dos Estados: p. ex., enxuradas, destruição de imóveis ou outros bens, danos físicos em pessoas, etc. Neste caso, o Estado é civilmente responsável ainda que não o seja pelo exercício das funções legislativa, administrativa ou judicial.

A função política corresponde à prática de actos que exprimem opções sobre a definição e prossecução dos interesses essenciais da colectividade, e que respeitam, às relações dentro do poder político e deste com outros poderes políticos<sup>(133)</sup>.

A essência do político reside na realização de escolhas onde se encontram em causa interesses essenciais do Estado — colectividade, que cabem na função política. São apenas opções que envolvem interesses essenciais do Estado — colectividade<sup>(134)</sup>.

A definição das políticas governamentais deve ter em conta a importância das tarefas que o respeito, a protecção e a promoção dos direitos dos cidadãos impõem ao Estado<sup>(135)</sup>.

Assim, alguns destes actos podem ter relevância jurídica nacional e internacional, pois reportam às relações com outros poderes políticos (relacionamento do Estado com os demais sujeitos do Direito Internacional). É o caso, p. ex., do estabelecimento de relações diplomáticas ou da declaração de guerra. Estas situações podem dar origem a casos de responsabilidade internacional do Estado.

A responsabilidade internacional do Estado tanto pode resultar de omissão, como de um acto positivo. Qualquer destas violações da ordem jurídica internacional pode ter como fonte quer o Costume quer os Tratados Internacionais.

A Responsabilidade Internacional do Estado advém, em primeiro lugar, dos actos do seu órgão. Deve, contudo, ficar explícito

<sup>(133)</sup> A função política ou governamental propriamente dita que concretize um acto ilícito não tem sanção jurídica, apesar dos «órgãos supremos do Estado deverem considerar-se obrigados pela Constituição, nos termos do art. 3.º, n.º 3, da CRP. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 228.

<sup>(134)</sup> Sobre esta matéria, veja-se os ensinamentos de PAULO OTERO, que distingue a responsabilidade política (titulares de cargos políticos) da responsabilidade civil, criminal e financeira (titulares de cargos públicos). PAULO OTERO — *Direito Constitucional Portugueses*, cit., pp. 93-94.

<sup>(135)</sup> Neste sentido, as decisões políticas concretas devem atender aos direitos dos cidadãos, sobretudo quando são susceptíveis de restringir direitos fundamentais. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2009, p. 229.

que nem sempre a actividade de um órgão produz a responsabilidade de um Estado: basta que ele aja num domínio em que é incompetente e essa incompetência seja manifesta.

Para além da responsabilidade por actos dos seus órgãos, o Estado pode ser internacionalmente responsável por actos de entidades públicas territoriais, por actos de entidades não integradas na estrutura do Estado, mas habilitadas pelo Direito Interno a exercer prerrogativas de poder público, e por actos de órgãos de um Estado ou de uma Organização Internacional postos à disposição do Estado territorial.

Um Estado pode também ser responsável pelos actos de outro quando o representa internacionalmente. A sua responsabilidade não ultrapassa os actos em que representa o outro no exterior.

A Responsabilidade Internacional de um Estado pode ainda advir da prática de crimes contra a paz.

#### 4. A Distinção entre Actos de Gestão Pública e Actos de Gestão Privada

A reforma do Decreto-Lei n.º 48051/67, de 21 de Novembro<sup>(136)</sup>, teve o condão de regular uma matéria que assenta numa relação jurídica não exclusivamente entre sujeitos natureza privada colocados numa posição de paridade, mas de natureza diversa *maxime* pública e privada, onde a vaga de interesses controvertidos pode superar as relações estritamente privadas. Ora, como observa VASCO PEREIRA DA SILVA, parte das regras relativas à responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas não se encontra contida no CC, mas fora dele, em numerosos diplomas avulsos<sup>(137)</sup>.

---

<sup>(136)</sup> Vide norma revogatória da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Esta norma revoga ainda os arts. 96.º e 97.º, da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na redacção da Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro.

<sup>(137)</sup> Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, com enumeração exaustiva das matérias avulsas ao Código Civil: seguros, circulação automóvel, ambiente, qualidade dos produtos e da certificação de empresas, viagens e turismo, construção civil, elevadores, gás, embarcações de recreio, explosivos, mediação imobiliária, actividade médica, produtos defeituos-



O entendimento de que os tribunais administrativos não integravam o poder judicial do Estado, inclusive a ideia de que estes se tratavam de órgãos da administração pública que tomavam decisões independentes em casos concretos, foi aquele que vigorou em Portugal<sup>(138)</sup>. Neste âmbito, o art. 4.º do ETAF reflectia a ideia de subalternização da jurisdição administrativa, segundo a qual, as questões de natureza administrativa que contendessem com valores considerados mais importantes para os particulares eram reservadas à competência dos tribunais judiciais<sup>(139)</sup>.

No domínio do antigo ETAF<sup>(140)</sup> havia uma profunda divisão sobre a competência jurisdicional para o conhecimento das acções intentadas contra o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público visando a efectivação da responsabilidade extracontratual<sup>(141)</sup>. Tendo por base a proveniência do acto (acção ou omissão) gerador dos danos a ressarcir — acto de gestão pública ou acto de gestão privada — entendia-se que a competência pertencia ao tribunal comum no caso de responsabilidade fundada na gestão privada daquelas entidades públicas, cabendo ao tribunal administrativo o conhecimento das acções de responsabilidade decorrente de actos de gestão pública<sup>(142)</sup>.

Considerava-se, então, que se integravam nos actos de gestão pública os actos praticados por órgãos ou agentes da administração

sos, empresas de segurança, transportes. VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 542.

<sup>(138)</sup> Problema diferente foi o da denominada “esquizofrenia organizativa dos tribunais administrativos”, pela circunstância do regime jurídico do contencioso administrativo (anterior à reforma de 2002 que entrou em vigor em 2004), permitir que os tribunais superiores fossem simultaneamente tribunais de primeira instância e tribunais de recurso. VASCO PEREIRA DA SILVA — *Ventos de mudança no Contencioso Administrativo* (reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 122.

<sup>(139)</sup> Vide FREITAS DO AMARAL — *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007, p. 24.

<sup>(140)</sup> Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pelo DL n.º 129/84, de 27 de Abril.

<sup>(141)</sup> Sobre as dúvidas que se suscitaram a propósito da repartição de competências entre duas ordens jurisdicionais na apreciação das questões relacionadas com os danos provocados pelo exercício das funções administrativa, política e legislativa do Estado, MONICA SIFUENTES — *Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no direito português* in RFDUL, Coimbra Editora, 2001, pp. 321-324.

<sup>(142)</sup> Por actos de gestão pública, aplicava-se o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, sendo competente o foro administrativo.

no exercício de uma função pública, sob o domínio de normas de direito público<sup>(143)</sup>. Já os actos de gestão privada eram todos aqueles praticados por órgãos e agentes da administração quando esta aparece despida de poder público, numa posição de igualdade com os particulares, em sujeição às normas do direito privado<sup>(144)</sup>. A responsabilidade do Estado era equiparada à do comitente e dava-se em relação a terceiros, lesados com os actos praticados pelos órgãos, agentes ou representantes (art. 501.º, do CC)<sup>(145)</sup>.

Nesta perspectiva, considerava-se que a circulação rodoviária de um veículo do Estado constituía gestão privada, pertencendo ao tribunal comum a competência para conhecer de uma acção intentada contra o Estado para ressarcimento dos danos resultantes de acidente de viação causado por tal veículo<sup>(146)</sup>.

No entanto, relativamente a outros eventos, não era fácil determinar se provinham de uma actividade de gestão pública ou de gestão privada (p. ex., os danos resultantes de falta de sinalização de obstáculos nas vias públicas, os danos decorrentes de obras, etc)<sup>(147)</sup>. Sucediam-se, então, sucessivas deduções da excepção da incompetência em razão da matéria que, uma vez julgada procedente, determinava a absolvição da instância, com os inerentes prejuízos ao nível da rapidez na realização da justiça e ao nível dos custos patrimoniais decorrentes dos recursos que se interpunham.

---

<sup>(143)</sup> Sobre a noção e o regime dos actos de gestão pública: a anotação de VAZ SERRA ao Ac. do STJ de 19-10-1975, na RLJ, 110.º, p. 308; Ac. STA, de 19-1-84 (Bol. 333.º, p. 284) e, sobre o direito posterior à CRP de 1976, o Ac. do STJ, de 6-5-86 (Bol. 357.º, p. 392). Menciona-se também BERNARDO DINIZ AYALA — *Monismo(s) ou dualismo(s) em direito administrativo? Gestão Pública, gestão privada e controlo jurisdicional da actividade administrativa*, in RFDUL, vol. XLI, n.º 1, p. 71.

<sup>(144)</sup> No mesmo sentido, veja-se as lições de ANTUNES VARELA sobre a natureza dos actos de gestão privada. ANTUNES VARELA — *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed. revista e actualizada (7.ª reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2010, pp. 648-649.

<sup>(145)</sup> ANTUNES VARELA — *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 650.

<sup>(146)</sup> No entanto, segundo o parecer da Procuradoria Geral da República, de 27-IV-67 (D.G., II Série, de 5-VII-67), o Estado não responde pelos danos que o funcionário sofra no veículo próprio, que utilizou em serviço.

<sup>(147)</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA alude à falta de critério lógico na jurisprudência para a distinção entre gestão pública e gestão privada como “a prova mais inacabada da irracionalidade do sistema” processual de atribuição de competência aos tribunais, em função da natureza do acto. VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 521.

A abundante jurisprudência que se foi produzindo é bem reveladora do estado de incerteza que gerava um sistema baseado na dicotomia gestão pública — gestão privada<sup>(148)</sup>.

A responsabilidade das pessoas colectivas públicas, seus órgãos, agentes ou representantes pelos actos de gestão pública, matéria de que a lei civil foi expurgada — constitui objecto de diploma especial e encontra hoje assento directo na LRCEE (art. 1.º, n.º 2)<sup>(149)</sup>, para além de isso já resultar do texto constitucional (arts. 22.º e 271.º, da CRP), o qual muitas dúvidas levantou em relação à inconstitucionalidade superveniente do Decreto-Lei 48051, de 21 de Novembro.

Mas, mais do que isso, o regime da responsabilidade civil administrativa por actos de gestão privada parece definitivamente confinado ao âmbito de aplicação da LRCEE e, conseqüentemente, à jurisdição dos tribunais administrativos, já que o art. 1.º faz corresponder a responsabilidade civil do Estado pela função administrativa a todos os actos e omissões regidas por princípios de direito administrativo<sup>(150)</sup>.

O novo ETAF terá pretendido alterar a situação descrita, enchendo de esperança os aplicadores das suas normas quanto à

<sup>(148)</sup> Sobre a distinção entre actos de gestão pública e de gestão privada do Estado, ver o Ac. do Tribunal de Conflitos de 5-11-1981 (BMJ, n.º 311, p. 195); Ac. do STJ, de 11-10-1983 (BMJ, n.º 333, p. 211); Ac. do Tribunal de Conflitos, de 10-12-1987 (RLJ, ano 121, p. 237, com anotação de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ) e Ac. do STJ, de 13-12-1990 (RAJ, ano 2, n.ºs 13/14, p.20, sob o n.º 2985). As hesitações práticas encontram-se também patenteadas, p. ex., no Ac. do STJ, de 13-12-2000 (CJ, ano VIII, tomo 3, p. 171).

<sup>(149)</sup> Segundo VASCO PEREIRA DA SILVA, o legislador trouxe a ambiguidade linguística porque a expressão “prerrogativas de poder público” parece apontar para a necessidade de ressuscitar a antiga distinção entre gestão pública e gestão privada, que se julgava extinta. VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 546.

<sup>(150)</sup> Neste sentido, concordamos com VASCO PEREIRA DA SILVA quando considera que se encontra encerrada a porta de “fuga para o direito privado”, tendo em conta que por mais privado que seja qualificado o regime o regime jurídico aplicável a uma actividade administrativa, àquela continuam a ser aplicáveis os princípios de Direito Administrativo, em face do art. 2.º, n.º 5, do Código de Procedimento Administrativo, in vide art. 1.º, n.º 3, da LRCEE. VASCO PEREIRA DA SILVA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, cit., p. 547. Em sentido similar, também CARLA AMADO GOMES defende que de ponto de vista da especialização das matérias a melhor solução é a da sujeição destas matérias à jurisdição dos tribunais administrativos. CARLA AMADO GOMES (*Topicamente — E a quatro mãos... — sobre o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do*

resolução da questão exposta<sup>(151)</sup>. Continuando a assentar o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal no conceito de «relações jurídicas administrativas e fiscais», como a CRP determina<sup>(152)</sup>, o art. 4.º, n.º 1, nomeadamente nas suas alíneas *g*) e *h*), integra a apreciação dos litígios que tenham por objecto a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público e dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes no âmbito da jurisdição administrativa<sup>(153)</sup>.

O ETAF consagrou o critério objectivo da natureza da entidade demandada: sempre que o litígio envolva uma entidade pública, por lhe ser imputável o facto gerador do dano, esse litígio deve ser submetido à apreciação dos tribunais administrativos.

Neste sentido, pretendeu-se que a jurisdição administrativa passasse a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, independentemente de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado.

Optou-se, como se refere na exposição de motivos da *Proposta de Lei n.º 93/VIII*, que deu origem à Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, por ampliar o âmbito da jurisdição dos tribunais administrativos<sup>(154)</sup>.

Julgava-se, então, que as questões que, durante tanto tempo, se suscitaram quanto à delimitação das competências das duas

---

*Estado e demais entidades públicas*) in *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit., p. 247.

<sup>(151)</sup> Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

<sup>(152)</sup> (V. art. 212.º, n.º 3, da CRP)

<sup>(153)</sup> No sentido de que as als. *g*) e *h*), do n.º 1, do art. 4.º, do ETAF, dão aos tribunais de jurisdição administrativa e fiscal a competência para apreciar as acções de responsabilidade civil administrativa do Estado e dos seus funcionários, bem como dos sujeitos privados aos quais se aplique o mesmo regime, MENEZES CORDEIRO conclui que esta norma determinou o fim da distinção entre gestão pública e gestão privada, já que “tudo segue o foro administrativo”. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português — Direito das Obrigações*, cit., p. 645.

<sup>(154)</sup> «[...] dando resposta a reivindicações antigas, optou-se por ampliar o âmbito da jurisdição dos tribunais administrativos em domínios em que, tradicionalmente,

ordens jurisdicionais (comum e administrativa) tivessem sido sanadas e ultrapassadas.

Algumas delas foram-no efectivamente (as acções de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional ou legislativa). Outras, porém, continuam a ser debatidas nos tribunais, com a particularidade de, agora, se questionarem situações que, no domínio de vigência do anterior ETAF se encontravam resolvidas (p. ex., as acções emergentes de acidente de viação com intervenção de veículo do Estado).

Assim, é com grande surpresa que se verifica que continuam a ser suscitadas nos tribunais questões de (in)competência em razão da matéria, podendo referir-se o entendimento de alguns tribunais judiciais (de 1.<sup>a</sup> instância e da Relação), recuperando os conceitos de gestão privada/gestão pública como critérios de delimitação da competência material nas acções de responsabilidade<sup>(155)</sup>.

Neste contexto, surge o argumento da natureza da relação jurídica que se configura como causa de pedir nas acções, pelo que a jurisprudência faz uso do comando constitucional contido no art. 212.º, n.º 3, da CRP<sup>(156)</sup>. Nesta perspectiva, a jurisprudência considera que uma acção emergente de acidente de viação proposta contra pessoa colectiva pública deverá ser proposta no tribunal de jurisdição comum (tribunal judicial) por, em regra, não se estar

---

*se colocavam maiores dificuldades no traçar da fronteira com o âmbito da jurisdição dos tribunais comuns.*

A jurisdição administrativa passa, assim, a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, independentemente da questão de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado; já em relação às pessoas colectivas de direito privado, ainda que detidas pelo Estado ou por outras entidades públicas, como a sua actividade se rege fundamentalmente pelo direito privado, entendeu-se dever manter a dicotomia tradicional e apenas submeter à jurisdição administrativa os litígios aos quais, de acordo com a lei substantiva, seja aplicável o regime da responsabilidade das pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício da função administrativa».

<sup>(155)</sup> Vide Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (Proc. 7560/06-2), de 02.11.2006; Ac. do Tribunal da Relação do Porto (Proc.0731515), de 12.04.2007; Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.02.2007; Ac. do Tribunal de Conflitos (Proc. 017/07), de 23.01.2008.

<sup>(156)</sup> Critério segundo o qual: «compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais».

perante uma relação jurídica administrativa, nem perante uma actividade inserida na gestão pública levada a cabo por tais entidades.

Relativamente ao argumento que se pode retirar do citado art. 212.º, n.º 3, da CRP, importa ter presente que, como é salientado na exposição de motivos da proposta de lei já mencionada<sup>(157)</sup>, sem erigir esse critério num dogma, a CRP não estabelece uma reserva material absoluta, impeditiva da atribuição de competências. A fronteira entre direito público e direito privado nunca foi tão ténue!

Ora, esta questão da jurisdição competente releva para o autor da acção, já que não é destituída de consequências a opção a tomar em termos processuais, na medida em que a parte contrária pode deduzir a excepção da incompetência absoluta, em razão da matéria, a qual determina, como é sabido, absolvição da instância<sup>(158)</sup>.

Já antes do aparecimento da LRCEE a jurisprudência se pronunciara no sentido de aceitar a competência dos tribunais administrativos nos casos em que fosse imputado um facto ilícito a um órgão da administração judiciária no exercício de actividade estranha à função de julgar, ou ao serviço globalmente considerado, sem individualização de um agente concretamente responsável<sup>(159)</sup>.

---

(157) Proposta de lei n.º 93/VIII: “A definição do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal que, como a Constituição determina, se faz assentar num critério substantivo, centrado no conceito de “relações jurídicas administrativas e fiscais”. Mas sem erigir esse critério num dogma, uma vez que a Constituição, como tem entendido o Tribunal Constitucional, não estabelece uma reserva material absoluta, impeditiva da atribuição aos tribunais comuns de competências em matéria administrativa ou fiscal ou da atribuição à jurisdição administrativa e fiscal de competências em matérias de direito comum. A existência de um modelo típico e de um núcleo próprio da jurisdição administrativa e fiscal não é incompatível com uma certa liberdade de conformação do legislador, justificada por razões de ordem prática, pelo menos quando estejam em causa domínios de fronteira, tantas vezes de complexa resolução, entre o direito público e o direito privado”.

(158) V. arts. 288.º, n.º 1, al. a), 493.º, n. 2, e 494.º, al. a), do CPC.

(159) Para o ponto da situação, com amplas referências jurisprudenciais, cfr. “*Informação de Jurisprudência*”, CJA n.º 24, pp. 61-63.

## §4. A Consagração da Teoria da *Faute du Service* no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Danos Decorrentes do Exercício da Função Administrativa

### 1. Preliminares

A importância de vínculos de responsabilidade numa democracia constitucional mostra que nunca existe, nem pode existir uma separação absoluta de poderes do Estado. Pelo contrário, entre as ideias mais resistentes do constitucionalismo está a de que os órgãos do poder, quaisquer que eles sejam, precisam de mecanismos que os tornem potencialmente responsáveis pelos seus actos<sup>(160)</sup>.

Neste particular, conforme assinala FAUSTO DE QUADROS, ao contrário do que acontece com os povos anglo-saxónicos, não se adequa muito à mentalidade dos povos latinos a ideia de que os cidadãos e as instituições são responsáveis e devem ser responsabilizados<sup>(161)</sup>.

É significativo, neste contexto, que o problema da responsabilidade assuma, em particular, contornos específicos no campo das actuações dos serviços públicos, designadamente quando a actuação administrativa não cumpre os *standards* de eficiência considerados exigíveis, no âmbito da actividade jurídica da administração.

---

<sup>(160)</sup> Em França, a jurisdição administrativa encontra-se inteiramente separada e independente da hierarquia dos tribunais judiciais, possuindo no seu topo um Conselho de Estado — órgão simultaneamente consultivo e jurisprudencial — Assim, as jurisdições administrativas francesas têm competência para a composição de litígios provenientes de actos de missão, de situações de *culpa do serviço* ou de cumulação desta com a *culpa do titular*, bem como de exercício do direito de regresso, sendo a competência das instâncias judiciais apenas residual.

<sup>(161)</sup> E prossegue o autor justificando a ideia de irresponsabilidade através da comparação com outros povos de matriz anglo saxónica: “É conhecido o rigor com que a responsabilidade de cada cidadão é encarada, mesmo no puro plano do direito privado, p. ex., no Reino Unido ou nos Estados Unidos (...) nesses e em alguns outros países, em qualquer estabelecimento comercial, do restaurante à mercearia, a gerência só não responde pelo extravio do guarda-chuva ou do impermeável do cliente, que este guardou no local adequado, vigiado ou não, se expressamente deixar anunciada, no próprio local, a exclusão da sua responsabilidade”. FAUSTO DE QUADROS — *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública* — 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 8.

Assim, demonstrando a falência dos modelos de imputação exclusivamente fundados num comportamento individual de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, a teoria da responsabilidade civil administrativa do Estado não pode ser compreendida sem apelo da figura — há muito conhecida entre nós<sup>(162)</sup> — da *faute du service*, seja por culpa anónima ou colectiva.

No quadro de uma administração pública moderna, através da qual cada funcionário se encontra inserido numa hierarquia de poder com competências delegadas e subdelegadas, é natural que cada um assuma obrigações de conduta perante outros, numa relação hierárquica complexa, em que o sujeito responsável fica sujeito, em permanência, a um poder de apreciação e valoração das suas condutas, segundo mecanismos institucionais que variam consoante a natureza do serviço<sup>(163)</sup>.

As situações de falha no serviço podem originar danos não susceptíveis de serem imputados a um comportamento de um qualquer agente administrativo, antes são consequência do mau funcionamento generalizado dos serviços administrativos, designadamente atrasos de resposta do serviço administrativo e omissões do dever de agir anónimos e não susceptíveis de serem individualizados.

O conceito de *faute du service* veio importado da jurisprudência francesa do Conselho de Estado e iremos abordar esta matéria

---

<sup>(162)</sup> Como ensinava CUNHA GONÇALVES na década de 50, a responsabilidade do Estado pode resultar, exclusivamente, duma culpa do serviço público. Não se trata de culpa de certos e determinados funcionários, mas sim de culpa anónima, consistindo num dos factos seguintes: a) má organização do serviço ou mau, tardio ou paralisado funcionamento dele; b) defeituosa instalação dum serviço ou mau estado dos locais administrativos; c) insuficiente conservação ou má qualidade do material utilizado pela administração. CUNHA GONÇALVES — *Tratado de Direito Civil*, Tomo I, vol. XIII, 1956, pp. 516-517 e 524. Em causa estão, por outras palavras, todos os danos derivados de factos de serviço, que envolvam negligências, omissões e erros habituais do serviço, e que, por esta circunstância, não podem ser imputados a culpa de certo e determinado funcionário, que não se decidiu a extirpar vícios de organização e abusos inveterados, quase tradicionais.

<sup>(163)</sup> Como é sabido, a lei orgânica divide o Governo em Ministérios que se subdividem em Secretarias de Estado (Decreto-Lei n.º 321/2009, de 11 de Dezembro); cada Secretaria de Estado tutela os serviços centrais, periféricos e regionais da Administração Central. As competências de cada Ministério vêm previstas em cada uma das leis orgânicas ministeriais.



no ponto 3. do presente cap. §4., onde faremos a devida análise dos acórdãos que mais se destacaram neste domínio.

A regra da culpa na responsabilidade civil administrativa é compensada pela presença de figuras capazes de imputar exclusiva e objectivamente, sem culpa, às entidades públicas o dever de indemnizar, ao menos no direito alemão.

No que se refere à responsabilidade civil da administração, uma das principais alterações introduzidas pela LRCEE foi a consagração legal da responsabilidade objectiva da administração pelo funcionamento anormal dos seus serviços, a qual há já muito tempo vinha sendo reclamada pela nossa doutrina<sup>(164)</sup>.

O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, ao fazer coincidir a responsabilidade objectiva da administração com a responsabilidade subjectiva do órgão ou agente, deixava de fora da sua consideração as situações de culpa do serviço.

Em certos casos de anormal complexidade das tarefas a prosseguir ou de variação constante de funcionários — se estivermos perante um sucessivo cúmulo de faltas leves — justificar-se-ia a imputação de responsabilidade por culpa leve, só que esta se encontrava excluída do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro<sup>(165)</sup>.

A opção clara na nova lei por um regime de responsabilidade objectiva e exclusiva das entidades públicas, que já era a da CRP, coloca a ordem jurídica portuguesa, a par da espanhola, num lugar à parte no contexto europeu pois que na generalidade dos países europeus, mesmo em França, a responsabilidade exclusiva e objectiva daquelas entidades não é a regra, o mesmo se verificando

---

<sup>(164)</sup> Nos casos em que não fosse possível determinar com precisão os órgãos e agentes responsáveis por acções ou omissões causadores de danos, não seria justo excluir a responsabilidade do Estado, ou imputar formalmente o facto danoso a este ou aquele funcionário. FREITAS DO AMARAL — *A Responsabilidade da Administração no Direito Português* in Separata da RFDUL, vol. XXV, 1973, p. 34.

<sup>(165)</sup> Cfr. MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA — *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas* — Conselho Económico e Social, Lisboa: 1997, pp. 26; Também para FREITAS DO AMARAL, a grande dimensão da administração pública e a complexidade das suas funções transformam muitas vezes uma sucessão de pequenas falhas desculpáveis, ou até de dificuldades e atrasos legítimos, num conjunto globalmente qualificável, *ex post*, como facto ilícito culposo. FREITAS DO AMARAL — *A Responsabilidade da Administração no Direito Português*, cit., p. 34.

quanto à responsabilidade extracontratual da UE pelos actos ou omissões das suas instituições e agentes praticados no exercício das suas funções<sup>(166)</sup>.

As considerações privatísticas do instituto da responsabilidade civil foram abandonadas em prol de considerações mais publicistas da obrigação de indemnizar por funcionamento anormal do serviço. Tal funcionamento presume-se ilícito nos casos de acções ou omissões que resultem na violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou ainda regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado, e ainda por incumprimento de deveres de vigilância, desde que, em qualquer dos casos, afectem direitos ou interesses legalmente protegidos. Esta presunção de ilicitude equivale a culpa leve.

O funcionamento dos serviços não pode depreender-se da violação de regras jurídicas, nem sempre presentes, ou da omissão de deveres de vigilância e de cuidado, nem sempre suficientes para evitar o dano. É por isso que a LRCEE nos fornece um critério de funcionamento anormal. Há, assim, funcionamento anormal quando atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos (art. 7.º, n.º 3)<sup>(167)</sup>.

O direito positivo português contempla assim, pela primeira vez, a *faute du service*<sup>(168)</sup>.

---

<sup>(166)</sup> Sobre a responsabilidade do Estado pelos danos causados no exercício da função política, p. ex., da função de condução das relações externas do Estado, quando a ilicitude se funde num acto jurídico e não num acto político. Ver nota-de-pé 132.

<sup>(167)</sup> Ainda antes da consagração legal da *faute du service*, já o constitucionalista GOMES CANOTILHO referia que o mau funcionamento dos serviços, para relevar em termos de responsabilidade civil por facto ilícito, deveria ser causa adequada de um dano individualizado, não bastando a sua configuração como uma violação da legalidade objectiva ou um incómodo para a colectividade em geral. GOMES CANOTILHO — *O Problema da Responsabilidade do Estado por Facto Lícito*, cit., pp. 74-75.

<sup>(168)</sup> Como nota de curiosidade, atente-se nos ensinamentos de CARLOS ALBERTO CADILHA que aponta duas modalidades de culpa no serviço: a culpa colectiva e a culpa anónima. A culpa colectiva abrangeria os casos em que os danos não podem ser directamente imputados ao comportamento concreto de um funcionário, mas resultam de uma actuação global que envolve uma responsabilidade dispersa por diversos sectores da administração pública. Já a culpa anónima englobaria as situações em que o dano é imputável à acção de um determinado funcionário, mas não é possível apurar a autoria pessoal do facto lesivo. Salvo o devido respeito, não vislumbramos grande utilidade nesta distinção, já que ambas

O esforço para objectivar o critério do funcionamento anormal do serviço permite aliviar o cidadão do ónus da prova. O cidadão não pode ser um técnico de manutenção e assistência dos serviços públicos.

A produção dos danos revela, em qualquer das circunstâncias, um funcionamento anormal do serviço, ou porque a lesão resulta de falhas imputáveis ao serviço globalmente considerado, ou porque foi um dos seus funcionários ou agentes que incorreu na violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado, apesar de não ter sido possível identificar o responsável<sup>(169)</sup>.

A presunção de ilicitude por *culpa leve* permite dispensar a prova da culpa do titular do órgão, funcionário ou agente, dado que em certos casos podia ser bastante penoso para o lesado<sup>(170)</sup>.

A responsabilidade objectiva no âmbito da função administrativa é directa e exclusivamente imputada às entidades públicas. Começou por ser exclusiva dos casos de responsabilidade por acto lícito e pelo risco, a exemplo da responsabilidade administrativa da dogmática francesa, mas alargou-se agora a casos de responsabilidade por acto ilícito.

A ilicitude dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes presume-se e atribui-se exclusivamente às entidades públicas mas poder-se-ia conceber a possibilidade de submeter à jurisdição administrativa os danos praticados em unidades privadas de saúde, sobretudo nos casos em que estas se encontrem sujeitas a um

---

as modalidades se referem ao mesmo tipo de lesão e conduzem ao mesmo resultado. CARLOS ALBERTO CADILHA — *Regime da Responsabilidade Civil da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit., p. 132.

<sup>(169)</sup> As duas hipóteses alternativas podem coexistir, como se processou no Ac. do Conselho de Estado, de 3 de Fevereiro, de 1911 (*Anguet*) que será analisado no cap. § 5. 2.

<sup>(170)</sup> Como lembra CARLA AMADO GOMES, o particular lesado é também contribuinte e com os seus impostos paga para que a máquina administrativa funcione sem falhas. Sucede que a maioria dos contribuintes acaba por ser duplamente prejudicada: não só paga os custos do mau funcionamento como tem de suportar indemnizações cobradas ao Estado por dano de funcionários com culpa leve ou de mau funcionamento dos serviços. CARLA AMADO GOMES (*A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito*) in *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, cit., p. 60.

regime onde avultem relevantes poderes de controlo pela administração pública<sup>(171)</sup>.

As dificuldades do conceito de responsabilidade começaram com a realidade da administração intervencionista concretizada através de uma rede de serviços públicos cada vez mais complexa, no quadro da prossecução das atribuições de uma pessoa colectiva pública repartida por diversos órgãos<sup>(172)</sup>.

Se o Estado Social oferece um serviço público adequado às necessidades então as considerações invocadas pela figura da responsabilidade devem deslocar-se para o terreno objectivo do dano sofrido pelo cidadão.

O regime jurídico que imputa as responsabilidades à administração pública permite servir o cidadão e cumprir uma das tarefas fundamentais do Estado de Direito Democrático, justamente a promoção do bem-estar e a qualidade de vida do povo<sup>(173)</sup>.

Acresce que à face da complexidade organizatória do actual serviço público nem sempre é possível esmiuçar a importância do contributo individual de cada agente ou funcionário para o dano<sup>(174)</sup>. A posição constitucional do utente-beneficiário só se satisfaz com a imputação directa da responsabilidade às entidades

---

<sup>(171)</sup> Como fica expresso no pensamento de ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, o dano que resulte da falha de um serviço hospitalar é de natureza bastante restrita, na hipótese de uma responsabilidade subjectiva, a administração e o lesante apenas respondem por danos resultantes de uma conduta deficiente, sendo os demais suportados pelo lesado. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ — *Responsabilidade Civil Extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 19

<sup>(172)</sup> A regra da administração pública portuguesa é a hierarquia, que é uma forma de desconcentração vertical (arts. 199.º, *d*) e 271.º, n.ºs 2 e 3, da CRP) in vide art. 267.º, n.º 2, da CRP), sem prejuízo das formas de desconcentração horizontal que decorrem da existência de órgãos administrativos independentes e de relações interorgânicas de coadjuvação, como a que ocorre entre o Primeiro-Ministro e os Ministros e os Secretários de Estado. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Direito Administrativo Geral*, Introdução e Princípios Fundamentais, Tomo I, 3.ª ed., Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008, p. 148.

<sup>(173)</sup> V. art. 9.º, alínea *d*), da CRP.

<sup>(174)</sup> A razão desta impossibilidade prende-se com a necessidade da função administrativa ser cometida a diversas pessoas colectivas além do Estado-administração, que se caracteriza pelo princípio da descentralização (art. 267.º, n.º 2, da CRP). MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Direito Administrativo Geral*, cit., p. 143.

públicas. A dificuldade do apuramento de responsabilidades individuais não se compadece com outra solução<sup>(175)</sup>. O mesmo requer a atenção devida ao cidadão no actual Estado Social. Daí a compreensível construção francesa da responsabilidade por *faute du service*, a única que é capaz de honrar a posição constitucional do cidadão utente ou beneficiário do serviço público perante a caracterização também constitucional do Estado Social.

A LRCEE consagra claramente a responsabilidade objectiva por funcionamento anormal do serviço, independentemente dos casos em que se possa provar culpa do titular do órgão, funcionário ou agente ou ilegalidade da actividade desenvolvida.

No entanto, a responsabilidade por funcionamento anormal do serviço não suprime a responsabilidade individual do titular do órgão, agente ou funcionário. A responsabilidade das entidades públicas não exclui necessariamente a solidariedade daqueles com as mesmas nem o direito de regresso contra o titular do órgão, funcionário ou agente.

No domínio da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço funciona uma presunção de ilicitude contra as entidades públicas e em termos exclusivos, isso não quer dizer que a consideração da culpa deva ser sempre irrelevante. E verificando-se dolo ou culpa grave do titular do órgão, funcionário ou agente, este é solidariamente responsável com o Estado e devem as entidades públicas proceder ao direito de regresso para não onerar o contribuinte.

O serviço público dispensa ao particular lesado a identificação e a prova da culpa do titular do órgão, funcionário ou agente para efeitos da demanda mas não é o pretexto para a impunidade do titular do órgão, funcionário ou agente que agiu com dolo ou culpa grave.

---

<sup>(175)</sup> No mesmo sentido, CHARLES EISENMANN, para quem a *faute du service* é uma manifestação organicista falseadora da realidade; uma ficção criada para compensar a dificuldade de provar a *faute de service* dos agentes. CHARLES EISENMANN — *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques* in *La semaine juridique*, 1949, I, 751, p.7 e CHARLES EISENMANN — *Cours de Droit Administratif*, II, Paris: LGDJ, 1983, p.834.

Logo que existe funcionamento anormal do serviço público, presume-se ilicitude da conduta das entidades públicas e só estas são demandadas, pelo que fica satisfeito desde logo o lesado.

Mas pode não ficar satisfeita a comunidade. E esta exige a responsabilidade solidária daqueles com o Estado e que as entidades públicas procedam ao direito de regresso contra o titular do órgão, funcionário ou agente que actuou com dolo ou culpa grave.

O direito de regresso contra o titular do órgão, funcionário ou agente contribui poderosamente para a melhoria de qualidade deste.

Na nossa opinião a LRCEE podia ter ido mais longe. Havendo responsabilidade solidária entre a administração e os funcionários ou agentes, devia consagrar-se aqui um dever de regresso da administração, e não apenas o seu direito de regresso, sempre que o agente tenha agido com culpa grave ou dolo.

Não nos parece que devam ser os contribuintes a suportar prejuízos resultantes de negligência grave ou de dolo eventual de funcionários ou agentes administrativos<sup>(176)</sup>. Só em caso de ausência de culpa ou em caso de culpa leve da parte destes não haveria dever de regresso da parte da administração.

Assim, a expressão ‘culpa grave’ ou ‘dolo’ deveria ser substituída por ‘ausência de culpa’.

O bom funcionamento do serviço passa pelo contributo do titular do órgão, funcionário ou agente. Ora, sabendo que o seu património está ao alcance do cidadão, pois que este as pode demandar, natural é que as entidades públicas, preventivamente, se esforcem por um serviço público qualificado. Em nossa opinião está em jogo a sobrevivência de princípios como o da prossecução do interesse público e da eficiência administrativa (arts. 266, n.º 1 e 267.º, n.º 2, todos da CRP)<sup>(177)</sup>.

---

<sup>(176)</sup> Neste sentido, o Estado deve dar o exemplo de boa gestão e agir com a diligência de um Estado que afirma ser o povo, que almeja coisas tão excelentes como a justiça, a segurança e o bem-estar. PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Pensar o Estado*, Coleção Erasmus, Ensaios e Monografias, Direito e Ciências Políticas, Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 98.

<sup>(177)</sup> Em posição diametralmente oposta, CARLA AMADO GOMES entende que a responsabilização directa do funcionário por qualquer falta poderia conduzir à paralisação da actividade administrativa. CARLA AMADO GOMES (*A Responsabilidade Civil Extracontractual*)

O princípio da igualdade exige que o benefício de todos não possa ser conseguido apenas à custa de alguns pelo que devem estes ser compensados e a única maneira de os compensar é fazê-lo à custa de todos, pois que todos beneficiam, responsabilizando directa e exclusivamente as entidades públicas, ou seja, socializando a responsabilidade. É uma exigência da justiça social<sup>(178)</sup>.

O Estado responde se existiu culpa do agente. A responsabilidade pessoal dos agentes existe se tiverem excedido os limites das suas funções ou se, no desempenho destas e por sua causa, tiverem procedido dolosamente. Caso em que o Estado responde também solidariamente.

A culpa do serviço deve ser apreciada em abstracto, atendendo ao padrão de comportamento médio que seria exigível nas circunstâncias do caso concreto<sup>(179)</sup>. Esta análise das circunstâncias está formatada para as situações em que o dano é atribuído a constrangimentos de ordem financeira ou escassez de outros recursos materiais e humanos que não sejam imputáveis ao serviço.

---

*tual da Administração por Facto Ilícito) in Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, cit., p. 60.*

<sup>(178)</sup> Neste sentido, TOCQUEVILLE tenta responder à seguinte questão: “porque motivo os povos democráticos revelam um amor mais ardente e duradouro pela Igualdade do que pela Liberdade?”. “Suponhamos que todos os cidadãos participam no governo e que cada um deles tem igual direito a fazê-lo. Nesse caso, como todos possuem os mesmos direitos, ninguém poderá exercer um poder titânico; os homens serão perfeitamente livres, porque inteiramente iguais e, perfeitamente iguais porque inteiramente livres. É para este ideal que tendem os povos democráticos”. ALEXIS TOCQUEVILLE — *Da democracia na América* (trad. de *de la démocratie en Amérique* por Jorge Carlos Correia Monteiro de Oliveira), Prefácio de José Carlos Espada, Cascais: *Principia*, 2007, p. 587.

<sup>(179)</sup> A propósito deste padrão de comportamento médio, entende MARGARIDA CORTEZ que ele engloba relatórios relativos a índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição, não sendo de excluir que se atenda a dados comparativos com serviços congéneres. MARGARIDA CORTEZ — *Responsabilidade Civil da Administração por Omissões*, CJA, n.º 40, p. 35.

## 2. O Contributo da Doutrina Francesa — *Faute de Service* e *Faute du Service*

A doutrina francesa distingue, no âmbito da responsabilidade da administração, entre as chamadas *faute du service (personnelle)* e *faute de service*<sup>(180)</sup>.

Como vimos, a produção dos danos revela, em qualquer das circunstâncias, um funcionamento anormal do serviço, ou porque a lesão resulta de falhas imputáveis ao serviço globalmente considerado, ou porque foi um dos seus funcionários ou agentes que incorreu na violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado.

Na primeira situação, estamos perante um caso de culpa do serviço, que é a culpa anónima e colectiva de uma administração desorganizada no seu conjunto, de tal forma que é difícil descobrir os seus verdadeiros autores; ou, na segunda situação perante um caso de *culpa de serviço*<sup>(181)</sup>, provocada por um agente nitidamente individualizado<sup>(182)</sup>.

Alguma doutrina francesa afirmava que tendo em conta que tanto num caso como noutro, a pessoa dos agentes é totalmente alheia ao debate jurídico da responsabilidade, esta distinção perderia relevância<sup>(183)</sup>.

Todavia, o regime da LRCEE consagra, como vimos, a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço e esta não suprime a responsabilidade individual em caso de dolo ou culpa grave do titular do órgão, agente ou funcionário<sup>(184)</sup>.

---

<sup>(180)</sup> YVES GAUDEMET — *Droit Administratif*, 19 édition, Paris: LGDJ, 2010, p. 155.

<sup>(181)</sup> Trata-se da noção de *faut personnelle* avançada por ANDRÉS DE LAUBADÈRE — *Traité de Droit Administratif*, 11ème édition, Paris, Tome I, LGDJ, 1990, p. 770.

<sup>(182)</sup> A culpa de serviço imputada a um funcionário que revele o seu lado humano com todas as suas falhas, paixões e imprudências. YVES GAUDEMET — *Droit Administratif*, cit., p.156.

<sup>(183)</sup> No nosso entendimento, não é necessário estabelecer a distinção entre as duas figuras na medida em que, em ambos os casos, a pessoa do agente administrativo fica totalmente alheia ao debate jurídico, ou seja, não responde pelos danos causados. No mesmo sentido, JEAN RIVERO (trad. de *Droit Administratif* por Rogério Ehrhardt Soares) Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 320.

<sup>(184)</sup> V. art. 8.º, n.º 1, da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro.



Deste modo, salvo melhor opinião, não é indiferente o grau de culpa do serviço para a LRCEE. Se a culpa for anónima a responsabilidade do Estado é exclusiva, se a culpa for identificável a um titular a responsabilidade do Estado já pode ser solidária.

Na realidade, seria de todo inconveniente que, em caso de dano praticado pelo agente no exercício de funções profissionais, a lei imputasse a responsabilidade exclusivamente ao agente, uma vez que, em caso de insolvência deste, o lesado ficaria impedido de recorrer à indemnização<sup>(185)</sup>.

### 3. A Influência da Jurisprudência Francesa na Densificação do Conceito de *Faute du Service*

A autonomização deste ponto deve-se a duas ordens de razões. Em primeiro lugar, ao carácter pioneiro do regime da responsabilidade civil extracontratual da administração, em França. Em segundo, pelo contributo inestimável do Conselho de Estado para o apuramento do conceito de *culpa no serviço*<sup>(186)</sup>, sobretudo pela interpretação que foi fazendo da chamada “garantia administrativa dos funcionários”, a qual constituiu importante obstáculo ao ressarcimento dos particulares por factos lesivos provocados por funcionários<sup>(187)</sup>.

Cronologicamente, vimos como até meados do séc. XIX vigorava o princípio da irresponsabilidade da administração. A responsabilidade civil da administração por danos não patrimoniais e não soberanos que fossem provocados por funcionários da administração efectivava-se na esfera jurídica individual do funcionário.

---

<sup>(185)</sup> PIERRE-LAURENT FRIER/JACQUES PETIT — *Précis de Droit Administratif*, 5.edition, Domat Droit Public, Paris: Montchrestien — Iextenso editions, 2008, p. 526.

<sup>(186)</sup> Conforme refere LAURENT RICHIER, o exercício da actividade administrativa pela administração implicará para esta a obrigação de pugnar pela boa gestão dos serviços e os particulares terão a prerrogativa de pedir satisfações sobre o funcionamento dos serviços. LAURENT RICHIER, *La faute du service dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris: Economica, 1978, p.7.

<sup>(187)</sup> YVES GAUDEMET — *Droit Administratif*, cit., p.157.

Neste sentido, a responsabilidade pessoal dos funcionários era fortemente limitada, já que era necessária autorização superior da administração para que esta pudesse ter lugar<sup>(188)</sup>. Era a designada “garantia administrativa dos funcionários”<sup>(189)</sup>.

A jurisprudência francesa vai começar a proceder à imputação dos factos lesivos à própria administração. O Ac. WALTER, de 10 de Fevereiro de 1843, refere que, as obrigações da polícia municipal em matéria de segurança são particularmente restritivas no que respeita a turistas quando o município tira um proveito substancial do turismo. Em contrapartida das vantagens que tira do turismo, o município que se apresenta como cidade costeira tem de tomar as providências apropriadas tendo em vista não prejudicar a segurança de todos os que frequentam as praias da localidade. Com efeito, o município poderia ser tentado a presumir que a criação de um serviço administrativo constituiria *per se* uma limitação da sua responsabilidade. A jurisprudência do Conselho de Estado recusou-se admitir essa possibilidade<sup>(190)</sup>. De facto, a partir do estágio jurídico em que o Conselho de Estado começa progressivamente a responsabilizar a administração pelos danos causados, em razão, p. ex., da insuficiência de meios, será densificado o conceito de *faute du service*<sup>(191)</sup>.

A primeira vez que se admitiu a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares, explicitamente, foi no

---

<sup>(188)</sup> Como refere ANDRÉS DE LAUBADÉRE, o art. 75.º da Constituição VIII consagra, para as acções civis e penais intentadas contra os funcionários da administração, um regime de autorização prévia do Conselho de Estado. ANDRÉS DE LAUBADÉRE — *Traité de Droit Administratif*, cit., p. 774.

<sup>(189)</sup> O instituto da garantia administrativa dos funcionários foi abolido por Decreto, em 19 de Setembro de 1870, MICHEL PAILLET — *La faute du service public en droit administratif français* (Préface de Jean-Marie Auby), Paris: Librairie Generale de droit et de jurisprudence, 1979, p.20.

<sup>(190)</sup> Tradução nossa. LAURENT RICHIER, *La faute du service dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, cit., p.52-54.

<sup>(191)</sup> A insuficiência de meios é uma falta, esta falta é apreciada com severidade, como demonstra o aresto de Santo André dos Alpes, de 18 de Junho de 1961. O Conselho de Estado decide que a administração local cometeu uma falha grave porque a bomba da bicicleta não funcionou devido a falha mecânica «essa falha, nas circunstâncias em que se produziu, não se ficou a dever a motivos de força maior e constitui só por si falha da administração local que deveria ter pugnado pelo bom estado de conservação do material. Essa obrigação da administração era uma obrigação de resultado». LAURENT RICHIER, *La faute du service dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, cit., p.57.

Ac. BLANCO (1873)<sup>(192)</sup>, deliberação judicial essa com antecedentes já no Ac. ROTSCCHILD (1855)<sup>(193)</sup>. Aqui se afirmara claramente que a responsabilidade da administração “não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, mas obedece a regras especiais”<sup>(194)</sup>. Depois, sucessivamente, assiste-se ainda por via jurisprudencial à admissão da responsabilidade por factos lícitos no Ac. COUITÉAS (1923)<sup>(195)</sup> e, em casos delimitados, na responsabilidade pelo fisco — Ac. CHAVAT (1943).

Em França, a doutrina que seguiu o Ac. PELLETIER (1873)<sup>(196)</sup> determinava que se um funcionário for processado perante os tribunais ordinários por uma acto culposo que na realidade apresenta as características de *culpa do serviço*, a administração tem a obrigação de assumir o prejuízo. Se o não fizer e se o tribunal, erroneamente, entender que há culpa pessoal e condenar o funcionário, ele tem direito de regresso perante a administração<sup>(197)</sup>.

---

<sup>(192)</sup> MICHEL PAILLET — *La faute du service public en droit administratif français*, cit., p. 24.

<sup>(193)</sup> MICHEL PAILLET — *La faute du service public en droit administratif français*, cit., p. 21-22.

<sup>(194)</sup> O célebre *Arrêt Blanco* do Tribunal de Conflitos, de 1 de Fevereiro de 1873, admitiu, fora da existência de lei especial e da administração privada, a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares por actos de gestão pública, praticados por pessoas que ele emprega no serviço público, afirmando ter essa responsabilidade *regras próprias*. Ficou consagrada, simultaneamente, a existência de uma responsabilidade civil administrativa independente de lei expressa, bem como a autonomia dessa responsabilidade perante a decorrente de normas privatísticas.

<sup>(195)</sup> O cidadão *Couitéas* foi reconhecido como proprietário de um terreno com 38.000 hectares na Tunísia e obteve aprovação judicial para expulsar os habitantes indígenas. No entanto, o governo francês recusou a assistência da ocupação militar com o argumento de que deveria avaliar as condições de execução da decisão judicial, nomeadamente do perigo para a ordem e segurança pública. *Couitéas* provou que foi lesado pelo Estado francês pelos prejuízos sofridos com a mora do auxílio militar que causou a perda total de utilização da sua propriedade.

<sup>(196)</sup> O cidadão *Pelletier* pediu a um tribunal para declarar ilegal a apreensão do jornal que pretendia publicar e que tinha sido feito ao abrigo da lei sobre o estado de sítio. Para tanto, pediu ainda a devolução de cópias apreendidas. O Conselho de Estado considerou que a decisão tomada pelo representante do poder público era ilegal mas que o vício residia no acto decisório e não no decisor. A partir desta decisão fica esclarecida a diferença entre culpa do serviço e culpa do titular. YVES GAUDEMET — *Droit Administratif*, cit., p. 156.

<sup>(197)</sup> JACQUELINE MORAND-DEVILLER — *Cours de Droit Administratif* (Cours Thèmes de Réflexion — Commentaires d’arrêts avec corrigés, 8ème edition, Paris: Montchrestien, 2003, pp. 752-753).

Esta jurisprudência demonstrou que nem toda a *culpa do serviço* implica necessariamente a obrigação de reparar. Os serviços só responderiam pela culpa grave<sup>(198)</sup>, salvo no que diz respeito a certas actividades como a da prevenção de riscos naturais<sup>(199)</sup>.

A jurisprudência do Conselho de Estado veio admitir que, em nome do interesse da vítima (autor da acção), uma mesma falha poderia cumular dois tipos de jurisdição: Judiciária (a falha pessoal do funcionário seria do conhecimento dos tribunais judiciais) e Administrativa (a falha do serviço seria da competência dos tribunais administrativos), conforme refere a decisão do Ac. LEMONNIER (1918)<sup>(200)</sup>.

Como vimos anteriormente, a produção dos danos pode revelar um funcionamento anormal do serviço (*faute de service*), ou violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado por um funcionário do serviço (*faute personnelle*). Estas duas falhas podem coexistir como sucedeu, pela primeira vez, no Ac. ANGUET (1911)<sup>(201)</sup>.

---

<sup>(198)</sup> A exigência de culpa grave nos serviços de luta contra incêndios, na responsabilidade médica dos serviços hospitalares, nas administrações fiscais, conforme refere JEAN RIVERO, cit., p. 323.

<sup>(199)</sup> O ac. LAFONT, de 1967 — C.E., 22 de Abril de 1967, A.J., p.308, refere que a culpa leve é suficiente para envolver a responsabilidade de uma comuna no domínio de polícia em caso de acidente de um esquiador numa pista aberta sem que as precauções necessárias tivessem sido tomadas. Existe um dever de informação consubstanciado na obrigação de comunicar os riscos aos quais os indivíduos administrados podem ser expostos: a advertência contra o risco de deslizamento de terra ou o risco de avalanches.

<sup>(200)</sup> Em 28 de Julho de 1951, a cidadã *Lemonnier* veio solicitar ao Conselho de Estado que responsabilizasse o Estado pelo acidente causado por uma bala perdida que a atingiu nas ruas de Estrasburgo. O Tribunal Judicial já tinha condenado o culpado ao pagamento de uma indemnização, mas desta feita o Conselho de Estado concluiu que o facto do acidente ter resultado da falta de um funcionário público encarregado de executar um serviço público, que é da natureza da falta cometida, não priva a vítima do direito de interpor acção contra a pessoa pública que tem a gestão do serviço para a reparação do dano. É necessário apenas que o juiz do tribunal administrativo investigue se houve uma anormalidade do serviço susceptível de envolver a entidade pública. Sobre o cúmulo dos dois tipos de responsabilidade. PIERRE-LAURENT FRIER/JACQUES PETIT — *Précis de droit administratif*, 5.edition, Domat Droit Public, Paris: Montchrestien — lextenso editions, 2008, p. 527; JACQUELINE MORAND-DEVILLER — *Cours de Droit Administratif*, cit., p. 753.

<sup>(201)</sup> O cidadão *Anguet* entrou numa estação de correios pouco tempo antes da hora de encerramento dos serviços. Logo que pretendeu abandonar as instalações, foi confrontado com o encerramento das instalações, tendo a porta sido trancada por alguns funcionários mesmo antes da hora oficial de encerramento dos serviços. Entretanto, queixou-

A consideração da violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado por um funcionário do serviço (*faute personnelle*) não implica que o funcionário seja ilibado por ter praticado a falha pessoal fora do exercício das suas funções profissionais, como é referido pelo Ac. LARUELLE (1951)<sup>(202)</sup>.

Por outro lado, se o funcionário pratica uma falha pessoal fora do exercício das funções profissionais, isso não significa que o Estado seja ilibado pelo funcionamento anormal de serviço que presta, conforme é referido pelos Acórdãos DELVILLE (1951)<sup>(203)</sup> e SADOUDI (1973)<sup>(204)</sup>.

---

-se a dois funcionários que acabaram por o agredir e atirá-lo brutalmente para fora do serviço de correios, pelo que concluiu o Conselho de Estado que este cidadão tinha o direito de pedir a compensação do Estado no valor de 20.000 francos pelos danos causados por culpa dos funcionários que exerceram a força, mas também pelo anormal funcionamento do serviço que encerrou antes do tempo regulamentar. Sobre a coexistência de dois tipos de culpa no acórdão referido, vide YVES GAUDEMET — *Droit Administratif*, cit., p. 159; JACQUELINE MORAND-DEVILLER — *Cours de Droit Administratif*, cit., p. 753.

<sup>(202)</sup> Em 28 de Julho de 1951, o cidadão *Laruelle* veio solicitar ao Conselho de Estado que lhe perdoasse a condenação do pagamento de 140.000 francos pelo dano que causou a terceiros no acidente que provocou quando era motorista de um veículo militar enquanto utilizava o veículo para fins pessoais. Argumentou que os funcionários do Estado não podiam ser responsáveis perante a comunidade pelas consequências lesivas da sua conduta profissional quando o dano tem origem numa falta pessoal cometida fora do exercício das funções profissionais. O Conselho de Estado recusou a pretensão e concluiu que o Estado é responsável pelo funcionamento anormal da instituição militar em solidariedade com o funcionário que praticou uma falha pessoal, não obstante esta ter sido praticada fora do exercício das funções profissionais. PIERRE-LAURENT FRIER/JACQUES PETIT — *Précis de Droit Administratif*, 5.edition, Domat Droit Public, Paris: Montchrestien — lextenso editions, 2008, p. 527; JACQUELINE MORAND-DEVILLER — *Cours de Droit Administratif*, cit., p. 754.

<sup>(203)</sup> Em 28 de Julho de 1951, o cidadão *Delville* veio solicitar o reembolso da totalidade da dívida (170.000 francos) em que veio condenado pelo acidente causado enquanto motorista do camião da administração estatal, na medida em que conduzia em estado de embriaguez, tendo ficado provado ainda que o acidente se deveu em parte às más condições do veículo. O Conselho de Estado rejeitou a pretensão, admitindo apenas o direito de regresso no valor de 80.000 francos porque o Estado teria de ser responsável pelo funcionamento anormal do serviço administrativo, pelo que coexistiriam dois tipos de falhas (pessoal e serviço) e a responsabilidade foi considerada solidária. Para melhor compreensão, vide PIERRE-LAURENT FRIER/JACQUES PETIT — *Précis de droit administratif*, 5.edition, Domat Droit Public, Paris: Montchrestien — lextenso editions, 2008, p. 529; JACQUELINE MORAND-DEVILLER — *Cours de Droit Administratif*, cit., p.754.

<sup>(204)</sup> Um polícia fora das suas funções profissionais mata acidentalmente um dos seus colegas na manipulação da sua arma. Este acidente não pode ser considerado como desprovido de qualquer conexão com o serviço. A existência de armas deve-se à exigência

A jurisprudência do Conselho de Estado veio evoluindo no sentido de considerar o Estado solidariamente responsável mesmo em caso extremo de falha pessoal do funcionário cometida fora do exercício das funções profissionais, sem que tenha havido qualquer responsabilidade directa do Estado no funcionamento anormal do serviço prestado, conforme é referido pelo Ac. DELLE MIMEUR (1949)<sup>(205)</sup>.

#### 4. A Teoria da *Faute du Service* na Jurisprudência Portuguesa

Os dados legais em matéria de responsabilidade civil administrativa não podem hoje ser interpretados à margem da jurisprudência comunitária<sup>(206)</sup>. É bem sabido — e a extraordinária ressonância destes acórdãos na doutrina é disso testemunha — que as decisões jurisdicionais proferidas nos casos *Francoovich* e *Brasserie du pêcheur/Factortame* (num entendimento confirmado por

---

da manutenção da paz e ordem pública, por outro lado, a força das armas de fogo representa um perigo para terceiros mesmo quando o agente está fora de serviço. Por estas razões, a comunidade tem de assumir a responsabilidade pública pelo prejuízo causado pelas armas de fogo dos polícias.

<sup>(205)</sup> Em 18 de Novembro de 1949, a cidadã *Mimeur* veio solicitar ao Conselho de Estado que condenasse o Estado pelo acidente provocado por uma carrinha militar que a atropelou, sendo certo que o motorista da carrinha foi o único responsável directo por todas as circunstâncias do acidente. O motorista estava a conduzir a carrinha fora das suas funções profissionais e não houve qualquer responsabilidade susceptível de imputar ao serviço público globalmente considerado (mecânica da carrinha, etc.). A verdade é que o Conselho de Estado decidiu que o Estado deveria ser solidariamente responsável por este acidente. PIERRE-LAURENT FRIER/JACQUES PETIT — *Précis de Droit Administratif*, 5.ª edição, Domat Droit Public, Paris: Montchrestien — lextenso editions, 2008, p. 527; JACQUELINE MORAND-DEVILLER — *Cours de Droit Administratif*, cit., p. 753.

<sup>(206)</sup> Como aliás é percebido por autores como DIOGO FREITAS DO AMARAL, que coteja longamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça, sublinhando a relevância para o problema em apreço do acórdão *Brasserie du pêcheur/Factortame*, que firmou no direito comunitário jurisprudência, no sentido da responsabilidade dos Estados-membros por actos legislativos praticados no âmbito da transposição de directivas. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL — *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão de Medidas Legislativas — o caso Aquaparque* in RDES, Agosto-Dezembro, 2000, Ano XLI (XIV da 2.ª série) n.ºs 3 e 4, pp. 380-381.

acórdãos mais recentes) representaram um ponto de não retorno, não apenas para a evolução do Direito Comunitário, mas também para o tema da responsabilidade civil dos estados por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa<sup>(207)</sup>.

Sucedede que, a compreensão completa das coordenadas normativas do sistema da responsabilidade civil administrativa impede que se atenda apenas ao direito legislado, sendo fundamental tomar em consideração a leitura jurisprudencial dos textos constitucionais e legais neste domínio (ainda que se saiba que, na prática, a responsabilidade civil administrativa não é frequentemente accionada em tribunal)<sup>(208)</sup>.

Ora, como ficou expressamente demonstrado no anterior ponto do nosso trabalho, o ordenamento jurídico da responsabilidade civil administrativa foi fortemente influenciado pela construção jurisprudencial francesa. Aliás, como não podia deixar de ser, a influência começou por se fazer notar no regime da responsabilidade civil do Estado em França<sup>(209)</sup>.

Em Portugal, a afirmação da jurisprudência na construção do regime jurídico português da responsabilidade civil administrativa pode, à primeira vista, causar alguma estranheza<sup>(210)</sup>.

<sup>(207)</sup> V. art. 15.º, da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro.

<sup>(208)</sup> Sublinhando justamente a indiferença e a insensibilidade geral da administração e dos lesados pela problemática da responsabilidade civil do Estado, FAUSTO DE QUADROS — *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 11.

<sup>(209)</sup> Analisando exaustivamente o papel da jurisprudência e da doutrina francesas neste domínio, MARYSE DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du Droit de la Responsabilité Administrative*, Paris: LGDJ, 1994.

<sup>(210)</sup> Basta lembrar que MARCELLO CAETANO, na primeira ed. do Manual de Direito Administrativo, no longínquo ano de 1937, se interrogava sobre a admissibilidade da fundação do instituto da responsabilidade à margem da lei, justificando a dúvida pelo facto de uma das características do nosso Direito Público, diversamente do que sucede em França, é o provir da lei e não da jurisprudência dos tribunais administrativos. MARCELLO CAETANO — *Manual de Direito Administrativo*, 1.ª ed., Lisboa: Empresa Universidade Editora, 1937, p. 620. MANUEL DE ANDRADE, nos anos cinquenta e sessenta, reafirma a mesma ideia, insistindo que só se pode admitir a Responsabilidade Civil do Estado “até onde seja possível deduzi-la dos textos legais existentes, porquanto o nosso Direito Administrativo é um direito legal e não jurisprudencial, não competindo aos nossos tribunais, neste domínio como em qualquer outro, os poderes pretorianos de que tão largo uso tem feito o Conselho de Estado francês. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 3.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1966, p. 140.

A verdade, porém, é que a pobreza de casos de jurisprudência<sup>(211)</sup> deu lugar à elevação da jurisprudência a um dos pilares do instituto português da responsabilidade civil administrativa, visto que, embora os casos jurisprudenciais sejam em número relativamente reduzido, os tribunais portugueses, em importantes acórdãos, têm contribuído decisivamente para a evolução do instituto e para a realização de uma verdadeira transição normativa do sistema<sup>(212)</sup>.

Efectivamente, em virtude do labor da nossa jurisprudência, o Direito português em matéria de responsabilidade civil administrativa não estagnou em 1967<sup>(213)</sup>. Pelo contrário, os nossos tribunais souberam, paulatinamente, forjar novas soluções, conse-

---

<sup>(211)</sup> A LRCEE entrou em vigor apenas em Janeiro de 2008 (Cfr. art. 6.º, da lei que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas). Essa circunstância impede-nos de identificar a actuação dos tribunais administrativos em matéria de responsabilidade civil administrativa, ou seja, da interpretação que foram fazendo da LRCEE. Devemos, no entanto, deixar nota do considerando de FAUSTO DE QUADROS sobre o facto de a jurisprudência se limitar até então a quase sempre remeter comodamente para a doutrina e jurisprudência civilistas, o que, em muitos casos distorce por completo os fundamentos do instituto da responsabilidade civil do Estado. FAUSTO DE QUADROS — *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, cit., pp. 19-20.

<sup>(212)</sup> Cfr. J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração em Portugal*, in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 47.

<sup>(213)</sup> Neste sentido, saliente-se a posição do Tribunal Constitucional, que não considerava inconstitucionais as normas do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967 (arts. 2.º e 3.º), que afastam a responsabilidade extracontratual dos funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, a título de mera culpa e não de dolo, ver os seus Acórdãos n.º 236/2004, de 13-IV-2004, e n.º 5/2005, de 5-I-2005 (in «Diário da República», II Série, respectivamente, n.º 131, de 4 de Junho de 2004, e n.º 75, de 18 de Abril de 2005). Entre outros argumentos, afirmou o tribunal que o conteúdo útil da responsabilidade solidária do art. 22.º, da CRP, inclui a responsabilidade do Estado mesmo nos casos em que os agentes também sejam obrigados a indemnizar; e, ainda, que a responsabilidade pessoal dos agentes ou funcionários da administração (art. 271.º, da CRP) não está dependente da culpa. Na verdade, o legislador pretendeu assegurar que a imputação da responsabilidade ao funcionário ficasse dependente de prévia autorização administrativa, como acontecia antes da Constituição de 1976. Em sentido diametralmente oposto, MARIA JOSÉ MESQUITA entende que a entrada em vigor da LRCEE permitiu pôr a descoberto a inadequação e a inconstitucionalidade superveniente do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967. MARIA JOSÉ MESQUITA — *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia* — Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 9.



guindo em larga medida adoptar o texto do Estado Novo aos sinais dos tempos.

Assim, no âmbito da responsabilidade civil administrativa, assistiu-se, designadamente, à substituição do critério do bom pai de família por um critério de apreciação da culpa mais consentâneo com a realidade administrativa, à importação da figura da *faute du service*, à afirmação de uma presunção de culpa nos casos em que os danos causados por actos administrativos ou normas regulamentares ilegais, à substancial reinterpretção do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, e à aceitação de pedidos de indemnização sob a forma de reconstituição natural<sup>(214)</sup>.

Com efeito, a linha jurisprudencial que nos propomos tratar relaciona-se com a importação da figura da *faute du service* pelos nossos tribunais, sobretudo, a maneira como foram interpretando o conceito até à entrada em vigor da LRCEE<sup>(215)</sup>.

Quando um acidente rodoviário provocado pela queda do veículo automóvel no buraco de uma caixa de saneamento de águas que se encontrava na estrada destapado e sem sinalização local com vedação, barreiras ou fitas sinalizadoras da existência do buraco, provocou o chamamento do Estado à demanda para responder pelo dano em sede responsabilidade civil extracontratual, o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto julgou a acção parcialmente procedente e condenou a Câmara Municipal do Porto a pagar ao autor uma indemnização pelo incumprimento dos deveres de vigilância (omissão)<sup>(216)</sup>.

---

<sup>(214)</sup> Os próprios tribunais judiciais, confrontados com os desafios suscitados pelo art. 22.º da CRP, souberam construir critérios de decisão de casos concretos que, em larga medida, desfizeram o mito tradicional da irresponsabilidade civil do Estado por danos resultantes do exercício das funções administrativa, político-legislativa e jurisdicional.

<sup>(215)</sup> A LRCEE só entrou em vigor em Janeiro de 2008, pelo que não é ainda possível detectar a forma como os tribunais administrativos têm aplicado a figura da *faute du service*, tendo em conta que só muito recentemente esta matéria passou a pertencer à sua jurisdição.

<sup>(216)</sup> Processo n.º 606/09-12 (Ac. do STA, de 23 de Setembro de 2009), consultado em 2 de Fevereiro de 2010, através do sítio da internet disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/847866ae6c7bb4a7802576420053e123?OpenDocument&Highlight=0.presun%C3%A7ao.de.culpa.onus.da.prova.sinaliza%C3%A7ao.da.via>.

Ora, não tendo sido possível imputar esta situação de omissão dos deveres de vigilância a um funcionário certo e determinado, mas ao funcionamento anormal do serviço público, havia que recorrer às disposições do Código da Estrada conjugadas com as do CC que impunham à Câmara Municipal a obrigação de diligenciar pela circulação segura de veículos e peões no local do acidente, promovendo uma fiscalização eficaz das condições da via, o que passava por verificar a correcta colocação das tampas nas caixas de saneamento.

Sucedendo que, logo que o Estado Português recorreu e o caso chegou ao STA, este entendeu que se aplicava ao caso a presunção de culpa estabelecida no art. 493.º, do CC, tendo em conta que a Ré se encontrava legalmente obrigada a tomar todas as medidas de fiscalização que se afigurariam eficazes para prevenir o sinistro, devendo o acidente estar relacionado com essa omissão do dever de vigilância que provocou danos a terceiro.

Esta presunção de culpa foi a forma como os tribunais comuns lidaram com as situações de responsabilidade do Estado por facto ilícito, em caso de funcionamento anormal do serviço público devido a dano provocado por funcionário indeterminado.

## § 5. Conclusões

Terminando este excurso da *Responsabilidade Civil Administrativa do Estado* cabe formular as conclusões que se afiguram pertinentes em face da exposição proposta.

O fenómeno da cosmopolitização do Direito Administrativo traduz-se na proliferação do Direito Europeu Comunitário, através da existência de estruturas de carácter supra nacional e de integração europeia, que determinaram a internacionalização do Direito Administrativo ao nível das fontes de direito comunitário legislativo — Regulamentos e Directivas que gozam de aplicabilidade directa e efeito directo — jurisprudencial (acórdãos do TJC) e princípios gerais do Direito Comunitário. Estes últimos, tratando-se de

princípios gerais da actividade administrativa, foram acolhidos pelo TJC e ganharam grande relevo nos últimos anos.

Esta internacionalização do Direito Administrativo ganhou também contornos ao nível das organizações e tratados internacionais, pelo que nomearíamos alguns exemplos de globalização da actividade administrativa, designadamente nos litígios entre estados membros da UNCLOS (1982) que se tornaram famosos pelas decisões jurídico-administrativas que diziam respeito a interesses directos dos particulares na relação com a administração, entretanto tomadas no plano do direito internacional que tiveram efeito directo no direito interno de cada estado membro sem que a ordem jurídica interna de cada estado tenha sido chamada para a resolução desse litígio.

Assim, a forma como o Direito Administrativo se alastrou não implica que sofra um tratamento dogmático que o aproxime da denominada «*europaização*» (em voga nos finais do séc. XX), uma vez que a expressão correcta para o fenómeno da referida internacionalização é o de «*cosmopolitização*», que permite abarcar a actividade administrativa de organizações internacionais intercontinentais e extracomunitárias.

Feita a contextualização da dimensão espacial da actividade administrativa foi possível proceder ao enquadramento do instituto da *Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*, tendo em devida conta a sua evolução histórica e o modo como se desenvolveu ao longo dos tempos.

Assim, as diferentes concepções do princípio da separação de poderes nas revoluções liberais dos sécs. XVIII e XIX mostram dois modelos distintos.

Na sequência do *Tratado de Vestefália (1648)* assinado quando o Sacro Império Romano-Germânico foi derrotado na célebre guerra dos trinta anos, os estados alemães passaram a ter o poder de escolher o seu próprio caminho económico, político e religioso.

Ora, a circunstância de se atribuir soberania no domínio das relações internacionais a pequenos territórios localizados teve o condão de gerar guetos de poder naquilo a que chamaria de *micro estados administrativos*.

Neste âmbito, o Direito Administrativo evoluiu pelos diferentes territórios numa lógica de administração bicéfala, tanto senhorial como estatal, em geral submetidas à jurisdição dos tribunais do império, embora houvesse norma de excepção para o senhor feudal sempre que o litígio o envolvesse a si contra qualquer súbdito.

Com efeito, estas circunstâncias históricas permitiram que na transição do Estado de Policia para o Estado Liberal o modelo alemão apresentasse já um Estado forte do ponto de vista do seu autocontrolo, sobretudo nas regiões do sul da Prússia, ao nível da jurisdição do Direito Administrativo, tanto que a preocupação maior nessa altura era criar tribunais próprios que fiscalizassem a actuação da administração no quadro de uma verdadeira independência entre o poder executivo e o poder judicial.

Quanto ao modelo francês, não existe uma verdadeira separação de poderes entre tribunais e administração porque as soluções da Revolução Francesa no séc. XVIII tiveram o condão de alterar uma realidade monárquica absolutista, em que o rei é o administrador e julgador, tendo os revolucionários franceses achado suficiente que se criasse um Conselho de Estado que tivesse por missão julgar os litígios administrativos e a própria actuação da administração mas que, no limite, estariam sujeitos a homologação do Chefe de Estado.

Deste modo, em sentido diametralmente diverso do que aconteceu na Alemanha, a verdadeira independência dos tribunais administrativos em França acabará por nascer bastante mais tarde, na sentença do Conselho Constitucional de 1980.

Na Alemanha, a *Responsabilidade Civil Administrativa do Estado* foi consagrada pelo art. 131.º da Constituição de Weimar que veio completar o § 839 do BGB, o qual estabelece a responsabilidade pessoal dos agentes do Estado. Posteriormente, esta norma foi concretizada pelo art. 34.º GG. Apenas em 1981 foi aprovada a *Staatshaftungsgesetz* que, todavia, viria a ser declarada inconstitucional pelo *Bundesverfassungsgericht* mantendo-se até hoje um vazio da legislação federal nesta matéria.

Para além dos limites pessoais da responsabilidade, o art. 34.º da GG traça também os limites objectivos da responsabilidade do Estado de modo diferente do previsto no § 839 do BGB para a res-

ponsabilidade do funcionário. Enquanto esta última disposição tem aplicação no caso de ocorrer qualquer violação de um dever de serviço, o art. 34.º da CG prevê, por seu turno, a responsabilidade do Estado apenas quando a violação tenha tido lugar no exercício de uma função pública, restringindo, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado às hipóteses de actividade autoritária.

Na conjugação dos arts. 34.º e 839, o Estado fica constituído no dever de reparar os danos causados a terceiros, quando alguém, no exercício das suas funções, viole culposamente, no âmbito da actividade autoritária do Estado, o dever de função que lhe incumbe perante o lesado. Essa responsabilidade é, no entanto, subsidiária quando, no caso de existir mera negligência por parte do autor material do facto ilícito, o lesado puder dirigir-se a um terceiro para obter a reparação dos danos (art. § 839, n.º 1, do BGB). Assim, não haverá obrigação de ressarcimento quando o lesado tiver, por força de lei (segurança social) ou por força de contrato (contrato de seguro), uma pretensão atendível, em confronto com um terceiro, ao ressarcimento do dano sofrido. Se o lesado, com culpa, não acciona esta via já não pode pretender do funcionário ou do Estado o ressarcimento dos danos.

A noção de responsabilidade do Estado, tal como hoje a entendemos, deve muito à separação dos poderes legislativo, executivo e jurisdicional, que possibilitou a existência de um poder limitado e subordinado pela constituição.

A partir da implantação do Estado moderno, constitucionalmente baseado na divisão de poderes, tornou-se possível desenvolver a ideia da responsabilidade civil da administração pública. Efectivamente, à medida que esta foi alargando a sua intervenção, numa sociedade em permanente transformação, e que os direitos individuais dos cidadãos foram ganhando maior expressão face ao Estado e a outras entidades pública, começou a surgir e a impor-se um novo corpo de regras jurídicas — O Direito Administrativo.

A evolução portuguesa do regime da responsabilidade do Estado demonstra que antigo Direito português assentava na irresponsabilidade do Estado até à CRP de 1822, onde passou a ser referida a responsabilidade dos funcionários públicos pelos danos ilícitos cometidos no exercício das suas funções.

A reforma levada a cabo pela Decreto-Lei n.º 19126, de 16 de Dezembro de 1930, tornou o Estado solidariamente responsável pelos danos ilícitos praticados por funcionários.

O projecto do CC de 1967 pretendeu excluir a matéria que apresentasse relevo público-administrativo, por isso consagrou pela primeira vez disposições aplicáveis à responsabilidade civil administrativa extracontratual por actos de gestão privada, deixando para lei especial o regime da responsabilidade civil extracontratual por actos de gestão pública.

Neste contexto, a jurisprudência foi ancorando no art. 22.º, da CRP, a faculdade de exigir uma indemnização de prejuízos causados por qualquer acção funcional do Estado, por actos relativos à função jurisdicional e legislativa.

A discussão jurídica foi prosseguindo de modo não inteiramente concordante, chegando a colocar-se a questão de saber se o art. 22.º, da CRP, compreendia a responsabilidade civil por actos lícitos e ilícitos e a responsabilidade civil objectiva do Estado.

O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado foi, durante décadas, regulado, essencialmente, pelo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967 e por algumas normas do CPP. Considerava-se que abrangia apenas os actos integrados na função administrativa do Estado.

A responsabilidade emergente pelos danos causados no exercício da função administrativa surgiu originariamente como responsabilidade subjectiva, assim designada por envolver um juízo de censura sobre o comportamento do causador do prejuízo que, podendo e devendo ter optado por outra conduta, escolheu aquela que era censurável e potencialmente danosa.

A responsabilização assenta nas ideias de ilicitude e de culpa.

Começando pela ilicitude, esta consiste numa acção ou omissão violadora de princípios e regras constitucionais, legais ou regulamentares; de regras técnicas; de deveres objectivos de cuidado (art. 9.º, n.º 1); ou resultante do funcionamento anormal do serviço (art. 7.º, n.º 3).

A responsabilidade objectiva do Estado pelo funcionamento anormal do serviço consagrou legalmente a figura francesa da *faute du service*.

Quanto à culpa, esta decorre de um comportamento adoptado com diligência ou aptidão inferiores aquelas que fosse razoável exigir, no caso, a um titular de órgão administrativo, funcionário ou agente zeloso e cumpridor, com base nos princípios e regras jurídicas relevantes (art. 10.º, n.º 1).

A culpa pode revestir duas modalidades:

I) Culpa grave, mais séria, quando o autor da conduta ilícita haja actuado com dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àquele a que se encontrava obrigado em razão do cargo (art. 8.º, n.º 1);

II) A culpa leve, menos séria, não está definida na lei, ocorrendo quando o autor da conduta ilícita haja actuado com diligência e zelo inferiores, mas não manifestamente inferiores, aqueles a que se encontrava obrigado.

Uma previsão alargada da responsabilidade pelo risco é uma consequência irrenunciável da natureza intervencionista do Estado Social actual.

O regime da responsabilidade pelo risco é o da responsabilidade directa, exclusiva e objectiva das entidades públicas. Os danos pressupostos da responsabilidade pelo risco decorrem de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos (art. 11.º, n.º 1).

A responsabilidade do Estado pelo risco só deixa de ser exclusiva dele passando a ser solidária com a de terceiro se este contribuiu culposamente para a produção ou agravamento dos danos, mantendo o Estado e aquelas entidades direito de regresso se indemnizou o lesado (art. 11.º, n.º 2). Esta garantia, que corresponde a uma solução fortemente garantística dos lesados, deve ser interpretada em sentido restrito, implicando a confirmação, no caso concreto, de um certo grau de anormalidade do dano, pressuposto do carácter especialmente perigoso da actividade, coisa ou serviço administrativo, que, nessa medida, há-de ser também causa dos danos produzidos.

A culpa continua a ser apresentada como a trave mestra do sistema de responsabilidade civil.

Os autores destacam, a propósito, uma evolução mais recente ainda, materializada na inexigibilidade de qualquer nexo de causalidade entre o indivíduo não culpado e o dano provocado, bastaria, assim, o benefício da actividade que originou a produção do dano.

O ciclo fechar-se-ia, assim, com a responsabilidade pelo risco e a conexas questão da repartição colectiva dos danos ou da distribuição social do risco.

Acontece que o campo da responsabilidade pelo risco na responsabilidade que incumbe (ou devia incumbir) ao Estado é bastante vasto e pode compreender uma multiplicidade de situações danosas que nem sempre se situa no campo das intervenções ilícitas, designadamente o caso dos serviços técnicos do Estado.

Na realidade, existem repartições que oferecem maior risco em função das relações laborais que os funcionários realizam. Daí que seja necessário, como vimos, avaliar a dimensão do dano praticado pelo funcionário antes de tratar da graduação da sua culpa (leve ou grave), uma vez que certos serviços têm por natureza um objecto de actividade mais perigosa e que oferece mais riscos, como p.ex., serviços policiais de protecção contra avalanches na neve; serviços de protecção civil contra incêndios, serviços de segurança, ou, serviços hospitalares, onde uma culpa leve poderá provocar um dano com dimensão maior do que a culpa grave de um funcionário num serviço da administração fiscal.

A hipótese de existir uma responsabilidade permanentemente objectiva surgiu com a industrialização alemã, designadamente com a autonomização da concepção objectiva da responsabilidade por via legislativa. Com efeito, a par dos §§ 823, 833 I e 835, surgiram diversas leis materializadoras de soluções objectivas ou objectizantes, nomeadamente no âmbito do direito dos transportes, desde as sucessivas leis de transporte ferroviário (da prussiana Lei de 1838 até à Lei alemã de 1871), passando pela Lei Automóvel, de 3 de Maio de 1909. De qualquer modo, tratava-se de assumir a valia do princípio comum de que quem cria ou mantém uma fonte de perigo deve indemnizar os danos que se compreendem tipicamente nesse círculo de perigosidade.

Pensando no enquadramento legal da segunda metade do séc. XX, embora o BGB não disponha de nenhuma cláusula geral



respeitante à imputação da responsabilidade civil pela prática de actividades perigosas, existem, todavia, diversos exemplos de legislação extravagante que adopta soluções de imputação objectiva no contexto do exercício de actividades perigosas, designadamente, o Código da Estrada, de 19 de Dezembro de 1952; a Lei da Responsabilidade Civil de 4 de Janeiro de 1978; a Lei da Responsabilidade do Produtor, de 15 de Dezembro de 1989; ou ainda as Leis de Engenharia Genética e da Responsabilidade por Danos Ecológicos, respectivamente de 20 de Junho e de 10 de Dezembro de 1990.

Um vector importante no posicionamento jurisprudencial alemão face à responsabilidade objectiva prende-se com o gradual incremento da exigência imposta na elisão das presunções de culpa, *maxime* na consagração da conduta diligentíssima, sobretudo no exercício de actividades perigosas.

Em França, na passagem do séc. XIX para o séc. XX, vários autores apelaram à ideia de *risque-crée*, assumindo a relevância de uma tolerância controlada da actividade perigosa, em manifesto desvio ao até aí incontestado sistema da *faute du service*.

No Direito Público é frequente distinguirem-se três domínios de aplicação do princípio da responsabilidade do Estado: a responsabilidade civil do Estado por danos causados no âmbito das suas funções; a responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos e a responsabilidade política destes titulares.

A reforma do Decreto-Lei n.º 48051/67, de 21 de Novembro, teve o condão de regular uma matéria que assenta numa relação jurídica não exclusivamente entre sujeitos de natureza privada colocados numa posição de paridade, mas de natureza diversa *maxime* pública e privada, onde a vaga de interesses controvertidos pode superar as relações estritamente privadas.

A responsabilidade das pessoas colectivas públicas, seus órgãos, agentes ou representantes pelos actos de gestão pública, matéria de que a lei civil foi expurgada — constitui objecto de diploma especial e encontra hoje assento directo na LRCEE (art.1.º, n.º 2), para além de isso já resultar do texto constitucional (arts. 22.º e 271.º, da CRP), o qual tantas dúvidas levantou em rela-

ção à inconstitucionalidade superveniente do Decreto-Lei 48051, de 21 de Novembro.

Mas, mais do que isso, o regime da responsabilidade civil administrativa por actos de gestão privada parece definitivamente confinado ao âmbito de aplicação da LRCEE e, conseqüentemente, à jurisdição dos tribunais administrativos, já que o art. 1.º faz corresponder a responsabilidade civil do Estado pela função administrativa a todos os actos e omissões regidas por princípios de direito administrativo.

O ETAF consagrou o critério objectivo da natureza da entidade demandada ou seja, sempre que o litígio envolva uma entidade pública, por lhe ser imputável o facto gerador do dano, esse litígio deve ser submetido à apreciação dos tribunais administrativos.

Neste sentido, pretendeu-se que a jurisdição administrativa passasse a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de Direito Público, independentemente de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado.

Assim, é com grande surpresa que se verifica que continuam a ser suscitadas nos tribunais questões de (in)competência em razão da matéria, podendo referir-se o entendimento de alguns tribunais judiciais (de 1.ª instância e da Relação), recuperando os conceitos de gestão privada/gestão pública como critérios de delimitação da competência material nas acções de responsabilidade.

A teoria da responsabilidade civil administrativa do Estado não pode ser compreendida sem apelo da figura — há muito conhecida entre nós — da *faute du service*, seja por culpa anónima ou colectiva.

No quadro de uma administração pública moderna, através da qual cada funcionário se encontra inserido numa hierarquia de poder com competências delegadas e subdelegadas, é natural que cada um assuma obrigações de conduta perante outros, numa relação hierárquica complexa, em que o sujeito responsável fica sujeito, em permanência, a um poder de apreciação e valoração das suas condutas, segundo mecanismos institucionais que variam consoante a natureza do serviço.

As situações de falha no serviço podem originar danos não susceptíveis de serem imputados a um comportamento de um qualquer agente administrativo, antes são consequência do mau funcionamento generalizado dos serviços administrativos, designadamente atrasos de resposta do serviço administrativo e omissões do dever de agir anónimos e não susceptíveis de serem individualizados.

O conceito de *faute du service* veio importado da jurisprudência francesa do Conselho de Estado.

No que se refere à responsabilidade civil da administração, uma das principais alterações introduzidas pela LRCEE foi a consagração legal da responsabilidade objectiva da administração pelo funcionamento anormal dos seus serviços, a qual há já muito tempo vinha sendo reclamada pela nossa doutrina.

O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, ao fazer coincidir a responsabilidade objectiva da administração com a responsabilidade subjectiva do órgão ou agente, deixava de fora da sua consideração as situações de culpa do serviço.

Em certos casos de anormal complexidade das tarefas a prosseguir ou de variação constante de funcionários — se estivermos perante um sucessivo cúmulo de faltas leves — justificar-se-ia a imputação de responsabilidade por culpa leve, só que esta se encontrava excluída do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro.

A opção clara na nova lei por um regime de responsabilidade objectiva e exclusiva das entidades públicas, que já era a da CRP, coloca a ordem jurídica portuguesa, a par da espanhola, num lugar à parte no contexto europeu pois que na generalidade dos países europeus, mesmo em França, a responsabilidade exclusiva e objectiva daquelas entidades não é regra, o mesmo se verificando quanto à responsabilidade extracontratual da UE pelos actos ou omissões das suas instituições e agentes praticados no exercício das suas funções.

Logo que existe funcionamento anormal do serviço público, presume-se a ilicitude da conduta das entidades públicas e só estas são demandadas, pelo que fica satisfeito desde logo o lesado.

Mas pode não ficar satisfeita a comunidade. E esta exige a responsabilidade solidária daqueles com o Estado e o direito de

regresso contra o titular do órgão, funcionário ou agente que actuou com dolo ou culpa grave.

O direito de regresso contra o *titular do órgão, funcionário ou agente* contribui poderosamente para a melhoria de qualidade deste.

Na nossa opinião a LRCEE podia ter ido mais longe. Havendo responsabilidade solidária entre a administração e os funcionários ou agentes, devia consagrar-se aqui um dever de regresso da administração, e não apenas o seu direito de regresso, sempre que o agente tenha agido com culpa grave ou dolo.

Não nos parece que devam ser os contribuintes a suportar prejuízos resultantes de negligência grave ou de dolo eventual de funcionários ou agentes administrativos. Só em caso de ausência de culpa ou em caso de culpa leve da parte destes não haveria dever de regresso da parte da administração.

Assim, a expressão culpa grave ou dolo deveria ser substituída por ausência de culpa.

O bom funcionamento do serviço passa pelo contributo do titular do órgão, funcionário ou agente. Ora, sabendo que o seu património está ao alcance do cidadão, pois que este as pode demandar, natural é que as entidades públicas, preventivamente, se esforcem por um serviço público qualificado. Em nossa opinião está em jogo a sobrevivência de princípios como o da prossecução do interesse público e eficiência administrativa (arts. 266, n.º 1 e 267.º, n.º 2, todos da CRP).

A doutrina francesa distingue, no âmbito da responsabilidade da administração, entre as chamadas *faute du service (personnelle)* e *faute de service*.

Como vimos, a produção dos danos revela, em qualquer das circunstâncias, um funcionamento anormal do serviço, ou porque a lesão resulta de falhas imputáveis ao serviço globalmente considerado, ou porque foi um dos seus funcionários ou agentes que incorreu na violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado.

Na primeira situação, estamos perante um caso de culpa do serviço, que é a culpa anónima e colectiva de uma administração desorganizada no seu conjunto, de tal forma que é difícil descobrir os seus verdadeiros autores; ou, na segunda situação perante um

caso de culpa de serviço, provocada por um agente nitidamente individualizado.

Alguma doutrina francesa afirmava que tendo em conta que tanto num caso como noutra, a pessoa dos agentes é totalmente alheia ao debate jurídico da responsabilidade, esta distinção perderia relevância.

Todavia, o regime da LRCEE consagra, como vimos, a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço e esta não suprime a responsabilidade individual em caso de dolo ou culpa grave do titular do órgão, agente ou funcionário.

Deste modo, salvo melhor opinião, não é indiferente o grau de culpa do serviço para a LRCEE. Se a culpa for anónima a responsabilidade do Estado é exclusiva, se a culpa for identificável a um titular a responsabilidade do Estado já pode ser solidária.

Na realidade, seria de todo inconveniente que, em caso de dano praticado pelo agente no exercício de funções profissionais, a lei imputasse a responsabilidade exclusivamente ao agente, uma vez que, em caso de insolvência deste, o lesado ficaria impedido de recorrer à indemnização.

O contributo inestimável do Conselho de Estado para o apuramento do conceito de culpa no serviço, sobretudo pela interpretação que foi fazendo da chamada “garantia administrativa dos funcionários” que constituía importante obstáculo ao ressarcimento dos particulares por factos lesivos provocados por funcionários traduziu-se na imputação dos factos lesivos à própria administração. O Ac. WALTER, de 10 de Fevereiro de 1843, refere que, as obrigações da polícia municipal em matéria de segurança são particularmente restritivas no que respeita a turistas quando o município tira um proveito substancial do turismo.

A primeira vez que se admitiu a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares, explicitamente, foi no Ac. BLANCO (1873). Esta deliberação judicial já tinha antecedentes no Ac. ROTSCILD (1855). Aqui se afirmara claramente que a responsabilidade da administração não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, mas obedece a regras especiais. Depois, sucessivamente, assiste-se ainda por via jurisprudencial à admissão da responsabilidade por factos lícitos no Ac. COUITÉAS

(1923) e, em casos delimitados, na responsabilidade pelo fisco — Ac. CHAVAT (1943).

Em França, a doutrina que seguiu o Ac. PELLETIER (1873) determinava que se um funcionário for processado perante os tribunais ordinários por uma acto culposo que na realidade apresenta as características de culpa do serviço, a administração tem a obrigação de assumir o prejuízo. Se o não fizer e se o tribunal, erroneamente, entender que há culpa pessoal e condenar o funcionário, ele tem direito de regresso perante a administração.

A jurisprudência do Conselho de Estado veio admitindo que, em nome do interesse da vítima (autor da acção), uma mesma falha poderia cumular dois tipos de jurisdição: Judiciária (a falha pessoal do funcionário seria do conhecimento dos tribunais judiciais) e Administrativa (a falha do serviço seria da competência dos tribunais administrativos), conforme se alcança da decisão proposta pelo Ac. LEMONNIER (1918).

A produção dos danos pode revelar um funcionamento anormal do serviço (*faute de service*), ou violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado por um funcionário do serviço (*faute personnelle*). Estas duas falhas podem coexistir como sucedeu, pela primeira vez, no Ac. ANGUET (1911).

A consideração da violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado por um funcionário do serviço (*faute personnelle*) não implica que o funcionário seja ilibado por ter praticado a falha pessoal fora do exercício das suas funções profissionais, como é referido pelo Ac. LARUELLE (1951).

Se o funcionário pratica uma falha pessoal fora do exercício das funções profissionais, isso não significa que o Estado seja ilibado pelo funcionamento anormal de serviço que presta, conforme é referido pelos Acórdãos DELVILLE (1951) e SADOUDI (1973).

A jurisprudência do Conselho de Estado evoluiu no sentido de considerar o Estado solidariamente responsável mesmo em caso extremo de falha pessoal do funcionário cometida fora do exercício das funções profissionais, sem que tenha havido qualquer responsabilidade directa do Estado no funcionamento anormal do serviço prestado, conforme refere o Ac. DELLE MIMEUR (1949).

Os dados legais em matéria de responsabilidade civil administrativa não podem hoje ser interpretados à margem da jurisprudência comunitária. É bem sabido — e a “extraordinária ressonância destes acórdãos na doutrina é disso testemunha — que as decisões jurisdicionais proferidas nos casos *Francovich* e *Brasserie du pêcheur/Factortane* (num entendimento confirmado por acórdãos mais recentes) representaram um ponto de não retorno, não apenas para a evolução do Direito Comunitário, mas também para o tema da responsabilidade civil dos estados por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa.

Em Portugal, a afirmação da jurisprudência na construção do regime jurídico português da responsabilidade civil administrativa pode, à primeira vista, causar alguma estranheza.

A verdade, porém, é que a pobreza de casos de jurisprudência deu lugar à elevação da jurisprudência a um dos pilares do instituto português da responsabilidade civil administrativa, visto que, embora os casos jurisprudenciais sejam em número relativamente reduzido, os tribunais portugueses, em importantes acórdãos, têm contribuído decisivamente para a evolução do instituto e para a realização de uma verdadeira transição normativa do sistema.

Efectivamente, em virtude do labor da nossa jurisprudência, o Direito português em matéria de responsabilidade civil administrativa não estagnou em 1967. Pelo contrário, os nossos tribunais souberam, paulatinamente, forjar novas soluções, conseguindo em larga medida adoptar o texto do Estado Novo aos sinais dos tempos.

No âmbito da responsabilidade civil administrativa assistiu-se à substituição do critério do bom pai de família por um critério de apreciação da culpa mais consentâneo com a realidade administrativa.

Quando um acidente rodoviário provocado pela queda do veículo automóvel no buraco de uma caixa de saneamento de águas que se encontrava na estrada destapado e sem sinalização local com vedação, barreiras ou fitas sinalizadoras da existência do buraco, provocou o chamamento do Estado à demanda para responder pelo dano em sede responsabilidade civil extracontratual, o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto julgou a acção parcialmente procedente e condenou a Câmara Municipal do Porto a

pagar ao autor uma indemnização pelo incumprimento de deveres de vigilância (omissão).

Ora, não tendo sido possível imputar esta situação de omissão dos deveres de vigilância a um funcionário certo e determinado, mas ao funcionamento anormal do serviço público, havia que recorrer às disposições do Código da Estrada conjugadas com as do CC que impunham à Câmara Municipal a obrigação de diligenciar pela circulação segura de veículos e peões no local do acidente, promovendo uma fiscalização eficaz das condições da via, o que passava por verificar a correcta colocação das tampas nas caixas de saneamento.

Sucedeu que, logo que o Estado Português recorreu e o caso chegou ao STA, este entendeu que se aplicava ao caso a presunção de culpa estabelecida no art. 493.º, do CC, tendo em conta que a Ré se encontrava legalmente obrigada a tomar todas as medidas de fiscalização que se afigurariam eficazes para prevenir o sinistro, devendo o acidente estar relacionado com essa omissão do dever de vigilância que provocou danos a terceiro.

Concluindo, saliente-se, esta presunção de culpa era a forma que os tribunais comuns encontravam para aplicar a figura da *faute du service*, nos casos de responsabilidade do Estado por facto ilícito em caso de funcionamento anormal do serviço público devido a danos provocado por funcionário indeterminado.



## Bibliografia

- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *As Sete Constituições Informais da Monarquia Portuguesa antes do Liberalismo*, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor MARTIM DE ALBUQUERQUE, vol. 1, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra Editora, 2010.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo* — (revista e actualizada), 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *História das Ideias Políticas* — (9.<sup>a</sup> reimp.), vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *Responsabilidade Civil do Estado por omissão de medidas legislativas — o caso Aquaparque* in RDES, Agosto-Dezembro, 2000.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO — *A Responsabilidade da Administração no Direito Português* in Separata da RFDUL, vol. XXV, 1973.
- ANDRADE, MANUEL DE — *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1966, p. 140.
- ANDRADE, J.C. VIEIRA DE — *Panorama geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração em Portugal*, in *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- ANDRADE, J.C. VIEIRA DE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2009.
- ANDRADE, J.C. VIEIRA DE — *A Responsabilidade por Danos decorrentes do exercício da Função Administrativa na nova Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual* in RLJ, ano 137.º, Coimbra Editora, 2008.
- AROCA, JUAN MONTERO — *Independencia y Responsabilidad del Juez*, Madrid: Editorial Civitas, 1990.
- AUBY, JEAN-MARIE / AUBY, JEAN-BERNARD — INSTITUTIONS CARLOS SÁENZ GARCIA DE — *Institutions Administratives — Organisation Générale, Fonction Publique, Contentieux Administratif, Interventions de l'Administration dans l'Économie, Prix, Planification, Aménagement du Territoires* — 6.<sup>a</sup> ed., Paris: Dalloz (Précis), 1991.
- AYALA, BERNARDO DINIZ — *Monismo(s) ou dualismo(s) em direito administrativo? Gestão Pública, gestão privada e controlo jurisdicional da actividade administrativa*, in RFDUL, vol. XLI, n.º 1, p.71.
- BACHOF, OTTO — *Direito Administrativo* — (trad. de *Verwaltungsrecht* por António F. de Sousa), vol. 1, FCG, Serviço de Educação e Bolsas, 2006.

- BUSNELLI, FRANCESCO — *Nuove Frontiere della responsabilità civile*, in *Lecture di Diritto Civile* (coord. Guido Alpa e Paolo Zatti), Padova, 1990.
- CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES — *Convolução da Responsabilidade Civil Extracontratual por facto ilícito em responsabilidade pelo risco* — anotação ao Ac. do STA de 3.3.2005, P.745/04, CJA, n.º 57, Maio/Junho, 2006.
- CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES — *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* — Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CAETANO, MARCELLO — *Manual de Direito Administrativo*, 1.ª ed., Lisboa: Empresa Universidade Editora, 1937.
- CAETANO, MARCELLO — *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* — 6.ª ed. revista e ampliada por Miguel Galvão Teles (3ª reimp.), Tomo I, Coimbra: Livraria Almedina.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES — *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, 1974.
- CANOTILHO JOSÉ JOAQUIM GOMES — “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade* — itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2008.
- CANOTILHO/VITAL MOREIRA — *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I (4.ª ed.), Coimbra, 2007.
- CASSESE, SABINO — *Global Administrative law: an introduction, Global Administrative Law: An Introduction* — JILP (2005, Summer, vol. 37, n. 4).
- CASSESE, SABINO — *The Globalization of law*, JILP — (2005, Summer, vol. 37, n. 4).
- CASSESE, SABINO — *Trattato di Diritto Amministrativo* — Diritto Amministrativo Generale, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000.
- CHINER, MARIA JESUS MONTORO — *la función pública en el federalismo alemán*, Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1987.
- CONSTANT, BENJAMIN — *Cours de Politique Constitutionnelle*, I, Paris, 1861.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES — *Tratado de Direito Civil Português — Direito das Obrigações*, vol. II, Tomo III, Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
- CORTEZ, MARGARIDA — A Responsabilidade Civil da Administração por Omissões, CJA, n.º 40.
- CORTEZ, MARGARIDA — *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado* (Tra-

- balhos preparatórios da reforma) in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA — *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> ed. (revista e actualizada), Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- CRAIG, P.P. — *Administrative Law*, 5.<sup>ème</sup> edition, Thomsom, London: Sweet & Maxwell, 2003.
- CUNHA, PAULO FERREIRA DA — *Pensar o Estado*, Coleção Erasmus, Ensaios e Monografias, Direito e Ciências Políticas, Lisboa: Quid Juris, 2009.
- DEGUERGUE, MARYSE — *Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du Droit de la Responsabilité Administrative*, Paris: LGDJ, 1994.
- DEVILLER, JACQUELINE MORAND — *Cours de Droit Administratif* (Cours Thèmes de Réflexion — Commentaires d'arrêts avec corrigés, 8ème edition, Paris: Montchrestien, 2003.
- DUARTE, DAVID — *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa; a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006.
- EISENMANN, CHARLES — *Sur le degré d'originalité du regime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques in La semaine juridique*, 1949, I, 751.
- EISENMANN, CHARLES — *Cours de Droit Administratif*, II, Paris: LGDJ, 1983.
- ENTERRIA, EDUARDO GARCIA DE — *El Principio de la "Responsabilidad de los Poderes Públicos" según el art. 9.3 de la Constitución y de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*, in REDC — ano 23, n.º 67 — Jan/Abr.2003.
- FERREIRA, DIAS — *Código Civil Português anotado*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. 4.º, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895.
- FONTES, JOSÉ — *Do Controlo Parlamentar da Administração Pública* (Teoria Geral e Instrumentos de Fiscalização), 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- FRIER, PIERRE-LAURENT /JACQUES PETIT — *Précis de Droit Administratif*, 5.edition, Domat Droit Public, Paris: Montchrestien — lextenso editions, 2008.
- GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS — *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas* — Conselho Económico e Social, Lisboa: 1997.
- GAUDEMET, YVES — *Droit Administratif*, 19 édition, Paris: LGDJ, 2010.

- GOMES, CARLA AMADO — *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas* — Lisboa: edição da AAFDL, 2010.
- GOMES, CARLA AMADO — *A Responsabilidade Civil do Estado por actos materialmente administrativos praticados no âmbito da função jurisdicional no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, Revista O Direito, ano 141.º, IV, 2009.
- GRASSO, GIORGIO/MANFRELOTTI, RAFFAELE — *Poteri e funzione dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale* — Torino: texto publicado no manual de Historia Constitucional (“*Constituzionalismo e Storia*”, da autoria de C. Ghisalberti e G. Bianco), 2007.
- HOBBS, THOMAS, *Leviatã* (trad. de *Leviathan* por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva) — Lisboa: INCM, 1995.
- JAENICKE, GUNTHER /PETER SELMER — *La responsabilità dello Stato per l’azione anti-giuridica dei suoi organi nella Repubblica Federale Tedesca* in Studi di Diritto Pubblico Comparato, IV — La responsabilità della Pubblica Amministrazione, Torino: UTET, 1976.
- KESSLER, MARIE-CHRISTINE — *Le Conseil d’Etat*, Cahiers de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris: Librairie Armand Colin, 1968.
- KINGSBURY, BENEDICT — *The Emergence of Global Administrative Law* — Nico Krisch, Richard B. Stewart, Law and contemporary problems, Duke law, 2005.
- KOECHLIN, H. F. — “*La Responsabilité de l’État*” en dehors des contrats de l’an VIII à 1873 (étude de jurisprudence), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1957.
- KRISCH, NICO — *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition* — LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2009, London School of Economics and Political Science Law Department, 2009.
- LAUBADÈRE, ANDRÉS DE — *Manuel de Droit Administratif* (12.ª edição par Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET), Paris: LGDJ, 1982.
- LAUBADÈRE, ANDRÉS DE — *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 11.ª edição, Paris, LGDJ, 1990.
- LEGENDRE, PIERRE — *L’administration du XVIII Siècle a Nos Jours*, Textes et Documents, Paris: Presses Universitaires de France, 1969.
- LOCKE, JOHN — *Two treaties of Government, II* — Cambridge, 1988.
- LOMBA, PEDRO — *Teoria da Responsabilidade Política* — Coimbra Editora, 2008.

- MACHETE, RUI — *A condenação à prática de acto devido — algumas questões* in CJA, n.º 50, 2005.
- MANENT, PIERRE — *A razão das nações* (trad. de *La raison des nations* por Jorge Costa), Reflexões sobre a democracia na Europa, Lisboa: Edições 70, 2008.
- MANZANO, PABLO GARCIA — *Responsabilidad del Estado por Funcionamiento Anormal de la Administración de Justicia*, Poder Judicial, Número Especial V, 1988.
- MAQUIAVEL, *O Príncipe* (trad. de *Il Principe* por António Simões do Paço), Edição Coisas de Ler, 2003.
- MAURER, HARTMUT — *Droit Administratif Allemand* — (trad. de *Allgemeines verwaltungsrecht*, por Michel Fromont), Paris: LGDJ, 1994.
- MAYER, OTTO — «*Derecho Administrativo Alemán*» (trad. de *Deutsches verwaltungsrecht* por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin), Madrid: editorial Depalma, 1982.
- MEDEIROS, RUI — *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- MEDICUS, DIETER — *Tratado de las relaciones obligacionales* (trad. por Ángel Martínez Sarrión), Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995.
- MELLERAY, GUY — *La Tutelle de l'Etat sur les Communes* — Bibliothèque des collectivités locales, Paris: Sirey, 1981.
- MELO, MARTINHO NOBRE DE — *Teoria Geral da Responsabilidade do Estado — indemnizações pelos danos causados no exercício das funções públicas*, Lisboa: Livraria Ferin, 1914.
- MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE — *O Regime da Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia* — Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- MIRANDA, JORGE — *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 8.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- MIRANDA, JORGE — *As Constituições Portuguesas* (De 1822 ao texto actual da Constituição), 5.ª ed., Lisboa: Livraria Petrony, 2004.
- MIRANDA, JORGE — *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais* — Cascais: Príncipia, 2006.
- MIRANDA, JORGE /RUI MEDEIROS — *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005.
- MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES — *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimen-*

- tos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MONTESQUIEU — *De l'esprit des lois*, Tome Premier, Paris: Librairie Garnier Frères, 1927.
- MOURA, PAULO VEIGA E — *A Privatização da Função Pública*, Regime jurídico, Direitos e Deveres dos funcionários e agentes, Coimbra Editora, 2004.
- MURBGNUG, REINHARD — *La responsabilità dello Stato per il comportamento illecito dei suoi organi nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania* in FA, II, 1976.
- NAVARRO, LUIZ LOPES — *Funcionários Públicos*, Livraria Bertrand, Lisboa: 1940.
- NOGUEIRA, JOSÉ DUARTE — *História do Direito Europeu*, RFDUL, Lisboa: Coimbra Editora, 2008.
- OTERO, PAULO — *Direito Constitucional Português*, vol. I — Identidade Constitucional — Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
- OTERO, PAULO — *Direito Constitucional Português*, vol. II, Organização do Poder Político — 2010.
- OTERO, PAULO — *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. 1, Coimbra: Livraria Almedina, 2007.
- PAILLET, MICHEL — *La faute du service public en droit administratif français* (Préface de Jean-Marie Auby), Paris: Librairie Generale de droit et de jurisprudence, 1979.
- PASTOR, JUAN ALFONSO SANTAMARÍA — *Principios de Derecho Administrativo*, volumen I, Madrid: Iustel. Portal Derecho, S.A., 2009.
- PASTOR, JUAN ALFONSO SANTAMARÍA — *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, Madrid: Iustel. Portal Derecho, S.A., 2009.
- PEREIRA, JOÃO AVEIRO — *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdiccionais* — Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- QUADROS, FAUSTO DE — *A Europeização do Contencioso Administrativo* — Separata de estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006.
- QUADROS, FAUSTO DE — *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública* — 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2004.
- QUADROS, FAUSTO DE — *A Nova Dimensão do Direito Administrativo; o Direito Administrativo Português na perspectiva comunitária*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

- RICHIER, LAURENT — *La faute du service dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* (Préface de Jean-Louis de CORAIL, professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences Sociales de Paris), Paris: Económica, 1978.
- RIVERO, JEAN — *Direito Administrativo* (trad. de *Droit Administratif* por Doutor Rogério Ehrhardt Soares), Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- RUNCIMAN, DAVID — *Pluralism and the personality of the state*, New York: Cambridge University Press, 2005.
- SANTOSUOSSO, *La buona fede del consumatore e dell'intermediario nel sistema della responsabilità oggettiva* (a proposito della responsabilità della Sim per illecito del promotore), in BBTB, LII (1999).
- SERRA, ADRIANO VAZ — *Responsabilidade Civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes*, BMJ 85 (1959), pp. 446-518.
- SIFUENTES, MÔNICA — *Problemas acerca dos conflitos entre a jurisdição administrativa e judicial no direito português* in RFDUL, Coimbra Editora, 2001.
- SMITH, ADAM, *Lectures on Jurisprudence*, Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith and the associated volumes Oxford University Press, Oxford, 1978.
- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *Em Busca do Acto Administrativo Perdido* (reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *A Viagem pela Europa das formas de actuação Administrativa — VIII seminário de justiça administrativa — In CJA*, n.º 58, Julho/Agosto de 2006.
- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *Ventos de mudança no Contencioso Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005.
- SILVA, VASCO PEREIRA DA — *A Cultura a que tenho direito*, Coimbra: Livraria Almedina, 2007.
- SILVEIRA, MANUELA — *A Responsabilidade pelo Risco no Código Civil — algumas reflexões* — Lisboa, Tese de Mestrado, 1985.
- STARCK, BORIS — *Domaine et fondement de la Responsabilité sans Faute*, RTDC, 1958.
- STEWART, RICHARD B. — *The world trade organization and global administrative law*, New York: New York University School of Law, 2009.

- SOUSA, MARCELO REBELO DE/ANDRÉ SALGADO MATOS — *Responsabilidade Civil Administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE /ANDRÉ SALGADO MATOS — *Direito Administrativo Geral*, Introdução e Princípios Fundamentais, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008.
- TEJADA, JAVIER TAJADURA — *La Constitución Portuguesa de 1976* — Un estudio académico treinta años después (Prólogo de J.M. CARDOSO DA COSTA), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS — *Da democracia na América* (trad. de *De la démocratie en Amérique* por Jorge Carlos Correia Monteiro de Oliveira), Prefácio de José Carlos Espada, Cascais: *Principia*, 2007.
- TRUCCHIA, LAURA— *Funzioni di direzione e gestione della dirigenza medica, nuove tendenze in tema di responsabilità*, Bologna: Diritto Pubblico, 2003.
- ULLMAN, WALTER, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, New York, 1961.
- VARELA, ANTUNES; PIRES DE LIMA — *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES — *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada (7.<sup>a</sup> reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
- VITAL, FÉZAS — *Da Responsabilidade do Estado no Exercício da Função Legislativa*, in BFDUC, ano II, 1916.
- WADE, WILLIAM/C.F. FORSITH — *Administrative Law*, 9.<sup>o</sup> edition, New York: Oxford University Press, 2004.



# AS MODALIDADES DE CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO

*Pelo Dr. Diogo Vaz Marecos*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As principais alterações à constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública, na Lei n.º 12-A/2008; 2.1. O enquadramento sistemático; 2.2. Uma nova modalidade de constituição da relação jurídica de emprego; 2.3. As (in)definições das modalidades de constituição da relação jurídica; 2.4. A nova modalidade regra de constituição da relação jurídica; 2.5. A nomeação transitória; 2.6. O conceito de funcionário público; 3. As modalidades de constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública; 3.1. O contrato de trabalho, regulado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho; 3.2. O contrato de trabalho em funções públicas; 3.3. A nomeação; 3.4. A comissão de serviço; 4. Outras formas de vinculação à Administração Pública; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente análise tem subjacente a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro<sup>(1)</sup>, documento para o qual, salvo expressa indicação em contrário, são feitas, de ora em diante, todas as remissões. Este diploma veio reformar os regimes de vinculação, de carreiras e

---

<sup>(1)</sup> A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro foi rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 22-A/2008, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 81, de 24 de Abril de 2008, e foi alterada pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, 3-B/2010, de 28 de Abril, 34/2010, de 2 de Setembro e 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

remunerações dos trabalhadores da Administração Pública. São numerosas as alterações trazidas pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, em matéria de constituição da relação jurídica de emprego público. Aliás, e servindo a constituição da relação jurídica de emprego público como o modo através do qual alguém passa a prestar o seu trabalho, sob a autoridade e direcção da Administração Pública, é fácil conceber a importância da matéria em causa. Esta é a tarefa que nos propomos empreender, identificando os principais problemas que suscitam cada uma das modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público. Excluímos do âmbito desta análise a cessação da relação jurídica de emprego público, sem prejuízo de pontualmente lhe podermos fazer referência, sempre que a mesma se justificar.

Sabido é que a reforma dos regimes de vinculação, de carreiras e remunerações dos trabalhadores da Administração Pública assentou fundamentalmente na constatação de que as soluções até então vigentes não correspondiam às necessidades impostas por uma boa organização e gestão dos serviços públicos. Entre os principais objectivos que nortearam a reforma realizada, contavam-se: a aproximação do regime público ao regime laboral comum; a sujeição ao mesmo regime, em domínios fundamentais, da relação de emprego público, independentemente do tipo de vínculo; a gestão de recursos humanos relacionada com a gestão por objectivos dos serviços e com os postos de trabalho necessários para as suas actividades; o reforço dos poderes de gestão dos dirigentes, dos mecanismos de responsabilização, de fundamentação dos actos de gestão e da sua transparência e o controlo da evolução anual de despesas com o pessoal.

Avançada esta palavra prévia, é tempo de passarmos ao essencial, analisando em que medida se reflectiram aqueles objectivos nos resultados, que vieram a ser consagrados.

## **2. AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES À CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NA LEI N.º 12-A/2008**

São várias as alterações consagradas na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, no que à matéria da constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública diz respeito. Antes da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, era aplicável à constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho<sup>(2)</sup>, e o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro<sup>(3)</sup>. Quer o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, quer o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, encontram-se revogados, por efeito expresso das alíneas s) e x), respectivamente, do art. 116.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

### **2.1. O enquadramento sistemático**

Desde logo há na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, uma alteração de enquadramento sistemático. Enquanto que no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, o regime da constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública encontrava-se no Capítulo II, respeitante aos “Princípios gerais do emprego”, entre a matéria relativa ao objecto e âmbito daquele decreto-lei e os princípios gerais sobre remunerações<sup>(4)</sup>, na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro há um retoque sistemático, cfr. art. 8.º e seguintes, estando agora a constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública inserida sistematicamente no Capítulo I do Título III “Regimes de vinculação”, logo a seguir ao Título II, “Gestão dos recursos humanos”, e antes do Título IV, “Regime de

---

(2) O Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho foi alterado pelas Leis n.º 30-C/92, de 28 de Dezembro, 25/98, de 26 de Maio, 10/2004, de 22 de Maio e 23/2004, de 22 de Junho.

(3) O Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro foi alterado pelos Decretos-Leis n.os 407/91, de 17 de Outubro, 102/96, de 31 de Julho, e 218/98, de 17 de Julho, e pelas Leis n.os 19/92, de 13 de Agosto, e 23/2004, de 22 de Junho.

(4) Cfr. artigos 5.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

carreiras”. A solução agora realizada revela um aspecto susceptível das maiores reservas por parte do intérprete, e que é transversal a toda a Lei n.º 12-A/2008, não se manifestando apenas a propósito da constituição da relação jurídica de emprego público: uma sistematização ambígua. É duvidoso que o Título II, relativo à gestão dos recursos humanos, e que contém apenas quatro artigos, art. 4.º a 7.º, seja digno de ser autonomizado enquanto título próprio, dadas as normas aí contidas reduzirem-se, em regra, a princípios gerais, os quais poderiam ter acolhimento no Título I, eventualmente sobre outra epígrafe que não aquela que veio a ser adoptada pelo legislador: “Objecto e âmbito de aplicação”. Por outro lado, o Capítulo I do Título III da Lei n.º 12-A/2008 revela ainda um outro aspecto pouco isento a críticas, e que não se limita igualmente à matéria da constituição da relação jurídica de emprego: o legislador foi pouco sensível a tomar uma decisão de fundo relativamente ao regime da própria Lei n.º 12-A/2008. Do conteúdo normativo da Lei n.º 12-A/2008 resulta que o legislador não optou se esta deveria assumir-se como uma lei de bases, contendo os princípios gerais aplicáveis em matéria de vínculos, carreiras e remunerações dos trabalhadores da Administração Pública, que seriam posteriormente desenvolvidos por outros diplomas<sup>(5)</sup>, e menos permeável à corrosão do tempo e a instabilidades políticas futuras, ou se, e em detrimento desta, a Lei n.º 12-A/2008 deveria assumir-se como um diploma codificador, contendo por isso normas regulamentares próprias deste tipo de diplomas. A não opção do legislador é patente, entre outros e no que à matéria desta breve análise respeita, desde logo no preceito que inicia o Capítulo I, o art. 8.º que contém aspectos próprios de diplomas regulamentares, como aquele que estabelece que, além de outros que a lei preveja, é requisito da constituição da relação jurídica a verificação pelo trabalhador do cumprimento das leis de vacinação obrigatória<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> O que poderia até ter sido realizado à semelhança do que sucedeu com o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que foi desenvolvido pelo Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e que antecederam a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

<sup>(6)</sup> Consagra o art. 8.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro:

“Requisitos

A constituição da relação jurídica de emprego público depende da reunião, pelo tra-

## 2.2. Uma nova modalidade de constituição da relação jurídica de emprego

Outra relevante alteração trazida pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, constata-se nas modalidades da relação jurídica de emprego público. Enquanto que no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, encontravam-se consagradas apenas duas modalidades de constituição da relação jurídica, a nomeação e o contrato<sup>(7)</sup>, na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, estabelecem-se três modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público, a nomeação, o contrato de trabalho e a comissão de serviço, cfr. n.º 1 e n.º 4 do art. 9.º. A comissão de serviço não constitui contudo uma novidade instituída pela Lei n.º 12-A/2008, sendo há muito conhecida do ordenamento jurídico nacional, sendo que a inovação está em esta ter sido erigida à categoria de modalidade de constituição da relação jurídica. Antes da Lei n.º 12-A/2008 a comissão de serviço era apenas uma modalidade da nomeação, sendo que era a nomeação ela própria que constituía uma das formas de constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública<sup>(8)</sup>.

---

balhador, além de outros que a lei preveja, dos seguintes requisitos:

- a) Nacionalidade portuguesa, quando não dispensada pela Constituição, convenção internacional ou lei especial;
- b) 18 anos de idade completos;
- c) Não inibição do exercício de funções públicas ou não interdição para o exercício daquelas que se propõe desempenhar;
- d) Robustez física e perfil psíquico indispensáveis ao exercício das funções;
- e) Cumprimento das leis de vacinação obrigatória.

(7) Cfr. art. 5.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho: “A relação jurídica de emprego na Administração constitui-se com base em nomeação ou em contrato.

(8) Neste sentido, a comissão de serviço não era sequer referida no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, tendo sido apenas com o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro que a comissão de serviço veio a ter consagração jurídica, estabelecendo o art. 5.º deste último diploma que: “A constituição da relação jurídica de emprego por nomeação reveste as modalidades de nomeação por tempo indeterminado, adiante designada por nomeação, e de nomeação em comissão de serviço.”, desenvolvendo o seu regime nos artigos 6.º e seguintes.

### 2.3. As (in)definições das modalidades de constituição da relação jurídica

Outra inovação da Lei n.º 12-A/2008 constata-se nas definições consagradas de cada uma das modalidades de constituição da relação jurídica. No Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, entendia-se por nomeação o acto unilateral da Administração Pública, cuja eficácia estava condicionada à aceitação por parte do nomeado, e pelo qual se visa o preenchimento de um lugar no quadro<sup>(º)</sup>. Continua a denotar-se um grande paralelismo entre a definição de nomeação no Decreto-Lei n.º 184/89 e a definição agora constante da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, sendo esta última em tudo semelhante ao que era já feito pela legislação antecedente. Trata-se de uma redacção que pouco tem de novo, e em tudo idêntica à anterior, dizendo-se agora no n.º 2 do art. 9.º que: “A nomeação é um acto unilateral da entidade empregadora pública, cuja eficácia depende da aceitação do nomeado.”. Note-se contudo que tal como está, a definição de nomeação é passível de crítica. A utilização do termo “eficácia” na definição de nomeação refere-se ao regime da própria nomeação, e não ao seu conceito. Em termos técnico-jurídicos, o conceito de nomeação na Lei n.º 12-A/2008 não resulta apenas do n.º 2 do art. 9.º, mas sim da conjugação desta norma com o n.º 3, *in fine* do mesmo art. 9.º, que contém um elemento comum à definição de nomeação e à definição de contrato, sendo a este último — ao contrato — que se pretendeu referir o n.º 3 do art. 9.º. Da conjugação destes dois preceitos, o n.º 2 do art. 9.º e o n.º 3, *in fine* do mesmo art. 9.º, a nomeação será o acto unilateral da entidade empregadora pública, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordi-

---

<sup>(º)</sup> Cfr. n.º 1 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho. Refira-se, não obstante, que a definição de nomeação no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro era ligeiramente distinta, no sentido de se ter fundido a redacção do n.º 1 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, com a redacção do n.º 2 desse mesmo art. 6.º, tendo resultado que: “A nomeação é um acto unilateral da Administração pelo qual se preenche um lugar do quadro e se visa assegurar, de modo profissionalizado, o exercício de funções próprias do serviço público que revistam carácter de permanência.”, cfr. n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 427/89.

nado de natureza administrativa. Já quanto ao conceito de contrato, o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, entendia este como um acto bilateral, nos termos do qual se constituía uma relação transitória de trabalho subordinado<sup>(10)</sup>. Na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, o legislador adoptou uma redacção mais extensa, estabelecendo no n.º 3 do art. 9.º que: “O contrato é um acto bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e em representação do Estado, e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa.”. Se não há dúvidas de que o contrato de trabalho em funções públicas é um negócio jurídico contratual — onde os contraentes, além de liberdade de celebração têm liberdade de estipulação, ou seja podem optar não só pela prática do acto, como ainda seleccionar o tipo de efeitos jurídicos que irão produzir, vide art. 55.º em que se admite a possibilidade de negociação da remuneração<sup>(11)</sup> — estas já surgem relativamente a outros aspectos da definição de contrato. Designadamente, como pode o negócio, através do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado, de natureza administrativa, ser celebrado com uma entidade sem personalidade jurídica, representar o Estado? Ao invés, se tem personalidade jurídica, como pode essa entidade representar o Estado? Os efeitos reflectem-se na própria esfera jurídica da entidade com personalidade jurídica, e não na do Estado. Fruto do aumento das modalidades de constituição da relação jurídica na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de

---

<sup>(10)</sup> Cfr. n.º 1 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

<sup>(11)</sup> Em sentido diferente, parece entender Paulo Veiga e Moura, que defende que o contrato de trabalho em funções públicas “traduz mais um contrato de adesão”, em que o contratado não tem qualquer poder de introduzir alterações de monta ao regime que disciplina esta relação, invocando o art. 81.º da Lei n.º 12-A/2008 que estabelece a hierarquia de fontes normativas aplicáveis ao contrato, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, Abril de 2008, pág. 28 e ss. Com o devido respeito, não seguimos este autor. Se ao contrato de trabalho em funções públicas faltasse a liberdade de estipulação estaríamos perante um mero acto jurídico, porquanto a ausência da possibilidade de se poder seleccionar, para além da presença de determinados efeitos jurídicos, o seu tipo, é uma característica deste tipo de actos, e não perante um negócio jurídico. O mesmo autor reconhece contudo a admissibilidade da remuneração inicial ser negociada, possibilidade esta, acrescentamos nós, expressamente consagrada pela lei.

Fevereiro, e como *supra* referido, estabelecem-se três modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público, a saber, a nomeação, o contrato de trabalho e a comissão de serviço, sendo que na legislação anterior a comissão de serviço, sendo uma modalidade da nomeação,<sup>(12)</sup> continha um conceito definidor. Surpreendentemente, deixou de existir na Lei n.º 12-A/2008 qualquer elemento definitório da comissão de serviço.

#### **2.4. A nova modalidade regra de constituição da relação jurídica**

Outra alteração, de monta, instituída pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, diz respeito à modalidade regra da constituição da relação jurídica de emprego público. Enquanto que no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, a regra geral de constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública era a nomeação<sup>(13)</sup>, o paradigma mudou, sendo agora o contrato de trabalho em funções públicas o instrumento privilegiado de constituição das relações jurídicas de emprego público. Neste sentido, e apesar de no art. 20.º da Lei n.º 12-A/2008 se estabelecer que são contratados os trabalhadores que não devam ser nomeados e cuja relação jurídica de emprego público não deva ser constituída por comissão de serviço, a verdade é que nomeação passa a ser reservada a funções de autoridade pública, como resulta expressamente do conteúdo

---

(12) Cfr. art. 5.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, definindo-se a nomeação no n.º 1 do art. 4.º desse mesmo Decreto-Lei n.º 427/89, e ainda no n.º 1 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

(13) Neste sentido veja-se não só o n.º 1 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que estabelecia que o contrato constituía uma relação transitória de trabalho subordinado, admitindo que este pudesse assumir uma de duas formas: contrato administrativo de provimento ou contrato de trabalho a termo certo (cfr. n.º 2 desse mesmo art. 7.º), como o n.º 3 do art. 8.º do mesmo Decreto-Lei n.º 184/89, que determinava que o recrutamento em regime de contrato administrativo de provimento era admitido para situações especiais expressamente definidas por lei, como ainda o n.º 1 do art. 9.º daquele mesmo diploma, que na sua versão original dispunha que o contrato de trabalho a termo certo se destinava a assegurar, excepcionalmente, o exercício transitório de funções de carácter subordinado de duração previsível que não possam ser desempenhadas por nomeados ou contratados em regime de direito administrativo.



normativo do art. 10.º <sup>(14/15)</sup>, pelo que a própria nomeação torna-se excepcional. Já a comissão de serviço tem também um papel residual, aplicando-se apenas nas situações expressamente previstas no art. 9.º, ou seja ao exercício de cargos não inseridos em carreiras, designadamente aos cargos dirigentes, cfr. alínea *a*) do n.º 4 do art. 9.º, à frequência de formação específica que constitua condição ou pressuposto necessário para o exercício de funções integradas em carreira, e à aquisição de certo grau académico ou de certo título profissional que também constitua condição ou pressuposto necessário para o exercício de funções integradas em carreira, cfr. alínea *a*) do n.º 4 do art. 9.º

## 2.5. A nomeação transitória

Não despicienda é a alteração realizada ainda a propósito da nomeação, que na Lei n.º 12-A/2008, passa a poder ser transitória. Ou seja, mantendo-se uma solução que vinha desde há longo tempo no direito português, a nomeação realizada por tempo indeterminado, que a Lei designa de nomeação definitiva, cfr. n.º 1 do art. 11.º, admite-se agora, ao lado desta, a figura da nomeação transitória, a qual é efectuada por tempo determinado ou determinável, cfr. n.ºs 1 e 3 do art. 11.º. De acordo com o n.º 1 do art. 13.º, apli-

---

<sup>(14)</sup> Estabelece o art. 10.º:

“Âmbito da nomeação

São nomeados os trabalhadores a quem compete, em função da sua integração nas carreiras adequadas para o efeito, o cumprimento ou a execução de atribuições, competências e actividades relativas a:

- a*) Missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes;
- b*) Representação externa do Estado;
- c*) Informações de segurança;
- d*) Investigação criminal;
- e*) Segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional;
- f*) Inspeção.”

<sup>(15)</sup> Note-se contudo que nem todas as funções de autoridade estão previstas no art. 10.º da Lei n.º 12-A/2008. Designadamente os trabalhadores que prestam o seu trabalho a entidades reguladoras exercem, e com potenciais repercussões tão ou mais gravosas na esfera jurídica dos particulares, funções de autoridade, tendo contudo um enquadramento laboral de natureza privada, desempenhando o seu trabalho ao abrigo de um contrato individual de trabalho.

cando-se à nomeação transitória, as disposições do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas<sup>(16)</sup> relativos ao contrato a termo resolutivo, isto significa que a nomeação transitória é uma nomeação a termo resolutivo, certo ou incerto.

## 2.6. O conceito de funcionário público

Por fim, referimo-nos ao conceito de funcionário público, designação que deixa, face ao regime anterior, de ser utilizado na Lei n.º 12-A/2008. Durante largo tempo o conceito de funcionário público dominou a doutrina<sup>(17)</sup> e jurisprudência, entendendo-se como tal o profissional da função pública, ou seja, todo aquele que exercesse funções públicas como actividade profissional. Não obstante, as tendências mais recentes já vinham no sentido de se aproximar o regime dos funcionários e agentes das entidades públicas ao regime dos trabalhadores que desempenham o seu trabalho para entidades privadas. Esta tendência revela-se também na terminologia que é conferida aqueles que exercem trabalho subordinado a uma entidade pública, e que cedo se manifestou na Constituição da República, que logo na revisão operada em 1982 substituiu o termo “funcionários” por “trabalhadores da Administração Pública”, cfr., a título exemplificativo, os n.ºs 1 e 2 do art. 269.º. Até à entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, a nomeação conferia ao nomeado a qualidade de funcionário público, qualidade que no novo regime é substituída por trabalhador da Administração Pública. Ainda assim, a designação de trabalhador da Administração Pública, em substituição da de funcionário público não significa uma sujeição a diferentes deveres daqueles a que já se achavam adstritos os profissionais que desempenham o seu trabalho a uma entidade pública ao abrigo do regime anterior, razão pela qual é discutível se o conceito de funcionário público é uma existência

---

<sup>(16)</sup> O Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas foi aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro.

<sup>(17)</sup> Cfr. por todos Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª Edição, Coimbra Editora, 1972 pág. 661 e seguintes.

constitucionalmente protegida<sup>(18)</sup>, ou ao invés é apenas uma diferente terminologia de uma mesma realidade. Temos para nós, que funcionário público ou trabalhador da Administração Pública constituem tão somente uma e a mesma realidade, com vantagem para esta última, dado não permanecer no imaginário jurídico, tão conotada com uma imagem denegrida que nas últimas décadas se foi genericamente construindo acerca daqueles que desempenham o seu trabalho para o Estado, onde os índices de produtividade se têm revelado na proporção inversa aos crescentes custos necessários à manutenção desses postos de trabalho, sem benefício para os particulares, que têm de recorrer aos seus bens e/ou serviços.

### **3. AS MODALIDADES DE CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **3.1. O contrato de trabalho, regulado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho**

Como se deixou antever no capítulo anterior, são três as modalidades da relação jurídica de emprego público, o contrato de trabalho em funções públicas, a nomeação e a comissão de serviço, cfr. n.º 1 e n.º 4 do art. 9.º. Além destas três modalidades, há ainda uma quarta, fruto da consagração de uma norma transitória na ali-

---

<sup>(18)</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar defendem que o conceito de funcionário público é uma realidade constitucionalmente protegida, suscitando a dúvida se este conceito pode ser eliminado por via legislativa, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, Abril de 2008, pág. 28 e ss. Com o devido respeito, não seguimos estes autores. Do texto da Constituição da República Portuguesa não resulta qualquer disposição que consagre o conceito de funcionário público. É verdade que o art. 22.º e o art. 271.º da Lei Fundamental referem no seu texto “funcionários”, contudo não se vê como é que o termo funcionários não pode englobar o conceito de trabalhador da Administração Pública, e sobretudo, porque não pode o legislador ordinário empregar outro termo, desde que não viole os deveres naquela plasmados.

nea *b*) do n.º 2 do art. 117.º, inserida sistematicamente no Título VII, Disposições finais e transitórias<sup>(19)</sup>.

Relativamente à quarta modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público, esta vigorou apenas durante um período delimitado. Tal sucedeu, porque não obstante nas alíneas *s*) e *x*) do art. 116.º se terem revogado os Decretos-Lei n.ºs 184/89, de 2 de Junho, e 427/89, de 7 de Dezembro, só a alínea *a*) do n.º 4 do art. 9.º e o art. 10.º é que entraram em vigor na data de entrada em vigor da própria Lei n.º 12-A/2008, 1 de Março de 2008<sup>(20)</sup>. Os demais preceitos da Lei n.º 12-A/2008 relativos à constituição do vínculo da relação jurídica de emprego público, tendo entrado em vigor em 1 de Março, só produziram efeitos a partir da data de entrada em vigor do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas<sup>(21)</sup>, que veio a ser aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, lei esta que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2009<sup>(22)</sup>. Entre 1 de Março de 2008 e 1 de Janeiro de 2009, as relações jurídicas de emprego público constituíram-se por aplicação do disposto no n.º 2 do art. 117.º Lei n.º 12-A/2008, mesmo que resultantes de procedimentos concursais abertos em data anterior à entrada em vigor da própria Lei n.º 12-A/2008<sup>(23)</sup>. De acordo com o estabelecido no n.º 2 do art. 117.º, as relações jurídicas de emprego público que envolvessem o exercício de funções de autoridade eram constituídas por

---

(19) Estranhamente, não pode deixar de se notar, que o Título VII, Disposições finais e transitórias, é constituído por trinta e cinco artigos, cfr. art. 83.º a 118.º, ou seja, e em termos percentuais, 30% dos preceitos da Lei n.º 12-A/2008 são normas finais e transitórias.

(20) Estabelece o n.º 1 do art. 118.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro: “Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a presente lei entra em vigor no 1.º dia do mês seguinte ao da sua publicação e produz efeitos nos termos dos n.ºs 3 a 7.” Tendo sido publicada a 27 de Fevereiro, a Lei n.º 12-A/2008, entrou em vigor no dia 1 de Março de 2008.

(21) De acordo com a previsão expressa do n.º 7 do art. 118.º.

(22) Cfr. art. 23.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro. A Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, foi alterada pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

(23) Neste sentido *vide* n.º 6 do art. 117.º: “As relações jurídicas de emprego público decorrentes de concursos de recrutamento e selecção de pessoal ou outros processos de recrutamento abertos antes da entrada em vigor da presente lei constituem-se com observância do disposto no n.º 2.”.

nomeação, nos termos dos Decretos-Lei n.ºs 184/89, de 2 de Junho, e 427/89, de 7 de Dezembro, enquanto que se as funções a exercer não se encontrassem integradas em carreiras ou em cargos não inseridos em carreira, a constituição da relação de emprego público era feita em comissão de serviço, nos termos dos mesmos Decretos-Lei n.ºs 184/89 e 427/89, cfr. alínea *a*) do n.º 2 do art. 117.º. Em todas as outras situações, ou seja quando não fosse de aplicar a nomeação nem a comissão de serviço, as relações jurídicas de emprego público constituíam-se por contrato individual de trabalho, ou por contrato a termo resolutivo, certo ou incerto, nos termos da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho<sup>(24)</sup>, cfr. alínea *b*) do n.º 2 do mesmo art. 117.º. Assim, até à entrada em vigor da Lei n.º 59/2008<sup>(25)</sup> (dia 1 de Janeiro de 2009) o contrato individual de trabalho e o contrato a termo resolutivo, certo ou incerto foram o modo usual de constituição das relações de emprego público. Nestes termos, pode assumir-se que o contrato de trabalho, regulado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, constituiu, enquanto vigorou, uma quarta modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Sendo que em concreto, o trabalhador seria posicionado na carreira, categoria e posição remuneratória determinada pela legislação ou em instrumento de regulamentação colectiva do trabalho vigente aquando da constituição da relação, cfr. n.º 3 do art. 117.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

<sup>(25)</sup> A Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, na alínea *f*) do seu art. 18.º, revogou a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>(26)</sup> Neste sentido, também Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, Abril de 2008, pág. 222 e ss.. Entendem estes autores, em posição que já não partilhamos, que a alínea *b*) do n.º 2 do art. 117.º, ao generalizar o contrato de trabalho como meio normal de constituição das relações jurídicas de emprego público e ao aplicar-lhe o regime laboral comum, é inconstitucional, por se expropriarem direitos dos funcionários e agentes, e por se eliminar por via legislativa um regime com protecção constitucional, o regime público, substituindo-o pelo direito do trabalho comum. Com o devido respeito, não seguimos estes autores. Os trabalhadores da Administração Pública não beneficiam de um direito constitucional à segurança no emprego de modo especialmente distinto daquele que é conferido aos trabalhadores comuns, não afirmando a Constituição qualquer garantia de “vitalicidade” do vínculo laboral da Função Pública, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 4/03, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030004.html>. Por imposição constitucional, a Administração Pública está sujeita ao interesse público, cfr. n.º 1 do art. 269.º da Constituição da República Portuguesa. Prosseguir o interesse público é também velar pela saúde financeira do

### 3.2. O contrato de trabalho em funções públicas

O contrato de trabalho em funções públicas, como se disse, é o instrumento privilegiado de constituição das relações jurídicas de emprego público, e pode ter uma de duas modalidades: contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado ou contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo, certo ou incerto, cfr. n.º 1 do art. 21.º. Independentemente da modalidade que venha a assumir, o contrato de trabalho em funções públicas é um contrato administrativo<sup>(27)</sup>, onde os contraentes, além de liber-

---

Estado, e pela qualidade dos serviços e bens prestados pela Administração, sendo que a qualidade de funcionário público, regido por um conjunto de preceitos que impuseram uma estabilidade exigindo pouco mais do que a imparcialidade, tem marcado negativamente a experiência portuguesa, comprometendo fortemente a devoção ao serviço que justificou a sua instituição, ao mesmo tempo que os custos de manutenção deste regime cresceram exponencialmente, colocando em causa o equilíbrio financeiro do próprio Estado. Por contraponto, o regime laboral comum adaptou-se melhor aos diferentes estágios evolutivos e económicos a que foi sujeito. Seguindo de perto o Acórdão *supra* referido: “Pese embora seja possível afirmar, segundo os dados da experiência histórica, a existência, no domínio da função pública, de uma certa estabilidade/imutabilidade do vínculo laboral estabelecido, senão mesmo da existência, até, uma certa expectativa no sentido do seu desenvolvimento que é próprio de um esquema geral de progressão nas carreiras, não se retira daí que esses vínculos laborais possam ficar imunes, *ex natura* ou por qual razão especial, às contingências financeiras supervenientes, mormente no que toca à dificuldade da administração não poder suportar os gastos normais do funcionamento dos serviços, entre eles se contando os relativos aos trabalhadores, ou a leste da necessidade sentida pelo legislador de proceder a uma melhor adequação dos serviços na perspectiva de uma melhor e actual pacificação das necessidades demandadas pelos interesses públicos que lhe cabe primacialmente definir e prosseguir.”. A aplicação de parte do regime laboral comum, a situações jurídicas anteriormente constituídas não configura uma alteração acentuadamente arbitrária ou intolerável, antes sendo justificada. Recordamos que a aplicação de parte do direito do trabalho privado não postula o despedimento de trabalhadores, sejam eles públicos ou comuns, até porque o despedimento, sem motivo justificativo, é proibido pela lei fundamental e por essa razão condenado judicialmente. Por outro lado, ao legislador deve ser reconhecida a liberdade constitutiva e a auto revisibilidade, características que são típicas, ainda que delimitadas, da função legislativa, não se proibindo a irretroactividade das soluções alcançadas em determinado momento, por diminuir direitos anteriormente atribuídos, situação que sempre se verificará na actividade legislativa. À instituição de direitos para uns, em regra corresponde a sujeição a deveres, dos mesmos sujeitos, ou doutros. Invocar, sem mais, a expropriação de direitos é pouco, face à escassa onerosidade da alteração efectuada.

<sup>(27)</sup> Diz-se contrato administrativo o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa, cfr. n.º 1 do art. 178.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro.

dade de celebração, têm liberdade de estipulação, podendo seleccionar o tipo de efeitos jurídicos que irão produzir, ou pelo menos alguns deles (como a remuneração inicial, cfr. art. 55.º), quando a lei não imponha alguns desses efeitos. A lei não enuncia os pressupostos da contratação por tempo indeterminado, nem cremos que tivesse de o fazer, porquanto, por exclusão de partes, esta é a modalidade regra, dado que o contrato a termo resolutivo, certo ou incerto só pode ser celebrado para satisfazer necessidades temporárias dos serviços, cfr. art. 93.º da Lei n.º 59/2008, por remissão expressa do n.º 1 do art. 22.º. Ou seja, quando estiverem em causa necessidades permanentes<sup>(28)</sup> dos serviços, a modalidade que o contrato de trabalho em funções públicas deve revestir é por tempo indeterminado.

---

<sup>(28)</sup> A lei não fornece um conceito de necessidades permanentes, não fornecendo igualmente qualquer definição do que entende por necessidades transitórias. As necessidades “correspondem, nos sujeitos individuais como nos colectivos, a situações de carência (falta de bens ou serviços considerados necessários à subsistência ou à melhoria da condição da vida humana) e ao desejo de possuir esses bens ou serviços, que se julgam adequados a mitigar tais carências”, Sousa Franco, *Manual de Finanças Públicas*, 1981, 63, ou, ainda, numa outra formulação, as “resultantes da vida em sociedade, ou por esta moldadas, as quais, para uns, são sentidas pelos indivíduos enquanto integrados na vida social, e, para outros, serão necessidades da própria sociedade como ente “a se” distinto dos seus componentes”, idem, 16. Em rigor, proceder à administração pública consiste em acorrer a essas necessidades, mais precisamente, “em assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e bem-estar dos indivíduos obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados”, Marcello Caetano, *Manual*, I, 9.ª edição, 5 ou, como refere Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, I, 11, Reimpressão, 31, “Quando se fala em administração pública, tem-se presente todo um conjunto de necessidades colectivas cuja satisfação é assumida como tarefa fundamental pela colectividade, através de serviços por esta organizados e mantidos”. Já permanente será o que “Dura, que se mantém sem interrupção ou sem alteração durante um espaço de tempo mais ou menos longo”, “Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea” da Academia das Ciências de Lisboa. Assim, satisfazer necessidades permanentes consiste em contentar essas pretensões sociais, de uma forma estável, durante um lapso de tempo razoável, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 5 de Julho de 2007, processo n.º 0351/07, sumários em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Temporalmente a própria lei fornece, em larga medida, um padrão suficientemente claro para a interpretação do conceito de necessidades temporárias, porquanto o legislador representou como razoável que até três anos, no contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo certo, as necessidades de mão-de-obra sejam temporárias e a partir daí passam a permanentes, cfr. art. 103.º do Regime do Contrato de Trabalho em funções públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008. Facticamente, a lei estabelece ainda, taxativamente, um conjunto de situações que devem entender-se como transitórias, cfr. n.º 1 do mesmo art. 93.º.

Independentemente da modalidade do contrato de trabalho em funções públicas, tem este de ser reduzido a escrito, e assinado pelos seus contraentes, cfr. n.º 1 do art. 72.º da Lei n.º 59/2008.

Ambas as modalidades de contrato de trabalho em funções públicas estão sujeitas a um período probatório, com vista a aferir se o trabalhador tem as capacidades necessárias ao posto de trabalho que irá ocupar, cfr. n.º 1 do art. 73.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas. Este período experimental tem, à partida, uma duração distinta, consoante a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas em causa: de 90, 180 ou 240 dias nos contratos por tempo indeterminado, salvo se outra for a duração prevista em lei especial, e de 30 dias ou 15 dias nos contratos a termo resolutivo, consoante se preveja que este tenha uma duração igual ou superior a seis meses, ou menor do que esses seis meses, respectivamente. Durante o período experimental o trabalhador é avaliado e acompanhado, sendo sujeito a uma avaliação final que se traduz numa escala de 0 a 20 valores, que determinará a continuação do vínculo, ou a sua cessação, se o trabalhador revelar não ter as capacidades necessárias ao posto de trabalho, sendo que por expressa remissão normativa dos n.ºs 1 e 2 do art. 73.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, ao acompanhamento, avaliação final e conclusão do período experimental são aplicáveis as normas do período experimental da nomeação definitiva, que *infra* trataremos.

A modalidade de contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo, certo ou incerto, suscita a questão de saber quais as consequências da ilicitude do termo, ou seja, qual o regime aplicável quando a Administração se socorre deste tipo de contrato para satisfazer necessidades permanentes em detrimento das necessidades temporárias que justificam a sua admissibilidade legal, sabendo-se que esta questão se pode colocar, como em regra sucede, quando cessa o contrato celebrado<sup>(29)</sup>. De acordo com o

---

(29) Se o trabalhador, no decorrer do contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo certo, vier a suscitar a apreciação do termo nele aposto e caso o tribunal venha a decidir pela ilicitude do termo, declarando a nulidade do contrato, uma das consequências é que o trabalhador não irá receber a compensação pela não renovação prescrita no n.º 3 do art. 252.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado



n.º 2 do art. 92.º da Lei n.º 59/2008: “O contrato a termo resolutivo não se converte em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto no presente Regime, ou tratando-se de contrato a termo incerto, quando deixe de se verificar a situação que justificou a sua celebração.”<sup>(30)</sup> Verificando-se uma violação do disposto na Lei n.º 59/2008, relativamente à contratação a termo resolutivo, o contrato é nulo, sem prejuízo dos efeitos durante o tempo em que esteve em execução, gerando responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos dirigentes máximos dos órgãos ou serviços que os tenham celebrado, cfr. n.º 3 do art. 92.º da Lei n.º 59/2008<sup>(31)</sup>. No

---

pela Lei n.º 59/2008. Nesta situação em concreto, e apesar do legislador ter ficcionado legalmente a validade do contrato declarado nulo, durante o tempo da sua execução, cfr. n.º 3 do art. 92.º e n.º 1 do art. 83.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, quando os serviços públicos comunicarem a cessação do vínculo, esse vínculo não permitia a renovação, pelo que faltando o seu objecto, não há lugar à compensação.

<sup>(30)</sup> Não é assim no direito do trabalho comum. Neste último, que também admite a contratação a termo resolutivo certo ou incerto, cfr. art. 139.º e seguintes do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, a norma equivalente ao n.º 2 do art. 92.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, o art. 147.º do Código do Trabalho, tem um significado diametralmente oposto. Assim, quando um trabalhador com contrato de trabalho a termo conseguir fazer a prova em tribunal que verdadeiramente tinha um contrato por tempo indeterminado, designadamente por a empresa não revelar reais necessidades temporárias localizadas no tempo, a cessação do contrato configura um despedimento sem justa causa, e não a uma cessação do contrato por caducidade, com as consequências daí emergentes para o empregador. Este, o empregador ficará então obrigado a indemnizar o trabalhador por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais causados, a reintegrá-lo no seu posto de trabalho e ainda a proceder ao pagamento de todas as retribuições que o trabalhador deixou de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal. Em caso de despedimento ilícito, pode ainda o trabalhador, em substituição da reintegração, optar por o tribunal fixar uma indemnização entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade.

<sup>(31)</sup> Contra a impossibilidade de conversão de um contrato de trabalho a termo resolutivo em contrato de trabalho por tempo indeterminado na Administração pública, argumentando que tal solução é não só desequilibrada, deixando incólume a própria Administração, que no limite responde apenas solidariamente pelos danos causados ao trabalhador, vide Paulo Veiga e Moura, *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, 2004, pág. 247 e seguintes. Ao contrário do que entende este autor, aceitar-se a sua doutrina equívocaria a deixar entrar pela janela o que se pretendeu vedar com o fecho da porta. Semelhante resultado teria certamente por efeito, na realidade portuguesa, a preterição de inúmeros candidatos ao preenchimento de um posto de trabalho na Administração Pública, os

sentido de que na Administração Pública os contratos de trabalho a termo resolutivo não se convertem em contratos sem termo, pronunciou-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 368/2000, publicado na 1.ª série do Diário da República, de 30 de Novembro de 2000<sup>(32)</sup>, que julgou inconstitucional, o artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na interpretação segundo a qual os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertem em contratos de trabalho sem termo, uma vez ultrapassado o limite máximo de duração total fixado na lei geral sobre contratos de trabalho a termo, por violação do disposto no n.º 2 do artigo 47.º da Constituição.

A contratação por tempo indeterminado está sujeita a publicação por extracto na 2.ª série do Diário da República, com indicação da carreira, categoria e posição remuneratória do contratado, enquanto que a contratação a termo resolutivo, certo ou incerto e as respectivas renovações têm de ser afixadas no órgão ou serviço e inseridos em página electrónica, com indicação da carreira e posição remuneratória do contratado, ou, sendo o caso, da função a desempenhar e respectiva retribuição, bem como do respectivo prazo, cfr. artigos 37.º e 38.º<sup>(33)</sup>.

---

quais poderiam nem sequer concorrer ao processo de recrutamento por não estarem interessados num vínculo temporário. Ao mesmo tempo, a entrada primordial na Administração Pública passaria a fazer-se pela celebração de contrato a termo, deixando-se ao mero critério do dirigente fazer ou não a comunicação da cessação do contrato, a qual poderia ou não fazer por conveniência pessoal, política ou outra, consoante lhe interessasse que o trabalhador integrasse definitivamente os quadros da Administração.

<sup>(32)</sup> Também disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000368.html>.

<sup>(33)</sup> Na Região Autónoma dos Açores, todos os actos relativos às modalidades de vinculação em que legalmente se exige a respectiva publicitação em jornal oficial ou afixação no órgão ou serviço interessado são efectuados na bolsa de emprego público da Região Autónoma dos Açores (BEP-Açores), cfr. art. 3.º do Decreto Legislativo Regional n.º 26/2008/A, publicado no Diário da República, 1.ª série, de 24 de Julho de 2008. Já na Região Autónoma da Madeira, todas as referências a publicações a efectuar no Diário da República, constantes da Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de Fevereiro, reportam-se ao Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, fr. art. 2.º do Decreto Legislativo Regional n.º 1/2009/M, publicado no Diário da República, 1.ª série, de 12 de Janeiro de 2009.

### 3.3. A nomeação

A nomeação, por seu turno, é reservada a funções de autoridade pública, em domínios onde se manifesta o *ius imperii* do Estado, cfr. art. 10.º. A enumeração das funções de autoridade pública referida no art. 10.º é taxativa. Ou seja, só podem constituir-se por nomeação as funções relativas a missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes, representação externa do Estado, informações de segurança, investigação criminal, segurança pública, e inspecção. Apesar do elenco do art. 10.º, nem todas as funções de autoridade pública aí encontram previsão. Nesta situação encontram-se, por exemplo, os trabalhadores das autoridades reguladoras, que à semelhança dos trabalhadores privados, celebraram com essas entidades um contrato individual de trabalho. A nomeação pode ter duas modalidades, a nomeação definitiva e a nomeação transitória, cfr. n.º 1 do art. 11.º. Enquanto que a nomeação definitiva é realizada por tempo indeterminado, a nomeação transitória é efectuada por tempo determinado ou determinável, aplicando-se a esta última as disposições do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, relativos ao contrato a termo resolutivo, por imposição expressa do n.º 1 do art. 13.º<sup>(34)</sup>, pelo que a nomeação transitória é uma nomeação a termo resolutivo, certo ou incerto<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Além dos artigos 91.º a 107.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que com as devidas adaptações são aplicáveis à nomeação transitória, há ainda outras disposições que por força do art. 8.º da própria Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, são aplicáveis à nomeação, independentemente da sua modalidade. Trata-se de preceitos relativos aos direitos de personalidade, igualdade e não discriminação, protecção do património genético, protecção da maternidade e da paternidade, estatuto do trabalhador-estudante, segurança, higiene e saúde no trabalho, constituição de comissões de trabalhadores, liberdade sindical e direito à greve.

<sup>(35)</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, Abril de 2008, pág. 34 e ss. insurgem-se quanto à figura da nomeação transitória, não identificando qualquer vantagem nem utilidade de funções que implicam a soberania e a autoridade do Estado poderem ser desempenhadas por pessoas que têm um vínculo precário, chegado a pugnar que esta modalidade de nomeação só faz sentido para funções em ser-

Ambas as modalidades de nomeação estão sujeitas a um período probatório, com vista a aferir se o trabalhador tem as capacidades necessárias ao posto de trabalho que irá ocupar<sup>(36)</sup>. Este período experimental tem, à partida, uma duração distinta, consoante a modalidade de nomeação em causa: de um ano na nomeação definitiva, salvo se outra for a duração prevista em lei especial, e de 30 dias ou 15 dias na nomeação transitória, consoante se preveja que esta tenha uma duração igual ou superior a seis meses, ou menor do que esses seis meses, respectivamente. Atenta a redacção do art. 12.º, a lei especial poderá reduzir o período experimental, já lhe sendo vedado excluí-lo liminarmente<sup>(37)</sup>. Independentemente da modalidade que revestir a nomeação, durante o período experimental o trabalhador é avaliado e acompanhado, sendo sujeito a uma avaliação final que se traduz numa escala de 0 a 20 valores, que determinará a continuação do vínculo da nomeação, ou a sua cessação, se o trabalhador revelar não ter as capacidades necessárias ao posto de trabalho. A avaliação é realizada por um júri especialmente constituído para avaliar o período experimental na nomeação definitiva, enquanto que na nomeação transitória a avaliação é praticada pelo superior hierárquico imediato do nomeado<sup>(38)</sup>. Numa ou nou-

---

viços de autoridade que envolvam a aplicação de conhecimentos técnicos. Cremos que não é assim. Por um lado pode haver vantagem em recorrer à constituição de uma relação de nomeação a termo resolutivo, certo ou incerto em funções ligadas à autoridade do Estado. Pense-se que em determinada situação de crise internacional, o Estado tem interesse em que certo cidadão, conhecido pelas suas qualidades, o represente externamente, para mediar certo impasse ou certo conflito iminente, podendo recorrer a uma nomeação a termo resolutivo incerto, enquanto durarem os pressupostos que permitem a sua admissibilidade. Por outro lado, e atendendo a que à nomeação são aplicáveis os pressupostos do contrato a termo resolutivo, será de muito difícil verificação que o exercício de funções técnicas em serviços de autoridade não corresponda à satisfação de necessidades permanentes, pelo quando assim for a nomeação não poderá ser transitória. A nomeação transitória a termo resolutivo só tem admissibilidade legal se for para satisfazer necessidades temporárias dos serviços que desempenhem funções de autoridade.

<sup>(36)</sup> Cfr. n.º 1 do art. 12.º, e n.º 1 do art. 73.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aplicável por força do n.º 1 do art. 13.º

<sup>(37)</sup> Neste sentido, o art. 78.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aplicável ao contrato de trabalho em funções públicas, e à nomeação transitória, admite a redução do período experimental por instrumento de regulamentação colectiva do trabalho, mas não permite que este o exclua.

<sup>(38)</sup> Cfr. n.º 3 do art. 12.º, e n.º 2 do art. 77.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aplicável por força do n.º 1 do art. 13.º

tra modalidade da nomeação o júri, e o superior hierárquico na nomeação transitória, devem estar definidos antes de ter lugar a própria nomeação, caso contrário é inviável acompanhar o exercício das funções e recolher os elementos que se mostrem necessários à avaliação<sup>(39)</sup>. Também em ambas as modalidades, o trabalhador deve apresentar um relatório relativo ao período experimental, que deve ser tido em conta na avaliação final<sup>(40)</sup>. Não é necessário aguardar o decurso de todo o período experimental para fazer cessar o vínculo da nomeação, podendo ser antes, caso o trabalhador manifestamente revele não possuir as competências exigidas pelo posto de trabalho, cfr. n.º 9 do art. 12.º. Se o período experimental for concluído com insucesso, ocorre uma de duas situações: ou o trabalhador já tinha um vínculo com a Administração e regressa ao posto de trabalho que tinha antes da nomeação, ou não havia qualquer vínculo anteriormente, e a relação jurídica de emprego público cessa, não se consubstanciando na esfera jurídica do trabalhador, em nenhum dos dois casos, qualquer direito a indemnização da Administração. Independentemente do sucesso ou insucesso que o trabalhador revele para o posto de trabalho durante o período

---

(39) Cfr. n.ºs 3 e 4 do art. 12.º e n.º 2 do art. 73.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aplicável por força do n.º 1 do art. 13.º.

(40) A lei não refere quando deve ser apresentado o relatório do trabalhador, não referindo igualmente até quando é que o resultado da avaliação final deve ser conhecido, como notam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, Abril de 2008, pág. 38 e seguintes. Sob pena de se frustrar o fim visado pelo período experimental, cremos que nem o trabalhador deve apresentar o seu relatório, nem o júri ou o superior hierárquico devem realizar a avaliação final na vigência do período experimental, mas apenas após o termo da sua duração. Assim, julgamos aplicável o disposto no art. 71.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, no sentido de o trabalhador ter 10 dias, após o *terminus* do período experimental, e contados nos termos do artigo seguinte àquele, para apresentar o relatório, sendo que o júri ou o imediato superior hierárquico terão posteriormente 10 dias para realizarem a avaliação final, após a entrega do relatório, ou esgotado o prazo para o efeito. Caso o trabalhador não apresente o relatório, deve esse facto ser tido em conta na avaliação final, uma vez que a sua apresentação é um dever que lhe é imposto, cfr. n.º 4 do art. 12.º. Ao invés, se for a Administração quem se remeta ao silêncio, não realizando a avaliação final, julgamos que ao trabalhador assiste o direito de recorrer à acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido, prevista nos artigos 66.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

experimental, o tempo de serviço nele decorrido, conta na carreira e categoria, cfr. n.ºs 7 e 10 do art. 12.º, o que só não sucede quando o período experimental não tenha sido concluído com sucesso e o trabalhador não tivesse, antes da nomeação, qualquer vínculo com a Administração.

Seja qual for a modalidade de nomeação, esta reveste a forma de despacho, nele constando os dispositivos legais habilitantes e a existência de cabimento orçamental, cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 14.º. Sendo esta a forma exigida para a nomeação, o despacho, que se caracteriza por consubstanciar um acto administrativo praticado por um órgão singular, isto significa que um órgão colegial não pode nomear, incube então ao dirigente máximo do serviço<sup>(41)</sup>.

A nomeação definitiva está sujeita a publicação por extracto na 2.ª série do Diário da República, com indicação da carreira, categoria e posição remuneratória do nomeado, enquanto que a nomeação transitória e as respectivas renovações têm de ser afixadas no órgão ou serviço e inseridos em página electrónica, com indicação da carreira e posição remuneratória do nomeado, ou, sendo o caso, da função a desempenhar e respectiva retribuição, bem como do respectivo prazo, cfr. artigos 37.º e 38.º.

Após a publicitação, o nomeado tem 20 dias<sup>(42)</sup> para aceitar a nomeação, da qual depende a própria nomeação, a não ser que outro seja o prazo, maior ou menor, estabelecido por lei especial. Este prazo, porque a aceitação um acto pessoal, comporta contudo a possibilidade de prorrogação quando o trabalhador se encontre ausente por maternidade, paternidade ou adopção, por acidente em serviço, por doença (profissional ou não), férias e por prestação de serviço militar, cfr. n.ºs 2 e 3 do art. 17.º<sup>(43)</sup>. A aceitação além de

---

<sup>(41)</sup> No sentido de que a nomeação tem de ser praticada por um órgão singular *vide* art. 16.º.

<sup>(42)</sup> Contados de forma contínua, o que constitui um desvio da regra geral da alínea b) do art. 72.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, que não têm aplicação na contagem deste prazo. A lei não diz contudo, o que sucede quando este prazo não seja cumprido, e não haja lugar à sua prorrogação, por não se verificar uma das situações previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 17.º. Neste caso, cremos que a única consequência admissível é que o prazo caduca.

<sup>(43)</sup> Atendendo à redacção do n.º 2 do art. 17.º, que permite a prorrogação em casos de doença e férias, bem como noutros, desde que devidamente justificados, sem os

pessoal, é um acto público, através do qual a pessoa nomeada declara aceitar a nomeação, manifestando a sua vontade em auto reduzido a escrito em modelo aprovado por portaria, prestando ainda o nomeado um compromisso de honra, em termos taxativamente prescritos na lei, cfr. art. 15.º<sup>(44)</sup>. O compromisso de honra decorre do dever de lealdade que incide sob os trabalhadores da administração pública, cfr. alínea g) do n.º 2 do art. 3.º do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, pelo que nenhum motivo haveria para que o legislador não tivesse estendido a prestação deste compromisso de honra a todos os trabalhadores da administração pública, em detrimento de o fazer apenas relativamente aos nomeados, e aos que exerçam funções em comissão de serviço, por força do n.º 3 do art. 24.º<sup>(45)</sup>. E porque a aceitação da nomeação é um acto pessoal, o nomeado não pode fazer-se repre-

---

elencar, aproxima-se do conceito de justo impedimento do n.º 1 do art. 146.º do Código de Processo Civil, o qual se deve aplicar analogicamente para a justificação da não prática do acto. Considera-se justo impedimento o evento não imputável à parte que obste à prática atempada do acto, e tem como requisitos que o evento que provocou o impedimento se refira ao trabalhador, não poder ser imputado dolo ou negligência ao trabalhador quanto à ocorrência do evento, que o trabalhador ou seu mandatário invoque o justo impedimento logo que o mesmo cesse, e a prática do acto em falta logo que cesse o justo impedimento.

<sup>(44)</sup> O nomeado terá, em obediência ao n.º 3 do art. 15.º de proferir as seguintes palavras: “«Afirmo solenemente que cumprirei as funções que me são confiadas, com respeito pelos deveres que decorrem da Constituição e da lei.»”.

<sup>(45)</sup> Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, Abril de 2008, pág. 41 apesar de constarem que o compromisso de honra, tem por objectivo solenizar o ingresso na Administração Pública e consciencializar o trabalhador do acto que está a praticar e da especificidade do seu empregador, entendem que o compromisso só se justifica na nomeação definitiva e não na nomeação a termo resolutivo, nem na comissão de serviço. Salvo melhor opinião, o exercício de determinada função na Administração Pública, ainda que limitada no tempo, não veda que se procure consciencializar o trabalhador da importância da mesma, e de contribuir para a prossecução de um dever próprio da Administração, que se acha legalmente consagrado: a prossecução do interesse público, e que é comum a todos os seus trabalhadores. Neste sentido, ainda que a nomeação definitiva seja tendencialmente vitalícia, a verdade é que até esta pode não o ser (e em regra não é) podendo no limite cessar no dia seguinte à sua constituição, e se não for por outra causa, cessa com a aposentação do trabalhador, pelo que é sempre limitada no tempo, não sendo por isso que enquanto durar, o trabalhador não deixa de dever cumprir as funções com respeito pela constituição e da lei.

sentar. Sendo como referido um acto público, a nomeação tem de ser testemunhada por alguém. Sendo o acto de nomeação um acto constitutivo de direitos, a entidade competente para a assinatura do auto ou termo de aceitação não pode recusar-se a fazê-lo, sob pena de incorrer em responsabilidade civil, financeira e disciplinar, cfr. n.º 1 do art. 19.º, podendo o nomeado, na hipótese de tal ocorrer, recorrer à acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido, prevista nos artigos 66.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro. A aceitação determina o início de funções para todos os efeitos legais, designadamente para percepção da remuneração e para contagem do tempo de serviço. Já a falta de aceitação do nomeado obsta a que se possa verificar a nomeação, sendo que em tal caso utiliza a lei uma terminologia ambígua “importa a revogação automática do acto de nomeação”, cfr. n.º 2 do art. 19.º, o que é uma contradição nos seus termos, para querer significar, cremos, que a nomeação caduca, sendo este o efeito que se mostra conforme à ausência de aceitação.

### **3.4. A comissão de serviço**

A comissão de serviço tem, salvo lei especial, uma duração máxima de três anos, podendo ser renovada por iguais períodos, cfr. n.º 1 do art. 23.º. Está, à semelhança do que ocorre com a nomeação dependente de aceitação, que reveste na comissão de serviço a forma de posse. Esta forma de aceitação da comissão de serviço veio quebrar uma tradição legislativa em que a posse era reservada para os cargos dirigentes ou para a admissão permanente na Administração Pública, sendo a posse mais respeitosa do que a aceitação. A aceitação é, como supra referido, suficiente para a nomeação, ao mesmo tempo que a lei reserva a posse para um vínculo — comparativamente com aquela e pelo menos na modalidade de nomeação definitiva — menos estável, a comissão de serviço.

A comissão de serviço está sujeita a publicação por extracto na 2.ª série do Diário da República, com indicação da carreira, categoria e posição remuneratória do trabalhador, cfr. artigo 37.º.



Por previsão expressa do n.º 2 do art. 24.º, aplica-se à comissão de serviço e à posse, com as necessárias adaptações, o disposto no art. 14.º, nos n.ºs 2 e 3 do art. 15.º, nos artigos 16.º e 17.º, no n.º 1 do art. 18.º, e no art. 19.º, matérias *supra* tratadas a propósito do regime da nomeação, para o qual remetemos. Não, sem antes referirmos que ao mandar aplicar à posse na comissão de serviço, o regime de nomeação, não há um conteúdo substancialmente diverso entre a aceitação da nomeação e a posse da comissão de serviço, pelo que se poderá concluir que a diferença é meramente nominalista. E do conteúdo normativo do art. 24.º é possível ir mais longe, no sentido de conceptualmente se entender, na realidade, a comissão de serviço como uma modalidade da nomeação, como outrora fazia o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

#### **4. OUTRAS FORMAS DE VINCULAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Por fim, e porque julgamos que este estudo não ficaria completo se não o mencionássemos, as formas de vinculação à Administração Pública não se esgotam nas três modalidades da relação jurídica de emprego público. Há ainda, uma outra forma de vinculação, a qual não é uma modalidade da relação jurídica de emprego público porque nesta não existe trabalho subordinado, ou seja, o “trabalho” não é prestado sob a autoridade e direcção de uma das entidades públicas referidas no art. 3.º. Trata-se da relação de prestação de serviços, relação esta que também é regulada pela Lei n.º 12-A/2008, e que aqui referimos muito sinteticamente porquanto não é objecto directo desta breve análise que nos propusemos emprender. Contudo, a prestação de serviços pode, em concreto, ocultar uma subordinação jurídica, razão pela qual não deixamos de a abordar.

A prestação de serviços não é nova na Administração Pública, cfr. artigos 10º e 11.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Julho, sendo uma figura à qual muito se tem recorrido, nem sempre vali-

damente, para assegurar o desempenho de algumas funções da própria Administração, assim se satisfazendo autênticas necessidades permanentes desta última. É frequente que sob esta designação o que se presta verdadeiramente é trabalho subordinado, em termos tais que há mesmo quem fale numa “função pública paralela”<sup>(46)</sup>.

Admite-se a celebração de contratos de prestação de serviços, nas modalidades de contrato de tarefa e de avença quando, cumulativamente, se trate da execução de trabalho não subordinado<sup>(47)</sup>, para a qual se revele inconveniente o recurso a qualquer modalidade da relação jurídica de emprego público, o trabalho seja realizado, em regra, por uma pessoa colectiva, seja observado o regime legal da aquisição de serviços, e o contratado comprove ter regularizadas as suas obrigações fiscais e com a segurança social. Excepcionalmente, quando se comprove ser impossível ou inconveniente, no caso, ser o trabalho realizado por uma pessoa colectiva, pode ser contratada em regime de prestação de serviços uma pessoa singular, desde que tal contratação seja autorizada pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, cfr. n.º 4 do art. 35.º. A violação destes requisitos determina a nulidade do contrato, sem prejuízo da produção plena dos seus efeitos durante o tempo em que tenha estado em execução, sujeitando o responsável que o autorize a responsabilidade civil, disciplinar e financeira, cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 36.º<sup>(48)</sup>.

A solução do art. 35.º confere, em matéria de contratação de prestação de serviços, uma prevalência às pessoas colectivas, em

---

<sup>(46)</sup> Cfr. Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica de Emprego Público*, Coimbra, 1999, pág. 117 e seguintes.

<sup>(47)</sup> Para efeitos de aplicação do art. 35.º, considera-se trabalho não subordinado o que, sendo prestado com autonomia, não se encontra sujeito à disciplina e direcção do órgão ou serviço contratante, nem impõe o cumprimento de horário de trabalho, cfr. n.º 3 do art. 35.º. A subordinação jurídica existirá, pois, sempre que ocorra a mera possibilidade de ordens e direcção, bem como quando o empregador possa, de algum modo, orientar a actividade laboral em si mesma, ainda que só no tocante ao momento da sua prestação.

<sup>(48)</sup> Cremos que a unidade do sistema determina ainda, que quando sob a designação de um contrato de prestação de serviços, o que é prestado de facto, por pessoa singular, é trabalho subordinado, e a Administração não procedeu ao pagamento do subsídio de férias e de Natal — como em regra sucede na prestação de serviços, em que o pagamento é realizado mensalmente, em tantos meses quantos aqueles que o ano tem — deve a mesma ser condenada no pagamento destes.

detrimento das pessoas singulares, o que tem suscitado sérias dúvidas de constitucionalidade entre vários quadrantes da sociedade, nestes se contando a Ordem dos Advogados, que constata que semelhante norma privilegia as sociedades dos advogados, em detrimento dos advogados que praticam a advocacia isoladamente, ou em escritórios plurais, mas não societariamente organizados, o que se afigura não só iníquo e discriminatório, como duplamente inconstitucional<sup>(49)</sup>. Contudo, o Tribunal Constitucional, chamado a pronunciar-se em sede de apreciação preventiva da constitucionalidade das normas constantes da actual alínea *b*) do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 35.º, entendeu<sup>(50)</sup> que não viola o princípio da igualdade, e que a preferência concedida à contratação de serviços a empresas tem sobretudo o objectivo de evitar o artificial sobredimensionamento da estrutura da Administração Pública em matéria de pessoal, começando por evitar, a celebração de contratos com pessoas singulares. Acrescentou o Tribunal Constitucional que, a diferenciação introduzida utiliza um critério razoável, por ser compatível com os fins constitucionais da boa organização e gestão dos recursos públicos, e objectivo, relevando para esta apreciação não a circunstância de ele se fundar na natureza pessoal (individual ou colectiva) dos grupos de destinatários, mas sim o facto de a determinação daquilo que é igual e desigual e a escolha da justa medida da diferenciação se fundarem, em termos de comparação e juízos valorativos intersubjectivamente reconhecíveis de forma minimamente clara e comprovável. Temos sérias dúvidas que a discriminação das pessoas singulares operada por força das normas constantes das alínea *b*) do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 35.º, não deva ser preterida pelo n.º 1 do art. 26.º da Constituição da República Portuguesa, conferindo-se protecção legal a essas mesmas pessoas, que dela são alvo. Entre as pessoas singulares discriminadas parecem estar profissionais liberais como os advogados, arquitectos, economistas e médicos, que caso pretendam manter ou constituir uma relação, parece que terão de adoptar a forma societária, o que

---

<sup>(49)</sup> Vide <http://www.atam.pt/content/view/225/63/>

<sup>(50)</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 620/2007, publicado na 1.ª série do Diário da República, de 14 de Janeiro de 2008, também disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070620.html>.

colide com o direito à iniciativa privada constitucionalmente consagrada, cfr. art. 61.º e n.º 1 do art. 86.º da Constituição, e que é um direito fundamental de natureza análoga, ao qual se aplica o regime dos direitos liberdades e garantias, cfr. art. 17.º da Lei Fundamental, vinculando as entidades públicas, pelo que a alínea *b*) do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 35.º devem ter-se por inconstitucionais.

Os contratos de prestação de serviços e as respectivas renovações, têm de ser afixadas no órgão ou serviço e inseridos em página electrónica, com indicação da função a desempenhar e respectiva retribuição, bem como do respectivo prazo, com a referência à concessão do visto ou à emissão da declaração de conformidade ou, sendo o caso, à sua dispensabilidade, cfr. artigo 38.º.

## 5. CONCLUSÃO

Em termos substanciais, parece-nos de aplaudir a aproximação do regime dos trabalhadores da Administração ao regime dos trabalhadores comuns, que é realizada através da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, solução que poderá trazer ganhos de eficácia às diversas solicitações com que se depara quotidianamente a Administração. E neste sentido, não procedem as críticas daqueles que pugnam por uma especificidade dos trabalhadores da Administração, para procurar vedar à aproximação de regimes. Como se disse, os trabalhadores da Administração Pública não beneficiam de um direito constitucional à segurança no emprego de modo especialmente distinto daquele que é conferido aos trabalhadores comuns, não afirmando a Constituição qualquer garantia de “vitalicidade” do vínculo laboral da Administração Pública.

Contudo, e do que ficou supra exposto, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro não é isenta de críticas. A técnica legislativa, em muitos aspectos é defeituosa, confundindo por vezes o legislador conceitos que há muito se davam por estáveis no Direito Público, e que não se limitam à matéria da constituição da relação jurídica de emprego. Nesta matéria fica por esclarecer, por exemplo qual o real

alcance da nova modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público, a comissão de serviço, sendo que esta se caracteriza por nem sequer ter elementos definitórios, levantando a dúvida se conceptualmente se trata realmente de uma nova modalidade. Por outro lado, do conteúdo normativo da Lei n.º 12-A/2008 resulta que o legislador não decidiu se esta deveria constituir uma lei de bases, contendo os princípios gerais aplicáveis em matéria de vínculos, carreiras e remunerações dos trabalhadores da Administração Pública, sendo que em muitos aspectos tal sucede, para noutros revelar um verdadeiro furor regulamentar. Assim realizada, a Lei n.º 12-A/2008 encontra-se sujeita à inevitável corrosão do tempo e a instabilidades políticas que se aproximam, sendo de prever que dentro em breve se alterem resultados há pouco consagrados, trazendo consigo uma instabilidade que se deveria afastar de diplomas estruturantes.

Em virtude das críticas precedentes, como súmula final, julgamos poder concluir que muito mais poderia o legislador ter feito. Porventura, ter-se-á mesmo perdido uma oportunidade para empreender uma reestruturação da Administração Pública, a tempo de não acarretar um agravamento das contas públicas.

A seu tempo veremos se o principal propósito de conferir maior flexibilidade na gestão dos recursos humanos nas opções de gestão, no recrutamento, na fixação de remunerações e na monitorização e controlo das despesas com pessoal, através da aproximação do regime laboral comum, foi suficientemente atingido. Ou, se pelo contrário, essa aproximação poderia ter sido ainda mais profunda, assimilando-se também as práticas utilizadas pelos empregadores privados, mormente aquelas que com através de mútuo acordo conseguem fazer cessar vínculos desnecessários para atingir os objectivos a que se propõem. Para tanto será necessária coragem política, e não menos relevante, a disponibilização de verbas para o efeito. Teme-se, que a reforma empreendida pela Lei n.º 12-A/2008 tenha apenas como efeito capital dilatar no tempo uma outra reforma, que ainda não foi com esta realizada.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- ALFAIA, João, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionamento Público*, Livraria Almedina, 1988;
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 10.<sup>a</sup> Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1997;
- ASSIS, Rui, *Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra Editora, 1.<sup>a</sup> edição;
- AZEVEDO, Alfredo, *Administração Pública — Modernização Administrativa. Gestão e Melhoria dos Processos Administrativos*. CAF e SIADAP, Vida Económica, 2008;
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 9.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 1972;
- CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, 2007;
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, Livraria Almedina, Março 1999;
- CURADO, Armando, *Noções Elementares de Direito do Trabalho*, Editora RH, 1998;
- ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo e ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Volume I, Almedina, 2006;
- FERNANDES, Maria Malta, *Os Limites à Subordinação Jurídica do Trabalhador*, Lisboa, Quid Júris, 2008;
- FIGUEIREDO DIAS, J.E. e OLIVEIRA, F.P., *Noções fundamentais de direito administrativo*, Almedina, 2005;
- FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo, Volume I*, Almedina, 2009;
- FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo, Volume II*, Almedina, 2008;
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2007;
- GONÇALVES, Pedro, ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário e PACHECO DE AMORIM, João, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*;
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada — Tomo III*, Coimbra Editora, 2007;
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo II*, Coimbra Editora, 2006;

- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I*, Coimbra Editora, 2005;
- MOREIRA, Vital e GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, Coimbra Editora, 2007;
- NEVES, Ana Fernanda, *Relação Jurídica de Emprego Público*, Coimbra Editora, 1999;
- NUNES DE CARVALHO, António, *Relações de emprego público irregulares*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXVII, Lex Edições Jurídicas, 1995;
- OTERO, Paulo, *Legalidade de Administração Pública — O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, 2007;
- QUARTIM, Pedro Graça, *Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas — Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas — Anotados, Áreas*, 2008;
- REBELO DE SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral — Tomo I — Introdução e Princípios Fundamentais*, Dom Quixote, 2008;
- REBELO DE SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral — Tomo III — Actividade Administrativa*, Dom Quixote, 2007;
- VEIGA E MOURA, Paulo e ARRIMAR, Cátia, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, 2008;
- VEIGA E MOURA, Paulo, *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, 2004;
- VEIGA E MOURA, Paulo, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem funções públicas*, Coimbra Editora, 2009;
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, 2007.





## *Jurisprudência Crítica*

### ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 399/10

Processo n.ºs 523 e 524/10  
Plenário

*Relatora* Conselheira Ana Guerra Martins

Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional

#### **I — Relatório**

1. Nos presentes autos, o Presidente da República vem requerer, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição, bem como do n.º 1 do artigo 51.º e do n.º 1 do artigo 62.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 68.º do Código do IRS, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho, quando conjugada com o disposto nos artigos 2.º e 3.º da mesma Lei e, também, do mesmo n.º 1 do artigo 68.º do Código do IRS, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, quando conjugada com o disposto no n.º 1 do artigo 20.º da mesma Lei.

2. Tendo apresentado dois requerimentos separados, um relativo à Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho, e outro relativo à Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, o Presidente da República fundamentou-os do seguinte modo:

## **A) Requerimento relativo à Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho**

“1.º

A Assembleia da República aprovou, pela Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho, uma alteração ao Código do IRS com o propósito de criar um escalão adicional de tributação, sujeitando os rendimentos anuais superiores a 150.000 euros à taxa de imposto de 45%.

2.º

A Lei n.º 11/2010 foi publicada em 15 de Junho e entrou em vigor em 16 de Junho de 2010.

3.º

O artigo 3.º da Lei n.º 11/2010 dispõe que a entrada em vigor da mesma ocorre no dia seguinte ao da sua publicação.

4.º

Tal norma de entrada em vigor permite a interpretação segundo a qual, por força dos prazos já indicados, as alterações em causa são aplicáveis aos rendimentos auferidos durante todo o ano de 2010.

5.º

Com efeito, a alteração à taxa de imposto irá produzir os seus efeitos relevantes quando se proceder ao apuramento do rendimento colectável e, conseqüentemente, à concreta aplicação da taxa, o que só ocorrerá após a apresentação, pelos sujeitos passivos da relação jurídica de imposto, das respectivas declarações de rendimentos.

6.º

Todavia, quando tal suceder, de acordo com a solução agora aprovada pelo legislador, a taxa alterada incidirá sobre a totalidade dos rendimentos auferidos durante o ano de 2010, ainda que percebidos em momento anterior ao da entrada em vigor da lei.

## 7.º

Ora, esta interpretação das normas objecto do requerimento suscita fundadas dúvidas de constitucionalidade porquanto, ao permitir a aplicação de uma taxa de imposto agravada a rendimentos auferidos em momento anterior ao da sua entrada em vigor, parece violar o princípio da irretroactividade da lei fiscal, inscrito no n.º 3 do artigo 103.º da Constituição.

## 8.º

Com efeito, prescreve aquela norma Constitucional: *“ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”*.

## 9.º

Ao pretender fazer aplicar uma taxa de imposto mais elevada a rendimentos auferidos em momento anterior ao da sua entrada em vigor, a lei revela uma vocação de aplicação retroactiva, em directa contradição com a proibição inscrita no citado preceito constitucional.

## 10.º

Só a partir da revisão constitucional de 1997 passou a Constituição a consagrar expressamente a proibição de retroactividade da lei fiscal.

## 11.º

É certo que, tanto a doutrina como a jurisprudência, vinham já sustentando, antes mesmo da revisão constitucional, a existência de um princípio de irretroactividade da lei fiscal baseado nos princípios da legalidade fiscal, da igualdade contributiva, da protecção da confiança dos contribuintes ou da proibição de aplicação retroactiva de leis restritivas.

## 12.º

Já à luz da nova norma constitucional, o Tribunal desenvolveu jurisprudência consistente no sentido da inconstitucionalidade de norma fiscal agravadora com efeitos retroactivos.

## 13.º

Entre outras decisões do Tribunal, avulta a declaração com força obrigatória geral de inconstitucionalidade de norma fiscal agravadora retroactiva proferida no acórdão n.º 63/2006.

## 14.º

Tendo por certa a proibição de aplicação retroactiva da lei fiscal agravadora, importa verificar se, no caso em apreciação, ocorre tal retroactividade.

## 15.º

Em apoio à interpretação da norma constitucional, é útil convocar o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º da Lei Geral Tributária:

*“1 — As normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à sua entrada em vigor, não podendo ser criados quaisquer impostos retroactivos.*

*2 — Se o facto tributário for de formação sucessiva, a lei nova só se aplica ao período decorrido a partir da sua entrada em vigor”.*

## 16.º

Com efeito, tendo a lei entrado em vigor em 16 de Junho de 2010 e aplicando-se a rendimentos auferidos desde Janeiro do mesmo ano, é clara a sua aplicação a rendimentos anteriores à sua entrada em vigor.

## 17.º

Tal significa, pois, que os sujeitos passivos cujos rendimentos irão ser submetidos à nova taxa de 45% não contavam, nem podiam legitimamente contar, com a aplicação desta nova taxa de imposto no momento em que auferiram os rendimentos durante a primeira metade do ano.

## 18.º

Pois se a norma agravadora vai ser aplicada a rendimentos anteriores e se, no momento de cada pagamento, é possível isolar um facto tributário, pode ser feita a interpretação segundo a qual

existe aplicação retroactiva da norma fiscal agravadora ou desvantajosa.

19.º

Esta retroactividade é, ainda, susceptível de perturbar a confiança legítima que os contribuintes depositaram no legislador.

20.º

No momento em que os rendimentos anteriores foram auferidos, os sujeitos passivos da relação jurídica de imposto sabiam que a taxa máxima aplicável seria de 42%.

21.º

Sempre se poderia afirmar, é certo, que o facto tributário é de formação sucessiva, atento o princípio da anualidade do imposto. De acordo com esta leitura, os elementos da relação jurídica de imposto só se encontrariam estabilizados uma vez terminado o ano fiscal.

22.º

Não deve, todavia, confundir-se relação jurídica tributária com facto tributário. Este último coincide, tendencialmente, com o momento de recebimento do rendimento. Deste modo, a formação sucessiva do facto tributário estará relacionada com a natureza do rendimento e não com a estabilização dos elementos da relação jurídica tributária.

23.º

Além do mais, a Lei Geral Tributária prescreve a aplicação da lei nova apenas ao período decorrido a partir da sua entrada em vigor quando o facto tributário seja de formação sucessiva.

24.º

Por outro lado, ao criar um escalão adicional, superior ao mais elevado previsto na tabela em vigor, o legislador sujeitou os sujeitos passivos cujos rendimentos se enquadram neste novo escalão a uma taxa de imposto que estes nunca poderiam prever no momento do recebimento daqueles rendimentos.

## 25.º

Conclui-se, pois, que existem fundadas dúvidas sobre a constitucionalidade material das normas objecto do pedido, por violação da proibição de retroactividade da lei fiscal agravadora prevista no n.º 3 do artigo 103.º da Constituição e dos princípios constitucionais da legalidade fiscal, constante do n.º 1 do artigo 103.º e da protecção da confiança, ínsito no princípio do Estado de Direito, consagrado no artigo 2.º da Constituição.”

**B) Requerimento relativo à Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho**

## “1.º

A Assembleia da República aprovou, pela Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, um “conjunto de medidas adicionais de consolidação orçamental que visam reforçar e acelerar a redução de défice excessivo e o controlo do crescimento da dívida pública previstos no Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC)”.

## 2.º

A Lei n.º 12-A/2010 foi publicada em 30 de Junho e entrou em vigor em 1 de Julho de 2010.

## 3.º

Entre as várias medidas aprovadas, encontram-se alterações relevantes em matéria fiscal, designadamente no que respeita às taxas gerais aplicáveis em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

## 4.º

O n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 12-A/2010 dispõe que a entrada em vigor da mesma ocorre no dia seguinte ao da sua publicação.

## 5.º

Tal norma de entrada em vigor permite a interpretação segundo a qual, por força dos prazos já indicados, as alterações em causa são aplicáveis aos rendimentos auferidos durante todo o ano de 2010.

## 6.º

Com efeito, a alteração à taxa de imposto irá produzir os seus efeitos relevantes quando se proceder ao apuramento do rendimento colectável e, conseqüentemente, à concreta aplicação da taxa, o que só ocorrerá após a apresentação, pelos sujeitos passivos da relação jurídica de imposto, das respectivas declarações de rendimentos.

## 7.º

Todavia, quando tal suceder, de acordo com a solução agora aprovada pelo legislador, a taxa alterada incidirá sobre a totalidade dos rendimentos auferidos durante o ano de 2010, ainda que percebidos em momento anterior ao da entrada em vigor da lei.

## 8.º

Ora, esta interpretação das normas objecto do requerimento suscita fundadas dúvidas de constitucionalidade porquanto, ao permitir a aplicação de uma taxa de imposto agravada a rendimentos auferidos em momento anterior ao da sua entrada em vigor, parece violar o princípio da irretroactividade da lei fiscal, inscrito no n.º 3 do artigo 103.º da Constituição.

## 9.º

Com efeito, prescreve aquela norma Constitucional: *“ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”*.

## 10.º

Ao pretender fazer aplicar uma taxa de imposto mais elevada a rendimentos auferidos em momento anterior ao da sua entrada

em vigor, e tratando-se de uma norma de incidência fiscal, a lei revela uma vocação de aplicação retroactiva, em directa contradição com a proibição inscrita no citado preceito constitucional.

11.º

A este facto não foi, de resto, alheio o legislador. Na verdade, de acordo com a exposição de motivos que acompanhava a proposta de lei, *“no que respeita à tributação adicional em sede de IRS, ela é concretizada através da fixação de uma nova tabela geral de taxas, que incidem formalmente sobre o todo dos rendimentos de 2010 e que, portanto, não afectam situações de tributação pretéritas consolidadas juridico-fiscalmente. Além disso, de modo a garantir que os contribuintes apenas sofrem acréscimo correspondente a sete meses do ano, as taxas adicionais de 1% e de 1,5% são objecto de uma ponderação, aplicando-se em 2010 apenas em 7/12 do seu valor”*.

12.º

A dispersão da taxa ao longo do ano de modo proporcional procura fazer repercutir nos contribuintes um aumento de carga fiscal correspondente a 7 meses do ano de 2010.

13.º

A alteração à tabela que prevê as taxas gerais reflecte isso mesmo: o aumento introduzido nas taxas dos diversos escalões corresponde a 7/12 do aumento pretendido de 1% até ao 3.º escalão, e de 1,5% a partir do 4.º escalão.

14.º

Se é clara a tentativa do legislador de evitar a retroactividade da alteração das taxas bem como é descortinável a solução encontrada para o ensaiar, já não é evidente que o resultado a que chega permita pacificar as dúvidas de constitucionalidade.

15.º

Com efeito, do ponto de vista da retroactividade da lei, é irrelevante que a intenção do legislador tenha sido a de aprovar um



aumento superior da taxa de imposto, tendo depois dispersado um incremento proporcional, correspondente ao tempo não transcorrido até final do ano fiscal.

16.º

Tanto mais que, sem prejuízo da dispersão proporcional da taxa, os contribuintes continuaram a sofrer um incremento mantendo-se a natureza agravadora ou desvantajosa da nova lei fiscal.

17.º

O que releva, pois, para o efeito de se aferir da aplicação retroactiva da lei, é saber se a nova taxa agravadora será aplicável a factos tributários anteriores ao momento da sua entrada em vigor, mantendo-se o seu carácter desvantajoso.

18.º

Se tal suceder, ainda que o aumento da taxa seja diminuto ou proporcional em relação a um incremento superior ambicionado, estarão afectados os princípios constitucionais da legalidade fiscal e da protecção da confiança dos contribuintes uma vez que o sujeito passivo de imposto vem a ser surpreendido por um aumento da taxa com o qual não contava, nem podia legitimamente contar, no momento em que recebeu os rendimentos.

19.º

Só a partir da revisão constitucional de 1997 passou a Constituição a consagrar expressamente a proibição de retroactividade da lei fiscal.

20.º

É certo que, tanto a doutrina como a jurisprudência, vinham já sustentando, antes mesmo da revisão constitucional, a existência de um princípio de irretroactividade da lei fiscal baseado nos princípios da legalidade fiscal, da igualdade contributiva, da protecção da confiança dos contribuintes ou da proibição de aplicação retroactiva de leis restritivas.

## 21.º

O Tribunal Constitucional afirmou não poder admitir-se a retroactividade irrestrita da lei fiscal. Todavia, à minguada de base constitucional, acabou por desenvolver — nos acórdãos n.ºs 66/84 e 67/91 — uma jurisprudência que concedia uma ampla margem de conformação ao legislador ordinário em matéria de retroactividade fiscal.

## 22.º

Foi porventura esta linha jurisprudencial, acompanhada de alguma doutrina, que levou o legislador constituinte a acabar por procurar dissipar as dúvidas quando, na revisão constitucional de 1997, introduziu expressamente na Constituição a proibição de lei fiscal retroactiva.

## 23.º

Já à luz da nova norma constitucional, o Tribunal desenvolveu jurisprudência consistente no sentido da inconstitucionalidade de norma fiscal agravadora com efeitos retroactivos.

## 24.º

Entre outras decisões do Tribunal, avulta a declaração com força obrigatória geral de inconstitucionalidade de norma fiscal agravadora retroactiva proferida no acórdão n.º 63/2006.

## 25.º

Tendo por certa a proibição de aplicação retroactiva da lei fiscal agravadora, importa verificar se, no caso em apreciação, ocorre tal retroactividade.

## 26.º

Em apoio à interpretação da norma constitucional, é útil convocar o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º da Lei Geral Tributária:

*“1 — As normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à sua entrada em vigor, não podendo ser criados quaisquer impostos retroactivos.*

2 — *Se o facto tributário for de formação sucessiva, a lei nova só se aplica ao período decorrido a partir da sua entrada em vigor*”.

27.º

A este propósito, a doutrina costuma distinguir diversos graus de retroactividade. Será retroactividade de grau máximo a circunstância de a lei nova se pretender aplicar a factos tributários passados e já totalmente consolidados; terá grau intermédio de retroactividade a lei aplicável a factos tributários anteriores mas cujos efeitos ainda se produzem no momento de entrada em vigor da lei nova.

28.º

Alguma doutrina refere-se ainda a retrospectividade — ou retroactividade imprópria — que, não podendo ser reconduzida à figura da retroactividade própria por não se projectar a lei nova em factos já consolidados no momento da sua entrada em vigor, ainda assim será constitucionalmente censurável na medida em que ponha em crise, de forma intolerável, o princípio da protecção da confiança.

29.º

Concretamente quanto ao problema da alteração da taxa de imposto durante o ano fiscal, pretendendo o legislador a sua aplicação aos rendimentos auferidos durante o ano, antes mesmo da entrada em vigor da lei, são conhecidas diversas opiniões doutrinárias.

30.º

Aqui podem conceber-se, em síntese, as seguintes opiniões: *i*) o imposto sobre o rendimento é qualificável como um imposto periódico pelo que o período de tributação só se estabiliza no fim do ano fiscal, em 31 de Dezembro de cada ano, estando, pois, afastada a retroactividade; *ii*) a alteração da taxa de imposto só pode ser aplicável aos rendimentos do ano seguinte, sob pena de retroactividade, uma vez que a taxa de imposto deve ser definida no momento inicial do ano fiscal e, por isso, no dia 1 de Janeiro de cada ano; *iii*) é admissível uma aplicação da nova taxa *pro rata temporis*, isto é, apenas aos rendimentos auferidos após a sua

entrada em vigor (Vd. NUNO SÁ GOMES, *Manual de Direito Fiscal*, Vol. II, 1997, p. 417 a 420).

31.º

Muito relevante para a apreciação da retroactividade na questão em apreço, é, pois, a definição de facto tributário e do momento em que este ocorre.

32.º

Estabelece a lei geral tributária, no n.º 1 do artigo 36.º, que “a relação jurídica tributária constitui-se com o facto tributário”.

33.º

Facto tributário não se confunde, pois, com relação jurídica tributária: esta relação constitui-se com a verificação do facto tributário que, assim, se encontra delimitado no tempo (Acórdãos do TC n.ºs 110/2002, 128/2009 e 85/2010).

34.º

Deste modo, no que respeita às normas em apreciação, e tendo em conta a opção doutrinária exposta em *iii*), o facto tributário pode ser isolado no momento da percepção dos rendimentos individualmente considerados.

35.º

Esta mesma convicção parece ter estado presente no espírito do legislador quando fraccionou o ano em 12, aplicando o aumento na proporção de 7/12, correspondente a 7 meses do ano.

36.º

Tal solução só é explicável se se considerar como facto tributário o recebimento mensal dos rendimentos.

37.º

A solução ignora, contudo, outras categorias remuneratórias, desde logo os casos muito frequentes de profissionais que não auferem um rendimento mensal fixo.

## 38.º

Nestes casos, pode bem suceder que uma parte substancial do rendimento — se não mesmo a sua totalidade — tenha sido auferido na primeira metade do ano de 2010.

## 39.º

Com efeito, não resultando o incremento percentual anunciado nem a sua dispersão proporcional de factos materialmente comprováveis, mas antes de decisões de natureza política, os sujeitos passivos serão submetidos a um aumento de carga fiscal que lhes é desvantajosa e que incide sobre rendimentos auferidos antes da entrada em vigor de tal incremento.

## 40.º

A interpretação aqui em apreciação parece conduzir à aplicação retroactiva da lei fiscal.

## 41.º

Pois se a norma agravadora — ainda que de forma proporcional — vai ser aplicada a rendimentos anteriores e se, no momento de cada pagamento, é possível isolar um facto tributário, parece claro que existe aqui a aplicação retroactiva da norma fiscal agravadora ou desvantajosa.

## 42.º

Sempre se poderia afirmar que o facto tributário é de formação sucessiva, atento o princípio da anualidade do imposto. De acordo com esta leitura, os elementos da relação jurídica de imposto só se encontrariam estabilizados, uma vez terminado o ano fiscal.

## 43.º

Mas ainda que assim se entendesse, prescreve a Lei Geral Tributária que, nos casos em que o facto tributário seja de produção sucessiva, a lei nova só se aplica ao “período decorrido após a sua entrada em vigor”.

44.º

Parece, contudo, como se deixou dito, ser possível isolar o facto tributário. É aliás esta susceptibilidade de individualização que permite, ao longo do ano, a aplicação parcial da retenção na fonte.

45.º

É certo que a retenção na fonte não implica a definitividade da relação jurídica de imposto uma vez que esta só será estabilizada no fim do ano fiscal, designadamente, para apuramento da taxa de imposto concretamente aplicável.

46.º

Mas só será concebível a exigibilidade pelo Estado de uma determinada retenção se se puder isolar cada percebimento de rendimento como um facto tributário autónomo.

47.º

Conclui-se, pois, que existem fundadas dúvidas sobre a constitucionalidade material das normas objecto do pedido, por violação da proibição de retroactividade da lei fiscal agravadora prevista no n.º 3 do artigo 103.º da Constituição e dos princípios constitucionais da legalidade fiscal, constante do n.º 1 do artigo 103.º e da protecção da confiança, insito no princípio do Estado de Direito, consagrado no artigo 2.º da Constituição. ”

3. Por despacho do Presidente do Tribunal, com fundamento em que as questões jurídicas em causa são essencialmente idênticas, foi determinada a incorporação do processo n.º 524/10 nos autos do processo n.º 523/10.

4. Notificado, nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da LTC, o Presidente da Assembleia da República, em resposta, ofereceu o merecimento dos autos e juntou documentação relativa aos trabalhos preparatórios das Leis n.os 11/2010, de 15 de Junho, e 12-A/2010, de 30 de Junho, precedida dos respectivos índices.

5. Após discussão em Plenário do memorando apresentado pelo Presidente do Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 63.º, n.º 1, da LTC, e fixada a orientação do Tribunal, cumpre agora decidir de harmonia com o que então se estabeleceu.

## II — Fundamentação

### A questão de constitucionalidade

6. A Assembleia da República aprovou, em Junho de 2010, dois diplomas que alteram o n.º 1 do artigo 68.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS).

Este imposto incide sobre os rendimentos das pessoas singulares, sejam esses rendimentos de carácter mais permanente ou ocasional e resultem esses mesmos rendimentos de relações de trabalho dependente, de prestações de trabalho independente, de proventos de bens patrimoniais mobiliários ou imobiliários ou de qualquer outra fonte que a lei especifique. O mencionado n.º 1 do artigo 68.º do CIRS fixa os diferentes escalões e taxas aplicáveis aos contribuintes não isentos deste imposto.

6.1. A Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho — cuja entrada em vigor ficou determinada para o dia seguinte ao da sua publicação — aprovou uma alteração ao n.º 1 do artigo 68.º do CIRS, que introduziu um novo escalão de rendimento anual para os agregados familiares ou contribuintes individuais com rendimentos globais superiores a 150.000 euros, ao qual passou a corresponder uma nova taxa de 45%.

Anteriormente, por força da Lei do Orçamento de Estado, aprovada um mês e meio antes, estes mesmos contribuintes estavam sujeitos ao último escalão aplicável aos rendimentos superiores a 64.623 euros a que correspondia a taxa da 42%.

Esta medida é acompanhada de uma disposição transitória (o artigo 2.º) que estabelece o seu âmbito de aplicação temporal: “A taxa de 45 % prevista na tabela do artigo 68.º do Código do IRS

e as adaptações decorrentes da sua criação são aplicáveis aos rendimentos obtidos entre os anos de 2010 e 2013, inclusive”.

Resulta, pois, claro que o novo escalão, tendo legalmente um carácter anual, se pretende aplicar unitariamente ao presente ano de 2010 e, conseqüentemente, a todos os rendimentos obtidos durante este ano, mesmo os rendimentos obtidos, no passado, antes da entrada em vigor da lei.

**6.2.** Posteriormente, a Assembleia da República aprovou uma nova alteração ao n.º 1 do artigo 68.º do CIRS, através da Lei n.º 12-A/2010, tendo-se procedido ao aumento do valor das taxas de todos os escalões, incluindo a taxa introduzida pela mencionada Lei n.º 11/2010. Esta outra versão do artigo 68.º do CIRS entrou em vigor, em conjunto com o diploma onde se insere, no dia seguinte ao da sua publicação, ou seja, a 1 de Julho de 2010.

A questão de saber se a lei se aplicava ou não a todos os rendimentos auferidos no ano de 2010 colocou-se durante os trabalhos preparatórios da mesma.

Assim, na Reunião Plenária da Assembleia da República, de 2 de Junho de 2010, em que se debateu, na generalidade, a Proposta de Lei n.º 26/XI (1.ª), tendo sido questionado sobre a eventual retroactividade, o Ministro de Estado e das Finanças respondeu que a solução é “proporcional, pois, embora abranja o rendimento do ano, tem em conta somente sete meses”. Quer dizer: o acréscimo de taxa corresponderia apenas a 7/12 de 1% ou 1,5%, consoante os casos, e que teria por finalidade evitar a solução de “os contribuintes e os serviços terem de fazer duas liquidações de IRS no mesmo ano” o que, segundo o Ministro, seria “impraticável e impensável” (DAR I Série — n.º 64, de 4 de Junho de 2010, p. 55).

Além disso, foi rejeitada, em sede de votação na especialidade, a proposta de um aditamento à Proposta de Lei n.º 26/XI, que constava de um artigo 1.º-A, e que visava a salvaguarda das situações passadas (DAR I Série — n.º 66, de 11 de Junho de 2010, p. 39), ou seja, entre 1 de Janeiro e a data da entrada em vigor da lei, como melhor se verá adiante.

Ambas as leis se inserem no âmbito do Plano de Estabilidade e Crescimento (PEC) e pretendem responder à conjuntura finan-



ceira, fazendo face à urgência da redução do défice e dos custos da dívida pública acumulada, através da obtenção de uma maior receita fiscal.

O Requerente não põe em causa o agravamento fiscal, resultante do aumento das taxas e do número de escalões, nas duas modificações sucessivas do n.º 1 do artigo 68.º do CIRS. Pelo contrário, a questão de constitucionalidade — que nos é colocada nos dois casos — é a de saber se será admissível aplicar tal agravamento aos rendimentos auferidos antes da entrada em vigor das leis que estamos a considerar, ou seja, o problema que se coloca é o da retroactividade das duas alterações ao n.º 1 artigo 68.º do CIRS.

7. O teor das normas é o seguinte:

### **Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho**

#### **Artigo 1.º**

#### **Alteração ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares**

O artigo 68.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, abreviadamente designado por Código do IRS, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 442 -A/88, de 30 de Novembro, passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 68.º

1 — [...]

<b>Rendimento Colectável</b> (em euros)	<b>Taxas</b> (em percentagem)	
	Normal (A)	Média (B)
Até 4 793	10,5	10,5000
De mais de 4 793 até 7 250	13	11,3471
De mais de 7 250 até 17 979	23,5	18,5996
De mais de 17 979 até 41 349	34	27,3039
De mais de 41 349 até 59 926	36,5	30,1546
De mais de 59 926 até 64 623	40	30,8702
De mais de 64 623 até 150 000	42	37,2050
Superior a 150 000	45	—

2— [...]

### **Artigo 2.º**

#### **Disposição transitória**

A taxa de 45 % prevista na tabela do artigo 68.º do Código do IRS e as adaptações decorrentes da sua criação são aplicáveis aos rendimentos obtidos entre os anos de 2010 e 2013, inclusive.

### **Artigo 3.º**

#### **Entrada em vigor**

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

## **Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho**

### **Artigo 1.º**

#### **Alteração ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares**

Os artigos 68.º, 71.º, 101.º e 102.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, abreviadamente designado por Código do IRS, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro, passam a ter a seguinte redacção:

«Artigo 68.º

1. [...]

<b>Rendimento Colectável</b> (em euros)	<b>Taxas</b> (em percentagem)	
	Normal (A)	Média (B)
Até 4 793	11,08	11,080
De mais de 4 793 até 7 250	13,58	11,927
De mais de 7 250 até 17 979	24,08	19,179
De mais de 17 979 até 41 349	34,88	28,053
De mais de 41 349 até 59 926	37,38	30,944
De mais de 59 926 até 64 623	40,88	31,667
De mais de 64 623 até 150 000	42,88	38,049
Superior a 150 000	45,88	—

## **Artigo 20.º**

### **Entrada em vigor**

1 — A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

### **Indicação de sequência**

8. Partindo do princípio que se demonstrará, em seguida, de que a Constituição da República Portuguesa proíbe a retroactividade fiscal, no artigo 103.º, n.º 3, CRP, a resposta à questão de constitucionalidade colocada pelo Requerente, implica, num primeiro momento, a delimitação do conceito de retroactividade fiscal constante daquele preceito.

Num segundo momento, importará averiguar se as normas, cuja constitucionalidade é posta em causa, são, ou não são, contrárias à proibição da retroactividade fiscal imposta pela Lei Fundamental, pelo que será necessário determinar qual o momento em que se verifica o facto tributário, ou seja, qual o momento em que nasce a obrigação tributária, no caso de um imposto sobre o rendimento das pessoas — IRS — que é o que está em causa nos presentes autos.

Num terceiro momento, se as normas em apreciação não estiverem feridas de inconstitucionalidade por violação do artigo 103.º, n.º 3, da CRP, então ainda se deverão submeter aos testes resultantes do princípio do Estado de Direito, como seja a protecção da confiança.

### **A consagração constitucional da proibição da retroactividade da lei fiscal**

8.1. Contrariamente à generalidade das Constituições europeias, a Constituição da República Portuguesa proíbe, expressamente, a retroactividade fiscal, no artigo 103.º, n.º 3, o qual estabelece o seguinte:

*“Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”.*

Alguma doutrina criticou a introdução desta proibição na Lei Fundamental. Casalta Nabais apelida-a mesmo de “novorriquismo constitucional” (*in Direito Fiscal*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2009, p. 146, nota 33) e Saldanha Sanches considera-a “fruto do ocaso político da referida revisão constitucional” (*in Manual de Direito Fiscal*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2007, p. 190), prosseguindo o Autor com a afirmação de que não se resolveu a questão essencial que era a de saber se a retroactividade foi consagrada num sentido forte ou fraco, questão essa que continua remetida para a jurisprudência (*Manual de Direito Fiscal*, p. 191). Outros Autores, como é o caso de Bacelar Gouveia (“A Irretroactividade da Norma Fiscal na Constituição Portuguesa”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, 1997, p. 51 e segs), mostraram-se menos críticos.

É certo que o artigo 103.º, n.º 3, da CRP só foi introduzido no texto constitucional na revisão de 1997, mas o princípio da não retroactividade da lei fiscal desfavorável já decorria do princípio da protecção de confiança e da ideia de Estado de Direito, nos termos do artigo 2.º da CRP, mesmo antes da sua expressa consagração (Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, 2007, p. 1092 e ss).

**8.2.** Antes da revisão constitucional de 1997, a Comissão Constitucional (cfr. Parecer n.º 25/81, Acórdão n.º 444, Parecer n.º 14/82) e, posteriormente, o Tribunal Constitucional (cfr. Acórdão n.º 11/83 e Acórdãos n.º 66/84 e n.º 141/85) tiveram diversas oportunidades de se ocupar desta questão, tendo decidido que, apesar de não se poder retirar da Constituição uma proibição radical de impostos retroactivos, tal deveria considerar-se constitucionalmente vedado quando essa retroactividade fosse «arbitrária e opressiva» e violasse «de forma intolerável a segurança jurídica e a confiança que as pessoas têm obrigação (e também o direito) de depositar na ordem jurídica que as rege». «A retroactividade tributária terá o

benéplácito constitucional» se a confiança dos destinatários da norma for «materialmente injustificada» ou se ocorrerem «razões de interesse geral que a reclamem e o encargo para o contribuinte não se mostrar desproporcionado» (cfr. Parecer n.º 14/82).

Para J. M. Cardoso da Costa “[a] linha demarcadora do âmbito da retroactividade fiscal constitucionalmente admissível passará, desde logo, pela distinção entre situações tributárias «permanentes» e «periódicas» e «factos» cuja eficácia fiscal se esgota ou se firma «instantaneamente», para cada um deles «de per si» (maxime, pela distinção entre «impostos periódicos» e «impostos de obrigação única»), e passará provavelmente, depois, no que concerne àquele primeiro tipo de situações, pela distância temporal que já tiver mediado entre o período de produção dos rendimentos e a criação (ou modificação) do correspondente imposto. Isto, de todo o modo, sem prejuízo do relevo de outras circunstâncias, cujo possível peso não poderá ignorar-se.” (Cfr. Cardoso da Costa, “O Enquadramento Constitucional do Direito dos Impostos em Portugal”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição*, Vol. II, Coimbra, 1997, p. 418).

Recentemente, no acórdão n.º 128/2009, o Tribunal considerou que a natureza necessariamente fluida dos critérios utilizados levou a que, “em diversos arestos, o Tribunal viesse dar como boas leis fiscais retroactivas. Foi o que sucedeu, por exemplo, nos Acórdãos n.º 11/83 e 66/84 (este último em Acórdãos, 4.º Vol. p. 35) e ainda nos Acórdãos n.ºs 67/91, 1006/96, 1204/96 e 416/02 (todos disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). Noutros casos, ao invés, o Tribunal entendeu que, por inexistirem razões de interesse público que prevalecessem sobre o valor da segurança jurídica, as normas retroactivas seriam intoleráveis e, consequentemente, constitucionalmente ilegítimas (Cfr., por exemplo, os Acórdão n.ºs 409/89, 216/90, 410/95 e 185/2000, também disponíveis no mesmo lugar).”

**8.3.** Após a revisão constitucional de 1997, com a consagração expressa do princípio da proibição da retroactividade da lei fiscal, a jurisprudência do Tribunal não pôde deixar de ter em conta

esta alteração (cfr., entre outros, acórdãos n.ºs 172/00, 604/05 e 63/06).

Note-se, porém, que as questões de constitucionalidade que se suscitaram perante o Tribunal relativamente à proibição da retroactividade fiscal, após a revisão constitucional de 1997, não se assemelham à questão que se coloca nos presentes autos.

## **O sentido da retroactividade na CRP**

9. Proibindo a Constituição a retroactividade da lei fiscal, cumpre salientar que o seu sentido não é unívoco.

Como sustenta Alberto Xavier, não basta afirmar que a lei fiscal não pode ser retroactiva, pois a concretização deste princípio envolve sérias dificuldades, atendendo a que se podem descortinar dentro dele diversos graus, sendo que, do ponto de vista constitucional, alguns são mais gravemente desvalorados do que outros (Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa 1974, p. 196 e segs; *idem*, “O problema da retroactividade das leis sobre imposto de renda”, in *Textos Seleccionados de Direito Tributário*, coord. de Sampaio Dória, São Paulo, 1983, p. 77 e segs. Mais recentemente, cfr. Américo Fernando Brás Carlos, *Impostos — Teoria Geral*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2010, p. 142 e segs).

Assim, um caso em que o facto tributário que a lei nova pretende regular já tenha produzido todos os seus efeitos ao abrigo da lei antiga e um outro caso em que o facto tributário tenha ocorrido ao abrigo da lei antiga, mas os seus efeitos, designadamente os relativos à liquidação e pagamento, ainda não estejam totalmente esgotados não terão necessariamente o mesmo desvalor constitucional, uma vez que a primeira situação é do ponto de vista da eventual afectação da situação jurídica do contribuinte mais grave que a segunda. E estes dois casos diferenciam-se também de um terceiro em que o facto tributário que a lei nova pretende regular na sua totalidade não ocorreu totalmente ao abrigo da lei antiga, antes se continua formando na vigência da lei nova, como acontece nos presentes autos.

A qualificação que a doutrina atribui a cada uma destas situações não é de todo convergente, verificando-se, todavia, um certo

consenso em considerar a primeira situação descrita como retroactividade autêntica (cfr. Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, p. 147; Américo Fernando Brás Carlos, *Impostos*, p. 145 e segs.; Nuno Sá Gomes, *Manual de Direito Fiscal*, Vol. II, Lisboa, 1996, p. 414 e segs.). Em relação aos segundo e terceiro casos enunciados, há quem considere que ambas as situações se enquadram na retroactividade inautêntica, enquanto outros apenas incluem a segunda situação nesta categoria, defendendo que o terceiro caso já não se integra em qualquer tipo de retroactividade, mas sim na retrospectividade (cfr. Américo Fernando Brás Carlos, *Impostos*, p. 145 e segs.; Nuno Sá Gomes, *Manual de Direito Fiscal*, Vol. II, Lisboa, 1996, p. 419 e 420).

Independentemente da terminologia utilizada pela doutrina para qualificar cada uma destas situações, o que interessa nos presentes autos é a delimitação rigorosa do âmbito da proibição constitucional da retroactividade.

**9.1.** Ora, os trabalhos preparatórios da IV Revisão Constitucional revelam-se, neste domínio, particularmente elucidativos.

A ideia da não retroactividade da lei fiscal (impositiva) foi apresentada em várias propostas que a incluíam, em locais distintos, tendo três delas sido objecto de discussão na reunião da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, de 9 de Outubro de 1996 (cfr. DAR, II Série, RC, n.º 36, de 10 de Outubro de 1996, p. 1081).

O teor dessas propostas era o seguinte:

**a) Proposta apresentada pelo PS:**

*«A lei fiscal não pode ser aplicada retroactivamente, sem prejuízo de as normas respeitantes a impostos directos poderem incidir sobre os rendimentos do ano anterior».*

**b) Proposta apresentada pelo PCP:**

*«A lei que criar ou aumentar impostos não pode ter efeito retroactivo, sendo vedada a tributação relativa a factos geradores ocorridos antes da respectiva lei».*

### c) Proposta apresentada pelo PSD:

*«Ninguém poder ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei».*

Da sua discussão em Comissão resulta, claramente, o seguinte:

- 1.º) Verificou-se um certo consenso no sentido da consagração da proibição da retroactividade pura e simples da lei fiscal, como o demonstram, em especial, as intervenções dos Deputados José Magalhães, Octávio Teixeira e Maria Eduarda Azevedo. Assim, logo na sua primeira intervenção, a propósito do actual n.º 3 do artigo 103.º CRP, o Deputado José Magalhães afirma que “(… ) *há um consenso inicial no sentido de se clarificar este ponto, objecto de abundante controvérsia doutrinal e jurisprudencial (...)*”. No mesmo sentido se expressou o Deputado Octávio Teixeira: “*em relação a esta questão da retroactividade (...), o que nos interessa fundamentalmente é constitucionalizar o princípio da não retroactividade*”. A Deputada Maria Eduarda Azevedo assevera mesmo que “*estamos todos na mesma linha quanto às propostas apresentadas*” (cfr. DAR, II Série, RC, n.º 36, de 10 de Outubro de 1996, p. 1081 e segs).
- 2.º) A retroactividade só é proibida para as leis que criem ou aumentem impostos e não para as que diminuam ou eliminem impostos.
- 3.º) Não se pretendeu abranger as situações — que, aliás, ocorrem, frequentemente, nos Orçamentos — de alteração de taxas sobre rendimentos do ano anterior no que diz respeito aos impostos sobre o rendimento, como é caso do IRS. A primeira intervenção neste sentido coube a José Magalhães: “*a nossa formulação (...) visa clarificar (...) o que é e o que não é retroactividade, designadamente salvaguardar, como é evidente, o princípio de que as normas respeitantes a impostos directos que inci-*



*dem sobre os rendimentos do ano anterior não devem ter efeitos retroactivos. Obviamente sempre assim terá de ser.”* (cfr. DAR, II Série, RC, n.º 36, de 10 de Outubro de 1996, p. 1081 e segs.). Também a intervenção do Deputado Octávio Teixeira corrobora este entendimento: “(...) *aquando da primeira leitura, todos os partidos políticos presentes nesta Comissão disseram que não queriam confundir o seguinte: quando nos Orçamentos para o ano X ou para o ano N se alteram, por exemplo, as taxas, as deduções, os abatimentos, ou o que quer que seja aos impostos sobre os rendimentos — quer o IRS quer o IRC — essas alterações aplicam-se aos rendimentos do ano N menos 1”* (cfr. DAR, II Série — RC, n.º 99, de 4 de Junho de 1997, p. 2920 e segs.).

- 4.º) O escopo da norma era o de impedir a criação de impostos extraordinários, como o que tinha ocorrido em 1983 (imposto extraordinário) e não se deveria estender, nos casos dos impostos directos, como o IRS e o IRC, à possibilidade de alterar as taxas sobre rendimentos do ano anterior (cfr., de novo, a intervenção do Deputados Octávio Teixeira, *in* DAR, II Série — RC, n.º 99, de 4 de Junho de 1997, p. 2920 e segs.).

Em suma, dos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1997 retira-se, por um lado, que o legislador da revisão apenas pretendeu incluir, no n.º 3 do artigo 103.º da CRP, a proibição da retroactividade autêntica, própria ou perfeita da lei fiscal, o que não é contrariado pela letra do preceito, uma vez que o texto constitucional apenas se refere à natureza retroactiva *tout court*. Por outro lado, resulta igualmente dos trabalhos preparatórios, de forma cristalina, que não se pretenderam integrar no preceito as situações em que o facto tributário que a lei nova pretende regular não ocorreu totalmente ao abrigo da lei antiga, antes continuando a formar-se na vigência da lei nova, pelo menos, quando estão em causa impostos directos relativos ao rendimento (como é claramente o caso dos presentes autos).

**9.2.** Aliás, o próprio Tribunal Constitucional, na sua mais recente jurisprudência em matéria fiscal, designadamente nos acórdãos n.ºs 128/2009 e 85/2010, também considerou que a retroactividade consagrada no artigo 103.º, n.º 3, CRP é somente a autêntica. Disse-se no primeiro acórdão:

*“Decorre deste preceito constitucional que qualquer norma fiscal desfavorável (não se entrando aqui na questão de saber se normas fiscais favoráveis podem, e em que medida, ser retroactivas) será constitucionalmente censurada quando assuma natureza retroactiva, sendo a expressão «retroactividade» usada, aqui, em sentido próprio ou autêntico: proíbe-se a aplicação de uma lei fiscal nova, desvantajosa, a um facto tributário ocorrido no âmbito da vigência da lei fiscal revogada (a lei antiga) e mais favorável.”*

E mais adiante, no referido acórdão, reitera-se:

*“A retroactividade proibida no n.º 3 do artigo 103.º da Constituição é a retroactividade própria ou autêntica. Ou seja, proíbe-se a retroactividade que se traduz na aplicação de lei nova a factos (no caso, factos tributários) antigos (anteriores, portanto, à entrada em vigor da lei nova).”*

Note-se, contudo, que, nestes dois arestos, o Tribunal decidiu que, nos casos em apreciação, não havia qualquer retroactividade, ou seja, não havia aplicação da lei a factos anteriores à sua entrada em vigor.

Na doutrina, Autores há que consideram que o âmbito de aplicação do artigo 103.º, n.º 3, CRP abrange somente a retroactividade autêntica e não a imprópria ou “inautêntica” (Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, p. 147; Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II volume, coordenação de Paulo Otero, pp. 872 e segs., Américo Fernando Brás Carlos, *Impostos*, p. 145 e segs.), enquanto outros mostram mais simpatia pela posição contrária, como é o caso de Paz Ferreira (*in Constituição da República Portuguesa Anotada*, org. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo II,

Coimbra, 2006, p. 223, seguindo a posição de Diogo e Mónica Leite de Campos e Jorge Bacelar Gouveia).

**9.3.** Dito isto, vejamos se as normas das duas leis fiscais — as Leis n.ºs 11/2010 e 12-A/2010 — que introduzem alterações ao n.º 1 do artigo 68.º do CIRS, cuja entrada em vigor ocorreu no dia seguinte ao da sua publicação, estão ou não feridas de retroactividade autêntica.

A resposta a esta questão afigura-se relativamente simples, uma vez que nenhuma destas normas se pretende aplicar a factos tributários que tenham produzido todos os seus efeitos ao abrigo da lei antiga, pelo que não se verifica a retroactividade autêntica.

Para uma melhor compreensão do que está em causa nos presentes autos, há que proceder a um breve excursão acerca do imposto sobre o qual incidem as leis em apreço, ou seja, o IRS.

### **Breve excursão sobre o imposto sobre rendimento das pessoas singulares**

**10.**—O IRS caracteriza-se, em primeiro lugar, por ser um imposto directo, em que se tributam os rendimentos das pessoas singulares. Este imposto assenta em factos tributários de formação sucessiva, sendo que o facto tributário sujeito a imposto só está completo no último dia do período de tributação. O facto tributário que dá origem ao imposto é, pois, complexo.

A configuração do elemento temporal do facto tributário é, no IRS, duradoura, pelo que se trata de um imposto periódico. Ou seja, a relação jurídica fonte da obrigação de imposto tem na sua base situações estáveis que se prolongam no tempo.

Nos termos do artigo 22.º, n.º 1, do CIRS, “o rendimento colectável em IRS é o que resulta do englobamento dos rendimentos das várias categorias auferidos em cada ano, depois de feitas as deduções e os abatimentos”. Ou seja, trata-se de um imposto anual, em que não se tributa cada rendimento percebido de *per si* (embora a retenção na fonte possa, por vezes, obnubilar esta realidade), mas sim o englobamento de todos os rendimentos recebidos num determinado ano.

O que significa que só no final do ano de 2010 se pode apurar a taxa do imposto, bem como o escalão no qual o contribuinte se insere.

**10.1.** Acresce ainda que as normas relativas à caducidade do direito à liquidação e à prescrição apontam igualmente no sentido do carácter anual do imposto. Assim, o artigo 45.º, n.º 4, da LGT estabelece que nos impostos periódicos o prazo de caducidade se conta a partir do termo do ano em que se verificou o facto tributário e o artigo 48.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, determina que as dívidas tributárias prescrevem nos impostos periódicos, no prazo de oito anos, contados a partir do termo do ano em que se verificou o facto tributário. Quer dizer, para efeitos de caducidade do direito à liquidação e de prescrição cada facto gerador de rendimento individualmente considerado não é por si só considerado um facto tributário autónomo.

**10.2.** Tendo em conta que as normas ora em apreciação foram publicadas já no decurso do período de tributação, importa averiguar se sofrem de inconstitucionalidade, não já por violação do princípio da não retroactividade (autêntica) contido no artigo 103.º, n.º 3, da CRP, mas antes por violação de outros princípios, designadamente, do princípio da protecção da confiança.

### **A protecção da confiança e a retroactividade inautêntica**

**11.** Como já mencionámos, o Tribunal Constitucional considerou, designadamente nos acórdãos n.ºs 128/2009 e 85/2010, que a “retroactividade inautêntica” não é proibida pelo artigo 103.º, n.º 3, da CRP.

No fundo, o alcance prático desta tese é o de admitir que - nos casos de retroacção limitada ao período fiscal em que a lei entrou em vigor, que seria, como vimos, o caso dos autos - é possível, no que diz respeito aos impostos periódicos, a aprovação de leis no decurso do período de tributação que se destinem a produzir efeitos em relação a todo esse período, ficando, no entanto, tais leis sujei-

tas ao teste resultante dos princípios do Estado de Direito, como seja o teste da protecção da confiança.

**11.1.** Se antes da revisão constitucional de 1997, o Tribunal fundamentava o princípio da proibição da retroactividade da lei fiscal no princípio da segurança e da confiança (cfr., por exemplo, Acórdão n.º 67/91), após 1997, embora não possa deixar de dar relevo à corporização do princípio no texto constitucional, o Tribunal continua a considerar que, nas situações de retroactividade imprópria, se deve ponderar a confiança que os contribuintes depositaram na norma fiscal.

Como se afirmou no Acórdão n.º 172/00, *“os fundamentos de proibição da retroactividade respeitam à segurança dos cidadãos. Assim, tal segurança é afectada perante alterações legislativas que, no momento da prática ou ocorrência dos factos que os envolvem, nem poderiam ser previstas nem tinham que o ser. Mas tal segurança também é afectada onde o seja a vinculação do Estado pelo Direito que criou, através de alteração de situações já instituídas ou resolvidas anteriormente.”*

**11.2.** Em jurisprudência recente deste Tribunal, pode ler-se *“ao textualizar a proibição de normas fiscais retroactivas, a Constituição conferiu uma especial corporização ao princípio, corporização essa que se traduz na necessária ausência de ponderações sempre que ocorram casos [de leis tributárias] que sejam retroactivas em sentido próprio ou autêntico. Nesses casos (...) não há lugar a ponderações: a norma retroactiva é, por força do n.º 3 do artigo 103.º, inconstitucional. Mas tal não significa que, por causa disso, se tenha esgotado ou exaurido a «utilidade» do princípio da confiança em matéria tributária. Pode haver outras situações — de retroactividade imprópria, ou até de não retroactividade — que convoquem a questão constitucional que é resolvida pela tutela da confiança.”* (cfr. Acórdãos n.ºs 128/2009 e 85/2010).

**11.3.** Na doutrina não existe consenso quanto à questão do fundamento do princípio da irretroactividade da lei fiscal, podendo, no essencial, distinguir-se três posições:

Para alguns Autores, este princípio funda-se na segurança jurídica e na protecção da confiança (cfr. Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, 1998 p. 399; *Idem*, *Direito Fiscal*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2009, p. 146; Américo Fernando Brás Carlos, *Impostos — Teoria Geral*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2010, p. 142). O primeiro Autor citado afirma, expressamente, que “a proibição da retroactividade não pode deduzir-se indirectamente, quer do princípio da legalidade fiscal, quer do princípio da proibição das leis retroactivas restritivas de direitos, liberdades ou garantias” (Casalta Nabais, *O Dever Fundamental...*, p. 399).

Para outros Autores, a proibição da retroactividade fiscal baseia-se no princípio da legalidade tributária (cfr. Nuno Sá Gomes, *Manual de Direito Fiscal*, Vol. II, Lisboa, 1996, p. 432).

Uma terceira corrente, procurando conciliar as duas posições anteriores defende que “*no quadro normativo-constitucional actual [leia-se após a revisão de 1997], a proibição da retroactividade em matéria fiscal deve ser vista não apenas à luz do princípio em presença [leia-se: princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos], mas também nas relações que estabelece com os princípios da legalidade e a igualdade tributária*” (neste sentido, Jónatas Machado/Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra 2009, p. 60).

## **As normas *sub judicio* e a protecção da confiança**

**12.** Vejamos, então, se as normas em apreço passam o teste da protecção da confiança.

A jurisprudência do Tribunal nesta matéria é abundante. Para uma síntese, veja-se o Acórdão n.º 128/2009:

*“a «mobilização» do princípio da confiança em matéria tributária obriga a um juízo que não prescinde de ponderações: saber se a norma é ou não inconstitucional (por violação da protecção da confiança) obriga a que se tenha em conta, e se pondere, tanto o contexto da administração tributária quanto o contexto do particular tributado.*

8.2. No Acórdão n.º 287/90, de 30 de Outubro, (...) o Tribunal procedeu à distinção entre o tratamento que deveria ser dado aos casos de «retroactividade autêntica» e o tratamento a conferir aos casos de «retroactividade inautêntica» que seriam, disse-se, tutelados apenas à luz do princípio da confiança enquanto decorrência do princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2.º da Constituição.

De acordo com esta jurisprudência sobre o princípio da segurança jurídica na vertente material da confiança, para que esta última seja tutelada é necessário que se reúnam dois pressupostos essenciais:

- a) a afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda
- b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição).

Os dois critérios enunciados (e que são igualmente expressos noutra jurisprudência do Tribunal) são, no fundo, reconduzíveis a quatro diferentes requisitos ou “testes”. Para que para haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.

*Este princípio postula, pois, uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na estabilidade da ordem jurídica e na constância da actuação do Estado. Todavia, a confiança, aqui, não é uma confiança qualquer: se ela não reunir os quatro requisitos que acima ficaram formulados a Constituição não lhe atribui protecção.”.*

Antes de mais, deve notar-se que, para efeitos dos juízos de ponderação acabados de enunciar, não se vislumbram diferenças substanciais entre as alterações do artigo 68.º, n.º 1, do CIRS provenientes da Lei n.º 11/2010, a qual introduziu um novo escalão e as que constam da Lei n.º 12-A/2010 que procedeu ao aumento do valor das taxas de todos os escalões.

**12.1.** Começando pelo teste relativo à questão de saber se existe afectação de expectativas, em sentido desfavorável, e se essa afectação constitui uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não teriam podido contar, importa averiguar, desde logo, se a Constituição tutela a expectativa dos contribuintes de que não haja alterações dos escalões e das taxas de IRS desde o início do ano fiscal até ao seu final — de 1 de Janeiro até 31 de Dezembro.

Ora, apesar de a introdução do novo escalão de 45% bem como o aumento da taxa do IRS em todos os escalões terem, por certo, como consequência o aumento do montante do imposto a pagar no momento da liquidação e cobrança do mesmo, isso não significa que exista uma expectativa constitucionalmente tutelada de que essas alterações tenham de ser todas efectuadas pelo legislador logo no dia 1 de Janeiro de cada ano.

No caso em apreço, várias foram as razões que levaram o legislador a proceder a essas alterações já no decurso do ano fiscal.

Em primeiro lugar, tendo em conta a conjuntura económico-financeira internacional, incluindo a situação dos mercados internacionais, a avaliação da situação financeira portuguesa por parte das instâncias internacionais, designadamente do FMI e da OCDE, bem como as medidas tomadas em Estados-Membros da União Europeia em idêntica situação, como foram os casos da Grécia e da



Espanha, não seria razoável pensar que Portugal ficaria imune a esta tendência.

Em segundo lugar, não é possível afirmar que esta medida fosse algo com que os contribuintes por ela afectados não pudessem razoável e objectivamente esperar, tendo em conta que um dos modos de fazer face à situação económico-financeira do País e, nomeadamente, ao desequilíbrio orçamental, é pela via do aumento da receita fiscal. Além disso, o anúncio reiterado, no debate político e no espaço público, da necessidade de medidas conjuntas de combate ao défice orçamental e aos custos da dívida pública acumulada apontava no mesmo sentido.

Em terceiro lugar, deve notar-se que a produção de efeitos das normas em apreço, desde 1 de Janeiro de 2010, não se afigura intolerável nem insuportável para os contribuintes. Senão vejamos:

Em relação aos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 11/2010, o novo escalão (que é um valor de rendimento a partir do qual se deverá aplicar uma taxa superior) tem também associado a si uma determinada taxa. Essa taxa era de 42%, de acordo com o Orçamento de Estado para 2010 e subiu para 45 %, com a Lei n.º 11/2010. Ora, na lógica da progressividade do IRS, essa taxa apenas se aplica aos rendimentos brutos que excedam os € 150.000,00. Ou seja, supondo que um contribuinte tem € 200.000,00 de rendimento, essa nova taxa não se aplica a todos os seus rendimentos, mas apenas aos € 50.000,00 que excedem os € 150.000,00 do novo escalão.

O carácter excessivo ou não do ónus imposto pelo novo escalão tem de ser aferido em função da proporção dos valores aí implicados. Ora, o aumento de 3% que corresponde ao novo escalão poderia ser excessivo em outros patamares de rendimento mas não o é em valores que excedem os € 150.000,00.

No que diz respeito à Lei n.º 12-A/2010, o aumento de 0,58 % das taxas gerais deste imposto aplicáveis até ao 3.º escalão de rendimentos e em 0,88 % a partir do 4.º escalão, tem igualmente em conta a progressividade do imposto. Além disso, o legislador manifesta alguma moderação na alteração das taxas, uma vez que, não obstante ter como certo que o aumento deveria ser de 1 % e de 1,5 %, respectivamente, acabou por proceder a um menor aumento, devido ao ajustamento das taxas em função dos meses do

ano. Ora, segundo o próprio legislador, esse ajustamento foi introduzido para obviar ao impacto da eventual retroactividade do imposto. Senão vejamos:

Na exposição de motivos da Lei n.º 12-A/2010 pode ler-se o seguinte:

*“No que respeita à tributação adicional em sede de IRS, ela é concretizada através da fixação de uma nova tabela geral de taxas, que incidem formalmente sobre o todo dos rendimentos de 2010 e que, portanto não afectam situações de tributação pretéritas consolidadas jurídico-fiscalmente. Além disso, de modo a garantir que os contribuintes apenas sofrem acréscimo correspondente a sete meses do ano, as taxas adicionais de 1% e de 1,5% são objecto de uma ponderação, aplicando-se em 2010 apenas em 7/12 do seu valor. Só no contexto do Orçamento do Estado para 2011 se introduzirão os ajustamentos necessários à tabela de modo a reflectir a aplicação plena das novas taxas no próximo ano.”*

Por outro lado, o aumento da percentagem da taxa em 0,58 % e em 0,88 % não é de tal forma relevante que possa vir a colidir, de modo intolerável e opressivo, com decisões de vida que os contribuintes, eventualmente, tenham tomado.

**12.2.** Por último, refira-se que o grau de tolerância da medida legislativa tomada face ao princípio da confiança é directamente correspondente ao grau de relevância do interesse público constitucionalmente tutelado.

Segundo o legislador, existem razões imperiosas de interesse público que justificam quer uma nova taxa de IRS no valor de 45% para sujeitos passivos ou agregados familiares que obtenham um valor anual de rendimentos superiores a € 150000,00, a qual veio a ser criada pela Lei n.º 11/2010, quer uma tributação adicional em sede de IRS, mediante aumento de 0,58 % das taxas gerais deste imposto aplicáveis até ao 3.º escalão de rendimentos e em 0,88 % a partir do 4.º escalão, a qual consta da Lei n.º 12-A/2010.

Ora, não tem este Tribunal razões que lhe permitam pôr em causa que a prossecução do interesse público, em face da situação

económico-financeira do País, exige a adopção de medidas deste tipo. Aliás, na exposição de motivos da Proposta de Lei 26/XI (1.<sup>a</sup>) que deu lugar à Lei n.º 12-A/2010 afirma-se, peremptoriamente, que *“no quadro de uma política comum adoptada na zona euro com vista a devolver a confiança aos mercados financeiros e aos seus agentes e fazer face ao ataque especulativo à moeda única (...) torna-se necessário propor à Assembleia da República a aprovação de um conjunto de medidas motivadas pelo interesse geral, numa conjuntura económico-financeira excepcional de instabilidade e de ataques especulativos nos mercados financeiros que afecta vários Estados da União Europeia, à qual Portugal não é alheio.*

Apesar de o mesmo não suceder na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 15/XI (1.<sup>a</sup>), trata-se de um facto público e notório, pelo que as normas dos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 11/2010 estão igualmente justificadas por razões de interesse público constitucionalmente tutelado.

O legislador considerou que, tanto a Lei n.º 11/2010, que cria um novo escalão de imposto, com um carácter transitório para valer nos anos de 2010 a 2013 como a Lei n.º 12-A/2010 que aumenta o valor das taxas de todos os escalões, se inserem num conjunto mais vasto de medidas de combate ao défice orçamental e que só a sua aplicação ao ano presente permite obter, com a necessária celeridade, a receita fiscal que o legislador pretende com esta específica medida.

Note-se que, confrontado com o carácter meramente simbólico da medida relativa à criação do novo escalão, o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais defendeu no Parlamento esse mesmo carácter simbólico, mas acrescentando que *“esse simbolismo (...) é algo mais do que poesia; é o simbolismo por detrás da Constituição da República Portuguesa e de todo o Estado social português”*. Afirmou então: *“Não julgamos que se trate apenas de uma medida simbólica; trata-se de uma medida com efeitos, também significativos, sobre a receita, e a receita que esperamos arrecadar com a taxa é, efectivamente de 30 milhões”* (DAR, I Série, n.º 55/XI, de 8 de Maio de 2010, p. 12 e 13).

Ambas as leis têm, portanto, como finalidade, a prossecução de um legítimo e premente interesse de obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas.

E nem se diga que não foram equacionadas outras soluções alternativas, supostamente, menos gravosas.

Em relação à Lei n.º 12-A/2010, a solução *pro rata temporis* foi objecto de discussão durante os trabalhos preparatórios (DAR I Série — n.º 64, de 4 de Junho de 2010, p. 55). Com efeito, a proposta de aditamento à Proposta de Lei n.º 26/XI (1.ª) consistiria na divisão do ano em dois períodos, aplicando-se um acréscimo de taxas de 1% ou 1,5%, consoante os casos, apenas aos rendimentos resultantes de factos tributários ocorridos no período posterior à entrada em vigor da lei. Ou seja, a solução seria fazer recair a carga fiscal adicional apenas sobre factos tributários ocorridos na parte do ano fiscal de 2010 ainda não decorrida.

Esta proposta seria, todavia, considerada pelo legislador “impraticável e impensável” (cfr. DAR I Série — n.º 64, de 4 de Junho de 2010, p. 55), pelo que foi rejeitada, em sede de votação na especialidade, com base fundamentalmente em dois argumentos. O primeiro foi o de que apesar de a lei pretender aplicar-se a factos passados, esta “não [seria] uma verdadeira retroactividade, porque o rendimento colectável é um rendimento anual”. O segundo argumento foi no sentido de que a cláusula de não retroactividade levantaria um problema relativamente aos contribuintes da categoria B que tinham o rendimento e os custos concentrados em um dos semestres (DAR I Série — n.º 66, de 11 de Junho de 2010, p. 39).

Quer dizer, segundo o legislador, uma medida deste tipo até poderia ter como efeito a obtenção da receita fiscal que se pretendia, mas o carácter do imposto em causa tornava-a inviável.

**12.3.** Em conclusão, do exposto resulta que as Leis n.ºs 11/2010 e 12-A/2010 prosseguem um fim constitucionalmente legítimo, isto é, a obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas, têm carácter urgente e premente e no contexto de anúncio das medidas conjuntas de combate ao défice e à dívida pública acumulada, não são susceptíveis de afectar o princípio da confiança insito no Estado de Direito, pelo que não é possível formular um juízo de inconstitucionalidade sobre a normas dos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho, nem sobre as normas dos artigos 1.º e 20.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, na

medida em que estes preceitos se destinam a produzir efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2010.

### III — Decisão

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide não declarar a inconstitucionalidade da norma do artigo 68.º, n.º 1, do Código do IRS, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 11/2010 e, posteriormente, pelo artigo 1.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho.

Lisboa, 27 de Outubro de 2010. — *Ana Maria Guerra Martins* — *Gil Galvão* — *Catarina Sarmento e Castro* — *Carlos Fernandes Cadilha* — *Maria João Antunes* — *Joaquim de Sousa Ribeiro* — *Vítor Gomes* — *Maria Lúcia Amaral* (vencida, nos termos da declaração de voto junta) — *José Borges Soeiro* (vencido, de harmonia com a declaração de voto, que junto) — *Carlos Pamploza de Oliveira*. Vencido conf. declaração. — *João Cura Mariano* (vencido pelas razões constantes da declaração que junto) — *Rui Manuel Moura Ramos* (Vencido, parcialmente, pelas razões constantes da declaração de voto junta).

### DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencida, pelas razões seguintes:

1. A argumentação do Acórdão estrutura-se em torno de três premissas iniciais. Em primeiro lugar, sustenta-se que a Constituição, no n.º 3 do artigo 103.º, só proíbe a retroactividade autêntica; em segundo lugar, entende-se que as medidas legislativas em juízo, ao criar mais um escalão de IRS e ao aumentar todas as taxas do imposto, não são autenticamente retroactivas; *para além disso*, conclui-se ainda que tais medidas não lesam os princípios do Estado de direito, “como seja a protecção da confiança”.

A fundamentar a primeira premissa apresenta o Acórdão, basicamente, duas razões. A primeira é a dos trabalhos preparatórios da IV Revisão Constitucional, de 1997, que introduziu a actual redacção do n.º 3 do artigo 103.º da CRP.

Não entrarei agora na discussão, vasta e impossível de travar neste lugar, sobre os métodos de interpretação constitucional. Particularmente, sobre a questão de saber *se*, e *em que medida*, pode tal interpretação repousar (a propósito de qualquer questão; mas, sobretudo, a propósito de uma questão como esta, que se prende com a determinação do conteúdo e alcance da proibição da retroactividade fiscal) no *argumento dos trabalhos preparatórios*, de modo a conferir-lhe a autoridade, que aqui se lhe quis atribuir, de argumento último e definitivo. Limito-me a salientar que os termos em que decorreu a discussão parlamentar estão longe de permitir a conclusão, que o Acórdão considera “cristalina”, segundo a qual o legislador de revisão só terá pretendido proibir a retroactividade própria ou autêntica, não integrando por isso o preceito (o n.º 3 do artigo 103.º) a chamada retroactividade inautêntica ou retrospectividade. Quando muito, o que desses trabalhos se retira é a convicção segura de que o mesmo legislador, sabendo que o fenómeno da retroactividade se poderia revestir de gradações diferentes, teve consciência das dificuldades de interpretação que a redacção do novo texto por certo traria. Assim sendo, fica por compreender — ainda na lógica estrita dos cânones clássicos de interpretação, que é aquela que o Acórdão adopta — por que motivo não explicitou ele, na letra do n.º 3 do artigo 103.º, que a retroactividade que aí proibia era, *apenas*, a “própria” ou “autêntica”. Se era esta a sua inequívoca vontade, resultante dos trabalhos preparatórios, o silêncio do texto quanto a ela, não sendo facilmente compreensível, não se oferece também como elemento tranquilizador.

2. Em segundo lugar, e para provar que a proibição constitucional da retroactividade tem apenas o alcance restrito que se afirma ter, o Acórdão invoca jurisprudência anterior do Tribunal (Acórdão n.º 128/09).

Entendo, contudo, que se extraiu desta jurisprudência algo bem diverso do que ela quis dizer.

Na interpretação que dele faço, não pretendeu o Tribunal, no Acórdão n.º 128/09, romper com o lastro anterior da sua jurisprudência. Nomeadamente, não pretendeu sustentar que, após a revisão de 1997, o n.º 3 do artigo 103.º pudesse viver isoladamente, sendo, em si mesmo, portador de um sentido que, além de fixo e invariável, se mostrasse apreensível à margem das ponderações que os princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança (estruturantes do Estado de direito) oferecem ao aplicador do Direito. O que se pretendeu — em contexto, aliás, de controlo concreto — foi apenas retirar consequências da consagração, em texto, da proibição da retroactividade, lendo nela um sinal forte de censura quanto às situações mais gravosas de efeitos retroactivos ditos “autênticos”.

De resto, a revisão de 97 não pode ter tido como efeito o impossível. E impossível se mostra destacar o princípio constitucional da retroactividade da lei fiscal dos seus antecessores lógicos — o princípio da proporcionalidade e da protecção da confiança — de modo tal que o campo da retroactividade proibida seja mecanicamente determinado sem a intervenção daqueles princípios.

Ao afirmar, logo de início e à margem de qualquer leitura sistémica, que o n.º 3 do artigo 103.º da CRP *só* proíbe a retroactividade autêntica, e ao ponderar *depois* se a “retroactividade” existente no caso (e que já se concluiu não ser proibida nos termos do artigo 103.º) lesa ou não os princípios do Estado de direito, o Acórdão opera, em meu entender, uma cisão lógica e metodológica entre o princípio do n.º 3 do artigo 103.º e os princípios do artigo 2.º que a jurisprudência anterior do Tribunal não efectuou, e que nenhuma regra de interpretação constitucional legítima.

3. Assim, e retirando-se do texto revisto em 97 um *sinal forte* de censura, pelo menos, da retroactividade autêntica, o que, a meu ver, a questão colocada exigiria ao Tribunal seria a *ponderação*, à luz dos princípios que estruturam o Estado de direito e que dão corpo ao n.º 3 do artigo 103.º da CRP, *entre o “tipo” de retroactividade* existente nas medidas legislativas sob juízo e o fim relevantíssimo de interesse público que levou o legislador a adoptá-las.

Neste contexto, entendi — de acordo com memorando inicialmente apresentado, e que não obteve vencimento — que o

aumento das taxas de IRS, operado pelas normas pertinentes da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, se mostrava *excessivo* porque não necessário. A “compensação” de 7/12, afirmada pelo Executivo e invocada pelo Acórdão (a par das dificuldades de realização prática dos meios não retroactivos) para *justificar* a inexistência de lesão do princípio da protecção da confiança, não é meu ver suficiente para anular o carácter *excessivo* da medida legislativa. Sendo o *excesso* aferido, não em função da escolha “aumento/não aumento das taxas”, mas em função da escolha aumento *retroactivo* / / aumento *não retroactivo*, entendi que ficara por provar que ao legislador ordinário *só* restava, como *único* meio possível de consecução dos fins relevantes de interesse público, a via do aumento retroactivo, constitucionalmente censurada.

Por isso, votei a inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 68.º do Código de IRS, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, quando conjugado com o n.º 1 do artigo 20.º da mesma Lei.

4. Dos pressupostos de que parti decorre o juízo de não inconstitucionalidade relativo à criação, com efeitos retroactivos, de mais um escalão de IRS, operada pelas normas pertinentes da Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho. E isto, por dois motivos fundamentais.

Em primeiro lugar, pela natureza inevitavelmente anual do escalão. A anualidade (estrutural e não prática) da medida tornaria impossível ao legislador a escolha do meio mais benigno ou menos oneroso para as pessoas, que seria — recorde-se — não a de deixar de criar mais um escalão de imposto, mas a de deixar de lhe atribuir efeitos de retroacção ao início do ano.

Acresce que a medida de criação de mais um escalão se harmoniza com o princípio da progressividade do imposto sobre o rendimento, princípio esse que estrutura o sistema constitucional de justiça fiscal.

Assim, sendo bem diversos, num caso e noutro (ou seja: no caso de criação de mais um escalão de IRS e no caso de aumento generalizado de todas as suas taxas) os universos das pessoas afectadas e a intensidade da afectação, diverso terá que ser, no



meu entendimento, o juízo sobre cada uma das medidas legislativas. — *Maria Lúcia Amaral*.

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Dissenti do aresto que fez vencimento pela seguinte ordem de razões:

1. Após a revisão constitucional de 1997 e a consequente introdução do artigo 103.º, n.º 3 — irretroactividade da lei fiscal —, a jurisprudência do Tribunal Constitucional vem entendendo que o princípio da não retroactividade assume uma dimensão categórica.

Diz-se no Acórdão n.º 128/2009: “Ao textualizar a proibição de normas fiscais retroactivas, a Constituição conferiu uma especial corporização ao princípio, corporização essa, que se traduz na necessária ausência de ponderações sempre que ocorram casos (de leis tributárias) que sejam retroactivas em sentido próprio ou autêntico. Nesses casos (...) não há lugar a ponderações: a norma retroactiva é, por força do n.º 3 do artigo 103.º, inconstitucional”.

Isto significa, ainda segundo o mesmo acórdão, que o princípio da não retroactividade deixa de se poder consumir totalmente em princípios de maior abrangência como a protecção da confiança e a proporcionalidade.

Ele ganha “autonomia normativa” e aplica-se, de forma ampla, a todas as normas fiscais que penalizem os contribuintes, sejam elas relativas a impostos ordinários ou extraordinários, periódicos ou sobre factos instantâneos, refiram-se eles à definição do facto tributário ou à determinação do montante do imposto através de taxas, escalões ou deduções. As normas fiscais que agravem a situação dos contribuintes não se podem aplicar a factos passados.

No dizer de Gomes Canotilho (“Direito Constitucional...”, 7.ª ed., pag. 261): “Retroactividade consiste basicamente numa ficção: (...) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor. (...) Fala-se em retroactividade em sentido restrito (...) Haverá

uma retroactividade autêntica quando uma lei fiscal publicada em Dezembro retroage os seus efeitos a 1 de Janeiro do mesmo ano.”

Também Paz Ferreira defende a tese de merecer a censura constitucional fazer retroagir as normas fiscais ao início do ano em que são aprovadas.

Refere: “as duas posições possíveis são a de aceitar a aplicação a partir daí, procedendo-se à divisão de rendimentos ou a de afirmar que a alteração só se aplica no ano seguinte, como defendem Diogo e Mónica Leite Campos e Bacelar Gouveia, por exemplo, posição com que se tende a simpatizar porque há de facto uma integração na constituição financeira que leva a que se deva considerar que existe um princípio de anualidade que é igualmente aplicável aos impostos” (in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, org. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo II, 2006, pag. 223).

Propendemos para defender a primeira tese, no que se refere à problemática que envolve a Lei n.º 12/A/2010 — divisão de rendimentos — (“pro rata temporis”), porquanto mesmo a considerar o rendimento anual como um todo, os factos tributários que dão origem são susceptíveis de autonomização.

Na lição de Alberto Xavier (in “Manual de Direito Fiscal”, Lisboa, 1974, pag. 201) “o rendimento é um facto complexo de formação sucessiva. Complexo, porque consiste num conjunto de factos, circunstâncias ou eventos em que se decompõe; de formação sucessiva, porque se vai desenvolvendo ao longo de uma fracção de tempo que é o período do imposto. A unificação do facto pelo elemento temporal — se é relevante para certos efeitos — não tem a força bastante para destruir o carácter complexo e continuativo do facto e a sua consequente possibilidade de fragmentação legal”.

Explicita bem esta afirmação a situação dos factos tributários relativos ao IRS serem autonomizáveis a circunstância da “retenção na fonte” incidir sobre cada facto gerador de rendimento individualmente considerado, bem como os aludidos rendimentos terem “origens diversas”.

Poderia, assim, o legislador, na linha que se vem defendendo, ter operado, nesta sede, “pro rata tempore”, isto é proceder à divisão proporcional do ano de harmonia com a ocorrência do respec-

tivo facto tributário, conforme também é propugnado por Nuno Sá Gomes, (in “Manual de Direito Fiscal”, Vol. II, 1997, Pag. 417 e segs).

Desta forma, e, contrariamente ao sustentado no acórdão que fez vencimento, considero que a interpretação dada à Lei n.º 12 — A/2010, entrada em vigor a 1 de Julho, no sentido de que as novas taxas agravadas de IRS por ela instituídas são aplicáveis aos factos tributários ocorridos antes do início da sua vigência é inconstitucional por violação do princípio da irretroactividade fiscal consagrado no artigo 103.º, n.º 3 da Constituição.

2. Dissenti, também, do juízo formulado, no que se refere à Lei n.º 11/2010, que aprovou um novo escalão de IRS, para rendimentos superiores a €150.000. Conforme já se referiu “supra”, existe uma integração na constituição financeira que leva a que se deva considerar que existe um princípio de anualidade que é igualmente aplicável aos impostos, com maior grau de incidência nos escalões. Corresponde à exigência constitucional da progressividade dos impostos sobre o rendimento (artigo 104.º, n.º 1, da Constituição) e incidem, no actual quadro fiscal, sobre o rendimento anual dos agregados familiares.

Na verdade, e, como já foi assinalado, enquanto as taxas podem ser diferentes em diferentes períodos do ano, já que os factos tributários são autonomizáveis, os escalões de imposto são, ao invés, por força da lei referidos a todo o ano.

Na lição de Guilherme de Oliveira Martins e alt. (in “Lei de Enquadramento Orçamental Anotada e Comentada”, 2007, Almeida, pag. 22), a anualidade dos impostos consubstancia uma regra com consagração financeira formal, não só porque a própria ideia de periodicidade resultava da concepção do orçamento, tal como surgia na Constituição (artigo 108º, na redacção da revisão de 1982), mas também porque se apontava implicitamente para a anualidade no artigo 93.º, alínea c), também na redacção da revisão de 1982.

De qualquer forma, a regra da anualidade regressou ao texto constitucional, por força da redacção do artigo 106.º, n.º 1, dada pela revisão constitucional de 1997.

Assim “desde a restauração desta regra orçamental básica, fica dissipada qualquer dúvida que pudesse subsistir quanto à inconstitucionalidade directa da violação da anualidade orçamental”.

Desta forma, o novo escalão de 45% só poderia iniciar a sua vigência no início do ano subsequente ao da sua aprovação, isto é, em 1 de Janeiro de 2011.

Por conseguinte, e, contrariamente ao sustentado no acórdão que fez vencimento, considero que a interpretação dada ao artigo 2.º da Lei n.º 11/2010, entrada em vigor a 16 de Junho, com o propósito de criar um escalão adicional de tributação, sujeitando os rendimentos anuais superiores a €150.000 à taxa de imposto de 45% ser aplicável aos factos tributários ocorridos antes do início do ano subsequente à sua vigência é inconstitucional por violação do princípio da irretroactividade fiscal consagrado no artigo 103.º, n.º 3 da Constituição. — *José Borges Soeiro*.

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido essencialmente pelos motivos enunciados pela Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral nos pontos 1., 2., e 3. na sua Declaração de Voto, para os quais, com a devida vénia, remeto. Tais razões conduzem-me, no entanto, a concluir pela inconstitucionalidade das normas submetidas ao julgamento do Tribunal, sem qualquer limitação. — *Carlos Pamplona de Oliveira*.

## DECLARAÇÃO DE VOTO

À noção de Estado é inerente o poder de lançar impostos, como manifestação de soberania, visando o financiamento das despesas da sua estrutura e o desenvolvimento das suas políticas sociais.

A obrigação fiscal nasce por isso por simples iniciativa dos órgãos do Estado e tem repercussões ablativas no património dos cidadãos.

Perante um longo passado de abusos e arbitrariedades no lançamento e cobrança de impostos, a introdução do princípio da legalidade nesta matéria veio conferir-lhe um estatuto de cidadania no mundo do Direito.

Para que o Estado possa cobrar um imposto ele terá que ser previamente aprovado pelos representantes do povo e terá que estar perfeitamente determinado em lei geral e abstracta. Só assim se evitará que esse poder possa ser exercido de forma abusiva e arbitrária, indigna de um verdadeiro Estado de direito.

E nos casos em que o imposto aprovado pelo parlamento incida sobre rendimentos obtidos pelo contribuinte, o mesmo princípio da legalidade não poderá deixar de exigir que ele só possa atingir os rendimentos que o contribuinte venha a auferir após a entrada em vigor da lei.

Na verdade, caso se permitisse que a lei tributária dispusesse para o passado, com efeitos retroactivos, prevendo a tributação de actos praticados quando ela ainda não existia, estaria a permitir-se que o Estado impusesse determinadas consequências a uma realidade, posteriormente a ela se ter verificado, sem que os seus actores tivessem podido adequar a sua actuação de acordo com as novas regras.

Esta exigência revela as preocupações do princípio da protecção da confiança dos cidadãos, também ele princípio estruturante do Estado de direito democrático, reflectidas na vertente do princípio da legalidade, segundo a qual, a lei, numa atitude de lealdade com os seus destinatários, só deve reger para o futuro.

Em matéria fiscal, tal como em matéria penal, apesar das conhecidas diferenças de valoração dos interesses perseguidos, só o estrito e absoluto respeito por estas ideias garantirá uma relação íntegra e leal entre o cidadão e o Estado, que permitirá a este a utilização da designação de Estado de direito democrático.

É nesse sentido que deve ser lida a introdução pelo legislador constituinte, na Revisão de 1997, da regra da proibição da criação de impostos com natureza retroactiva (*nullum tributum sine lege praevia*), no artigo 103.º, n.º 3.

Não se visou explicitar uma simples refracção do princípio geral da protecção da confiança dos cidadãos, inerente a toda a

actividade do Estado de direito democrático, mas sim expressar, numa matéria nevrálgica, uma regra absoluta de definição do âmbito de validade temporal das leis criadoras ou agravadoras de impostos, prevenindo, assim, a existência de um perigo abstracto de grave violação daquela confiança.

Não há, pois, que efectuar, em qualquer caso, um juízo de proporcionalidade relativamente a qualquer medida legislativa com eficácia retroactiva, para verificar se a mesma afecta desrazoavelmente a confiança dos cidadãos, estando essa validade temporal absolutamente proibida pela regra inserida no artigo 103.º, n.º 3, da Constituição.

É certo que os trabalhos preparatórios desta reforma do texto constitucional evidenciam que alguns dos parlamentares que intervieram naquele processo de Revisão Constitucional, numa atitude de condescendência com situações de atraso na aprovação do orçamento anual, não pretenderam abranger com esta proibição as situações de alteração das taxas de imposto relativas ao ano em curso, no que diz respeito aos impostos sobre o rendimento, como é caso do IRS, mesmo quando essa alteração fosse desfavorável ao contribuinte. Contudo essa excepção não ficou expressa no texto constitucional, pelo que o intérprete goza de ampla liberdade na definição do âmbito da proibição constitucional da retroactividade da lei fiscal.

Ora, face às razões e princípios que cimentam esta regra, não é possível estabelecer qualquer distinção entre a lei que cria um novo imposto e a lei que altera a taxa de um imposto já existente em desfavor do contribuinte. Em ambas as situações se estabelecem consequências danosas para o património deste para actos ocorridos em data anterior à previsão por lei dessas consequências, em manifesto desrespeito pela lealdade que deve, necessariamente, caracterizar as relações entre um Estado de direito democrático e os seus cidadãos.

Do mesmo modo não se justifica, como faz o presente acórdão, exportar para este domínio a distinção entre retroactividade autêntica e inautêntica, uma vez que o que releva, face aos princípios constitucionais enunciados, não é o momento em que se produzem os efeitos de um imposto, mas sim o momento em que

ocorre o acto que determina o pagamento desse imposto. É esse acto que vai dar origem à constituição de uma obrigação tributária, pelo que é nessa altura, em obediência ao princípio da legalidade, na vertente fundamentada pelo princípio da protecção da confiança, que se exige, como medida preventiva, que já se encontre em vigor a lei que prevê a criação ou o agravamento desse imposto, de modo a que o cidadão possa equacionar as consequências fiscais do seu comportamento.

As normas cuja fiscalização sucessiva foi peticionada introduzem novas taxas e um novo escalão no Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares, agravando a situação dos contribuintes abrangidos, pelo que lhes estava vedada qualquer eficácia retroactiva.

Contudo, as mesmas entraram em vigor apenas em 16 Junho e 1 de Julho de 2010 para se aplicarem aos rendimentos obtidos durante todo o ano de 2010.

O rendimento colectável em IRS é o que resulta do englobamento dos rendimentos das várias categorias auferidos em cada ano, depois de feitas as deduções e os abatimentos previstos na lei. Ou seja, trata-se de um imposto anual, em que não se tributa cada rendimento percebido de *per si*, mas sim o englobamento de todos os rendimentos recebidos num determinado ano, deduzidos dos montantes previstos na lei.

Estamos, pois, perante o agravamento da tributação de um facto complexo, de formação sucessiva ao longo de um ano, por acto legislativo que começou a vigorar após o início da verificação do facto tributário complexo duradouro, mas antes do seu termo.

Tendo-se já iniciado a prática do facto que vai dar origem à obrigação tributária posteriormente agravada por lei nova, as razões que presidiram à consagração da regra de proibição da retroactividade neste domínio estão integralmente presentes, uma vez que também aqui importa prevenir o risco abstracto de que a lei publicada *medio temporis* provoque agravos financeiros desrazoáveis, pela impossibilidade financeira em que se encontravam os cidadãos afectados, vinculados a tais factos já pendentos, de prever e prover quanto às suas consequências tributárias, determinadas por lei futura.

Também, relativamente a estes impostos, não pode uma lei, sob pena de violação da proibição imposta no artigo 103.º, n.º 3, da Constituição, agravar o seu montante, relativamente ao período fiscal em curso aquando da sua entrada em vigor.

Assim, tendo as normas cuja fiscalização de constitucionalidade foi pedida pelo Presidente da República entrado em vigor em 16 de Junho e 1 de Julho de 2010, ao determinarem a sua aplicação ao IRS relativo ao período fiscal do próprio ano de 2010, violaram a referida proibição constitucional, pelo que me pronunciei pela declaração da sua inconstitucionalidade. — *João Cura Mariano*.

## DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Votei parcialmente vencido a presente decisão. Contrariamente ao que foi decidido pelo Tribunal, pronunciei-me pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 68.º, n.º 1, do Código do IRS, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, quando conjugado com o disposto no n.º 1 do artigo 20º da mesma lei, na medida em que pretende aplicar-se a factos tributários ocorridos anteriormente ao início da sua vigência, por violação do princípio da não retroactividade das leis fiscais consagrado no artigo 103.º, n.º 3, da Constituição. Cumpre agora explicitar as razões desta divergência, que começam no discurso do acórdão quanto à retroactividade fiscal proibida na Constituição e se prolongam no julgamento do sentido normativo que resulta da conjugação daqueles preceitos legais.

2. No que respeita ao primeiro aspecto citado, a leitura que faço do sentido e alcance da regra constitucional da proibição da retroactividade das leis fiscais difere de facto da que resulta do acórdão. Tenho para mim que o princípio da irretroactividade fiscal, expressamente consagrado no artigo 103º, n.º 3, da Constituição com a Revisão Constitucional de 1997, já valia objectivamente antes dessa data, como resulta da jurisprudência constitucional,



que ancorava então aquela proibição no princípio da protecção da confiança e na ideia de Estado de Direito ínsita no artigo 2.º da Constituição. Entendo no entanto que tal consagração expressa, ao invés de constituir, como parece decorrer do discurso argumentativo do acórdão, uma via paralela de apreciação das normas fiscais retroactivas, não pode deixar de se repercutir na força, alcance e vigor do princípio, tal como ele é reconhecido no texto constitucional. Aquela consagração, ao invés de limitar o reconhecimento do princípio, como até agora acontecia, a uma decorrência de parâmetros mais fluidos como a segurança, a protecção da confiança e a ideia de Estado de Direito, vem afinal confirmar a autonomia normativa do princípio, que se liga a exigências mais precisas de legalidade, isto é, ao princípio da legalidade tributária (assim Jónatas Machado/Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra, 2009, p. 60). Neste sentido, o legislador fica obrigado a não aprovar leis fiscais retroactivas.

A afirmação de que o princípio da não retroactividade das leis fiscais ganha autonomia normativa, deixando por isso de se poder consumir em princípios de maior abrangência como a protecção da confiança e a proporcionalidade, não exclui que ele não conheça excepções, mas supõe, quando a justificação das normas que o lesem se pretenda fazer com base na necessidade urgente de obtenção de uma maior receita fiscal, que se demonstre que não havia meios alternativos não retroactivos de obtenção daquela receita.

É esta a leitura que cremos resultar da expressa formulação de uma regra proibitiva da retroactividade fiscal, que expressamente textualiza o princípio da irretroactividade que até 1997 a jurisprudência deste Tribunal fazia decorrer do princípio da protecção da confiança ínsito na ideia de Estado de Direito consagrada no artigo 2.º da Constituição.

Independentemente do cuidado que deve merecer, em termos de hermenêutica constitucional, a mobilização do elemento histórico da interpretação jurídica, em particular dos trabalhos preparatórios, não cremos que a discussão parlamentar que precedeu a aprovação da modificação do texto constitucional permita concluir pela existência de uma vontade do legislador histórico que afaste o sentido que acabamos de expressar.

3. A alteração ao n.º 1 do artigo 68.º do CIRS decorrente da Lei n.º 12-A/2010 pretende abranger factos tributários ocorridos antes da sua entrada em vigor (pois que as taxas aí previstas se aplicarão ao rendimento fiscal com expressa inclusão do que foi gerado na vigência de distintas taxas de imposto). É certo que elas não pretendem agir sobre rendimentos gerados em anos anteriores, tendo pois a retroactividade aí consagrada um carácter limitado no tempo, na medida em que a nova lei se limita a retroagir ao início do ano fiscal em que as alterações são aprovadas. Esta circunstância permite falar de uma retroactividade imprópria ou inautêntica, na medida em que a situação dos contribuintes se não encontra ainda perfeitamente consolidada, o que possibilita mitigar a dimensão categórica do princípio da irretroactividade, admitindo, em situação de necessidade, a aprovação de leis fiscais retroactivas, com sujeição expressa das leis em causa ao controlo dos princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança (assim, na Alemanha, o *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 5. 142. Aktualiz, Heidelberg, 2009, p. 741).

A admissibilidade de uma retroactividade inautêntica, isto é, da possibilidade de aprovação de leis retroactivas agravadoras da carga fiscal relativa a impostos periódicos (como o IRS) que não retroajam para além do início de ano fiscal em que foram aprovadas (como ocorre no caso vertente) supõe assim que se faça o teste resultante dos princípios do Estado de Direito como o da confiança e da proporcionalidade, tendo em conta a dimensão categórica que resulta da expressa consagração da irretroactividade fiscal agravadora.

A irretroactividade inautêntica ou imprópria será assim possível se as medidas legislativas que a implicam tiverem por finalidade um legítimo e premente interesse de obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas, tiverem carácter necessário, por inexistirem alternativas não retroactivas viáveis, dentro do mesmo tipo de imposto, para obtenção da mesma receita fiscal, e não puserem em causa de forma excessiva a posição jurídica dos contribuintes impondo-lhes ónus quantitativamente excessivos ou que lesem de forma intolerável as suas legítimas expectativas.

4. Se se não contesta que as providências legislativas em questão possam prosseguir um legítimo e premente interesse de obtenção da receita fiscal para fins de combate ao défice orçamental e de equilíbrio das contas públicas, já não cremos porém que a medida aprovada pela Lei n.º 12-A/2010 passe o teste da necessidade, resultante da inexistência de medidas não retroactivas viáveis de idêntica natureza.

Na verdade, a norma contida nos artigos 1.º e 20.º, n.º 1 da Lei n.º 12-A/2010, que só entrou em vigor 1 de Julho, agravou as taxas de IRS para todo o ano de 2010, assumindo pois tal agravamento natureza retroactiva. A receita fiscal assim obtida (e resultante de um aumento de 0,58 e 0,88 nas taxas de imposto aplicáveis aos diversos escalões do IRS) poderia no entanto ser obtida de forma não retroactiva, com a elevação das respectivas taxas em 1% e 1,5% apenas a partir da entrada em vigor da lei, e isto porque, como decorre também do acórdão, o referido aumento de 0,58 e 0,88 nas taxas aprovadas mais não pretende ser do que uma fracção de um aumento de taxas de 1% e 1,5% dispersas por todo o ano, incluindo pois os rendimentos recebidos antes da entrada em vigor da Lei.

A adopção de tal medida não retroactiva suporia a divisão do ano fiscal em dois períodos aplicando-se as novas taxas apenas no período subsequente à entrada em vigor da nova lei. Tal permitiria aplicar as novas taxas de forma não retroactiva, isto é, apenas aos rendimentos recebidos após a sua entrada em vigor. Sendo o rendimento um facto complexo de formação sucessiva, a sua modificação pelo elemento temporal correspondente ao período de imposto não tem a força bastante para destruir o carácter complexo e continuativo do facto e a sua consequente possibilidade de fragmentação real. A natureza do rendimento como facto continuativo legitima a sua divisão *pro rata temporis*, entendendo como factos verificados ao abrigo da lei antiga os rendimentos gerados desde o início do período de imposto até à data de entrada em vigor da nova lei; e, simultaneamente, como factos verificados ao abrigo da lei nova os rendimentos gerados a partir da sua entrada em vigor (Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa, 1974, p. 201).

Esta solução fiscal é aliás objecto de expressa consagração legal no nosso ordenamento jurídico, a propósito da aplicação no

tempo da lei fiscal, ao menos a partir de 1998, precisamente no n.º 2 do artigo 12.º da Lei Geral Tributária (Lei n.º 14/98) que, ao dispor que “se o facto tributário for de formação sucessiva, a lei nova só se aplica ao período decorrido a partir da sua entrada em vigor”, parece consagrar a aludida posição de Alberto Xavier (expressamente neste sentido veja-se a *Lei Geral Tributária* comentada e anotada, 3.ª edição, Lisboa 2003, Vislis Editores, de Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, a ps. 82-84). A expressa consagração legal deste critério aplicativo não permite assim que as suas consequências sejam dadas por impraticáveis e impensáveis, contrariamente ao que faz o acórdão, a partir de afirmações produzidas no debate parlamentar que precedeu a aprovação das medidas a que nos reportamos.

Assim, existindo alternativas não retroactivas à norma sob sindicância (que, repete-se, prescreve a aplicação das novas taxas agravadas de IRS instituídas pela Lei n.º 12-A/2010, entrada em vigor a 1 de Julho, aos factos tributários ocorridos antes do início da sua vigência) tal norma é para nós inconstitucional por violação do princípio da irretroactividade fiscal consagrado no artigo 103.º, n.º 3 da Constituição.

5. O mesmo se não dirá, e aqui o nosso juízo coincide com o do acórdão, quanto à norma resultante dos artigos 1º e 2º da Lei n.º 11/2010, que criaram um novo escalão de imposto, com um carácter transitório, para valer nos anos de 2010 a 2013.

A Lei n.º 11/2010 aprovou um novo escalão de IRS para rendimentos superiores a 150.000 euros, ao qual se aplica a taxa de 45% e que pretende vigorar para todos os rendimentos obtidos desde o início do ano de 2010.

Na doutrina, Paz Ferreira, Bacelar Gouveia e Diogo e Mónica Leite de Campos defendem que, para as leis fiscais aprovadas a meio do ano, se deverá estabelecer uma dilação temporal *in futurum*, o que significa que o novo escalão só poderia valer para os anos seguintes de 2011 a 2013 (veja-se, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, org., Tomo II, Coimbra, 2006, p. 223).

Esta solução é congruente com o carácter anual dos escalões, que correspondem à exigência constitucional de progressividade dos impostos sobre o rendimento (artigo 104.º, n.º 1, da Constituição) e incidem, no actual quadro fiscal, sobre o rendimento anual dos agregados familiares. Enquanto as taxas podem ser diferentes em diferentes períodos do ano (pois como se verificou os factos tributários são autonomizáveis), os escalões de imposto, pelo contrário, são, por força da lei, necessariamente referidos a todo o ano. Referem-se necessariamente ao rendimento globalmente obtido nesse ano. Neste domínio específico faz sentido falar de anualidade: não de anualidade da totalidade dos aspectos do imposto, mas apenas da anualidade específica dos escalões de imposto — recorde-se, com Tipke (“La Retroattività nel Diritto Tributario”, *in Trattato di Diritto Tributario*, dirig. por Andrea Amatucci, vol. I, Pádua 1994, pg. 442), que a regra da anualidade tem um alcance delimitado e não geral. Especificamente em matéria de escalões não é todavia possível dividir o ano, dado que eles são relativos ao rendimento colectável anual englobado. Deste modo, as alterações relativas aos escalões terão, num quadro legal como o actualmente existente, de vigorar para todo o ano.

Importa contudo verificar, como fizemos atrás a propósito do aumento das taxas, se a retroactividade inautêntica consubstanciada na aplicação do novo escalão a todo o ano de 2010 será constitucionalmente tolerável nos termos dos testes inicialmente avançados.

A criação do novo escalão, prevista no Plano de Estabilidade e Crescimento, insere-se num conjunto mais vasto de medidas de combate ao défice orçamental, só a sua aplicação ao ano presente permitindo obter com a necessária celeridade a receita fiscal que o legislador pretende com esta específica medida.

Devemos ter presente que, confrontado com o carácter meramente simbólico da medida, o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais defendeu no Parlamento esse mesmo carácter simbólico, mas acrescentando que “esse simbolismo (...) é algo mais do que poesia; é o simbolismo por detrás da Constituição da República Portuguesa e de todo o Estado social português”. Afirmou então: “Não julgamos que se trate apenas de uma medida simbólica; trata-

-se de uma medida com efeitos, também significativos, sobre a receita, e a receita que esperamos arrecadar com a taxa é, efectivamente de 30 milhões” (DAR, I Série, n.º 55/XI, de 8 de Maio de 2010).

A lei tem portanto, como finalidade, a prossecução de um legítimo e premente interesse de obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas, nos exactos termos do primeiro teste acima definido.

Teremos, então, de verificar se haveria alternativas não retroactivas viáveis do tipo das adoptadas pela nova lei. Não seria, evidentemente, o caso de se aumentar mais as taxas dos outros escalões, pois essa seria já uma medida de outra natureza ou de outro tipo. Por seu turno, a possibilidade de se estabelecer uma tributação adicional sobre os rendimentos colectáveis de maior volume, nos quadros do IRS, também não é uma alternativa: é precisamente o que o legislador fez ao criar o novo escalão de imposto, com a Lei n.º 11/2010.

Não havendo alternativas não retroactivas dentro do mesmo tipo de medida fiscal, resta, então (e diferentemente do que se passou com a norma da Lei n.º 12-A/2010 acima analisada em que a existência de medidas alternativas não retroactivas tornava inútil a prossecução da análise), fazer ainda o terceiro teste que acima formulámos, para as hipóteses de retroactividade imprópria, e que acresce aos restantes: o teste decorrente dos princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança.

Não é possível afirmar que esta medida fosse algo que os contribuintes por ela afectados não pudessem esperar, tendo em vista o anúncio reiterado, feito nomeadamente através de membros do Governo, da necessidade de medidas conjuntas de combate ao défice orçamental e aos custos da dívida pública acumulada.

Como se esclarece nos Acórdãos n.ºs 128/2009 e 85/2010, “a afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar”. Ora não é o que, no caso, sucedia.

No que respeita ao ónus que é imposto ao contribuinte, devemos começar por dizer que o novo escalão (que é um valor de ren-

dimento a partir do qual se deverá aplicar uma taxa superior) tem também associado a si uma determinada taxa. Essa taxa era de 42% de acordo com o Orçamento de Estado para 2010 e subiu para 45 %, com a Lei n.º 11/2010. Ora, na lógica da progressividade do IRS, essa taxa apenas se aplica aos rendimentos brutos que excedam os 150.000 euros. Ou seja, supondo que um contribuinte tem 200.000 euros de rendimento, essa nova taxa não se aplica a todos os seus rendimentos, mas apenas aos 50.000 euros que excedem os 150.000 do novo escalão.

O carácter excessivo ou não do ónus imposto pelo novo escalão tem de ser aferido em função da proporção dos valores aí implicados. Ora o aumento de 3% que corresponde ao novo escalão poderia ser excessivo em outros patamares de rendimento mas não o é em valores que excedem os 150.000 euros. Note-se que este valor corresponde a um rendimento bruto de cerca de 12 500 euros por mês, algo de que apenas 1% dos contribuintes beneficia o que constitui uma parcela muito menor ainda da população, visto que há pessoas cujos rendimentos não lhes permitem contribuir, em termos de IRS.

E assim, não sendo contestável que a lei prossegue um legítimo e premente interesse de obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas, não existindo alternativas viáveis do mesmo tipo das que constam da lei e que permitam obter a mesma receita ao mesmo tempo, estando, além disso, confirmado que a medida, no contexto de anúncio das medidas conjuntas de combate ao défice orçamental e à dívida pública acumulada, não é susceptível de afectar de modo intolerável a confiança legítima dos contribuintes e sendo certo, ainda, que o aumento de imposto implicado no escalão não é desproporcional dado incidir apenas sobre o valor marginal dos rendimentos superiores a 150.000 euros, não é possível formular um juízo de inconstitucionalidade sobre a norma do artigo 2.º da Lei n.º 11/2010, que determina a aplicação ao ano de 2010 do novo escalão fiscal por ela introduzido.

*Rui Manuel Moura Ramos*

## ANOTAÇÃO

*Pelo Professor Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão*

1. A análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional, desde a sua criação com a revisão constitucional de 1982, conduz a um balanço altamente negativo no que se refere à protecção da Constituição Fiscal. Em consequência, podemos considerar que esta é a área onde se verifica um maior défice de protecção dos cidadãos, que todos os dias se vêem confrontados com novos impostos para satisfazer uma voragem despesista do Estado que não cessa de aumentar, sem que sequer sejam aplicadas as normas constitucionais que os deveriam proteger. Ora, esta situação acentua-se em épocas de crise financeira, onde surgem com imensa frequência medidas legislativas destinadas a arrecadar sob qualquer pretexto novas receitas para o Estado. Seria precisamente nestas alturas que se esperaria que o Tribunal Constitucional fosse absolutamente intransigente no respeito pelos limites constitucionais da tributação. Infelizmente, com o que nos deparamos é com uma jurisprudência complacente relativamente à observância desses limites constitucionais, de que constitui exemplo este acórdão, que parece querer ignorar completamente a decisão assumida pelo poder constituinte em 1997 de querer consagrar expressamente a proibição da retroactividade da lei fiscal no art. 103.º, n.º 3, da Constituição.

2. Ora, essa disposição surgiu precisamente em reacção do Parlamento contra a facilidade com que o Tribunal Constitucional aceitava o lançamento de impostos retroactivos designadamente no célebre acórdão 11/83 em que, utilizando uma retórica vaga sobre a inexistência de lesão da protecção da confiança, porque os contribuintes não sabiam o que poderiam esperar, o Tribunal Constitucional deixou passar um imposto extraordinário retroactivo. Com a revisão constitucional de 1997, este tipo de retórica deveria ter sido em absoluto postergado, mas o Tribunal Constitucional continua a insistir nela, permitindo-se criticar, ignorar e na prática reescrever o texto constitucional.



A crítica à disposição do art. 103º, n.º 3, da Constituição é frontalmente assumida. O Tribunal Constitucional diz logo sobre esta disposição o seguinte: “*Casalta Nabais apelida-a mesmo de “novorriquismo constitucional” (in Direito Fiscal, 5.ª ed., Coimbra, 2009, p. 146, nota 33) e Saldanha Sanches considera-a “fruto do ocaso político da referida revisão constitucional” (in Manual de Direito Fiscal, 3.ª ed., Coimbra, 2007, p. 190)*”. Ora, que saibamos, o Tribunal Constitucional não tem poderes de revisão constitucional, e não estando em causa a ultrapassagem de um limite material de revisão não se compreende que sentido tem o Tribunal Constitucional vir citar autores para criticar uma norma da Constituição que lhe incumbe defender.

3. Depois da crítica assumida à introdução da proibição da retroactividade pela revisão constitucional, o Tribunal Constitucional comporta-se como se ela não tivesse ocorrido, continuando a citar abundantemente a sua própria jurisprudência e a doutrina anteriores à revisão constitucional de 1997, que o levaram “*a dar como boas as leis fiscais retroactivas*”, as quais não têm naturalmente qualquer relevância perante a clara modificação do texto constitucional. E só muito timidamente acaba por reconhecer que “*após a revisão constitucional de 1997, com a consagração expressa do princípio da proibição da retroactividade da lei fiscal, a jurisprudência do Tribunal não pôde deixar de ter em conta esta alteração (cfr., entre outros, acórdãos n.ºs 172/00, 604/05 e 63/06)*”. Mas logo a seguir acrescenta que “*as questões de constitucionalidade que se suscitaram perante o Tribunal relativamente à proibição da retroactividade fiscal, após a revisão constitucional de 1997, não se assemelham à questão que se coloca nos presentes autos*”, o que lhe permite ignorar toda essa jurisprudência perante a questão agora colocada.

E, em relação a essa questão, o Tribunal Constitucional vem dizer que o sentido da proibição constitucional da retroactividade “*não é unívoco*” na doutrina, embora cite principalmente autores que escreveram antes da revisão constitucional de 1997. E para esclarecer essa falta de univocidade resolve recorrer aos trabalhos preparatórios dessa revisão constitucional. Ora, olhando para as

propostas dos diversos partidos, verifica-se que a proposta que fez vencimento foi a do PSD, tendo ficado vencidas as propostas do PS e do PCP, sendo que a do PS ressaltava expressamente a retroactividade nos impostos directos relativa a rendimentos do ano anterior. Pois estranhamente o Tribunal Constitucional tira desta discussão a conclusão que “*não se pretendeu abranger as situações — que, aliás, ocorrem, frequentemente, nos Orçamentos — de alteração de taxas sobre rendimentos do ano anterior no que diz respeito aos impostos sobre o rendimento, como é caso do IRS*” e que “*o escopo da norma era o de impedir a criação de impostos extraordinários, como o que tinha ocorrido em 1983 (imposto extraordinário) e não se deveria estender, nos casos dos impostos directos, como o IRS e o IRC, à possibilidade de alterar as taxas sobre rendimentos do ano anterior*”. Ora, de onde retira o Tribunal Constitucional esta extraordinária conclusão? Das declarações de deputados que foram subscritores das propostas que não fizeram vencimento. Parece-nos que seria antes a conclusão contrária a retirar.

4. O Tribunal Constitucional chega assim à conclusão de que a Constituição, quando proíbe a retroactividade, não proíbe o que ele próprio chama de “*retroactividade inautêntica*” ou “*retrospectividade*”, que ocorreria quando é alterada a taxa de um imposto periódico a meio de um período de tributação. Neste âmbito, o Tribunal Constitucional utiliza expressões elípticas para dizer uma coisa muito simples: que não há verdadeira retroactividade quando se altera a taxa de um imposto periódico a meio do período de tributação, e se aplica essa taxa a todo esse período, incluindo os rendimentos já gerados. Mas é manifesto que essa retroactividade existe, como aliás reconhece a própria Lei Geral Tributária (art. 12.º, n.º 2), cujas disposições sobre a aplicação da lei fiscal no tempo são totalmente desconsideradas pelo Tribunal Constitucional.

Efectivamente, relativamente à questão da retroactividade nos impostos periódicos têm surgido na doutrina as seguintes posições:

- 1) A nova taxa de imposto pode ser livremente aplicada a todo o rendimento gerado no período fiscal em curso, dado que nos impostos periódicos, o facto tributário apenas se verifica no ultimo dia do período de tributação, não

havendo assim neste caso retroactividade, mas mera retrospectividade. É esta a posição defendida por Américo Brás Carlos, Manuel Faustino<sup>(1)</sup> e com alguma hesitação por Rui Guerra da Fonseca<sup>(2)</sup>.

- 2) A nova taxa de imposto apenas se pode aplicar ao período fiscal posteriormente iniciado após a alteração da taxa de imposto. É esta a posição defendida por Eduardo Paz Ferreira<sup>(3)</sup>.
- 3) A nova taxa de imposto pode ser aplicada ao período fiscal em curso, mas a sua aplicação terá que ser efectuada *pro rata temporis* apenas aos rendimentos gerados após a entrada em vigor da lei nova, havendo assim que dividir o período fiscal em dois subperíodos, sendo que ao primeiro se aplicará a taxa da lei antiga e ao segundo a taxa da lei nova. É esta a posição de Alberto Xavier, Nuno Sá Gomes, Carlos Pamplona Corte-Real e Jónatas Machado e Paulo Nogueira da Costa<sup>(4)</sup>, e a que foi consagrada no art. 12.º, n.º 2, da LGT.

---

(1) Cfr. AMÉRICO FERNANDO BRÁS CARLOS, *Impostos. Teoria Geral*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 139-140, e MANUEL FAUSTINO, “Retroactividade, retrospectividade e alguma serenidade”, em *RFPDF*, ano III, n.º 3 (09/10), pp. 183-208 (201 e ss.).

(2) Efectivamente, RUI GUERRA DA FONSECA, em PAULO OTERO (coord.), *Comentário à Constituição Portuguesa*, II, Coimbra, Almedina, 2008, sub art. 103.º, p. 872 diz que “a (ir)retroactividade (imprópria) da lei fiscal deve ser olhada no contexto do próprio sistema fiscal, atendendo às suas finalidades e conteúdo principiológico. Admitindo que o disposto no n.º 3 do artigo 103.º da CRP não veda em absoluto esta modalidade de retroactividade, só a devida ponderação ao nível da proporcionalidade a pode salvar com alguma segurança da inconstitucionalidade”.

(3) Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, “Anotação”, em JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 223.

(4) Cfr. ALBERTO XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 1974, pp. 200-202, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito Fiscal*. Lisboa, CEF, 1981, pp. 134-135, NUNO SÁ GONES, *Lições de Direito Fiscal*, II., Lisboa, CEF, 1985, p. 326, e JÓNATAS E. M. MACHADO / PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra. Coimbra Editora, 2009, pp. 60-61.

A primeira posição é absolutamente insustentável. Na verdade, não faz qualquer sentido falar em retrospectividade ou em falsa retroactividade, uma vez que a lei neste caso não se limita a olhar para o passado, mas antes o vai efectivamente atingir<sup>(5)</sup>, alterando a tributação incidente sobre rendimentos que o contribuinte já percebeu. Os próprios autores que a defendem reconhecem o seu formalismo e a impossibilidade de dela retirar todas as consequências. Assim, refere Américo Brás Carlos que, mesmo após a revisão constitucional de 1997, continua “*a pensar que esta não é uma verdadeira retroactividade. Embora possa aparentar algum excesso de formalismo, essa opinião assenta num facto indesmentível: os factos periódicos de formação sucessiva, característicos dos impostos periódicos, só estão completos — e, portanto, só existem — no último dia do período de tributação*”<sup>(6)</sup>. É manifesto, no entanto, que esta posição é de facto excessivamente formalista e não assenta num facto indesmentível, mas antes numa ficção, resultante da periodicidade da tributação. Naturalmente que não faz qualquer sentido uma posição que sustenta que não há qualquer retroactividade na alteração da taxa de imposto até 30 de Dezembro, com aplicação a todos os rendimentos auferidos nesse ano, com o argumento (falso) de o facto tributário só existe a 31 desse mês<sup>(7)</sup>. O facto tributário surge normalmente no momento em que o rendimento é pago ou posto à disposição (cfr. o art. 7.º do CIRS), sendo o montante a 31 de Dezembro uma mera soma dos factos tributários ocorridos nesse ano, pelo que há manifestamente retroactividade quando a taxa abrange os rendimentos percebidos anteriormente. Ora, o contribuinte deve conhecer a carga fiscal que suporta no momento em que recebe o rendimento e pode legitimamente não querer receber mais rendimentos nesse ano a partir do momento em que a sua trib-

---

<sup>(5)</sup> Nos termos do *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea* da ACADEMIA DE CIÊNCIAS DE LISBOA, Lisboa, Verbo, 2001, pp. 3240-3241, enquanto *retroactivo* é o acto que tem incidência sobre o passado, *retrospectivo* é o acto que se limita a fazer uma revisão, uma análise detalhada do passado.

<sup>(6)</sup> Cfr. AMÉRICO FERNANDO BRÁS CARLOS, *Impostos. Teoria Geral*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 140.

<sup>(7)</sup> Essa ficção legislativa encontra-se consagrada no art. 8.º, n.º 9, do Código do IRC, mas em lugar algum aparece em sede de IRS. E não é a partir de ficções legais que se constroem doutrinas.

utação se torne para ele insustentável (designadamente se os novos rendimentos o fizerem subir de escalão).

É por isso que os autores que defendem esta tese, como Brás Carlos e Manuel Faustino, embora sustentem não haver retroactividade, admitem logo a seguir que pode haver inconstitucionalidade na aplicação da lei nova a um período de tributação já decorrido, quando seja violado o *princípio da segurança tributária ou da protecção da confiança*<sup>(8)</sup>. No fundo, vêm dizer o seguinte: aqui não há retroactividade, mas pode haver afectação da segurança tributária e consequentemente inconstitucionalidade. Ora, é manifesto que se não houvesse retroactividade, a segurança tributária não seria afectada, uma vez que ninguém pode esperar que as leis não sejam alteradas pra o futuro. Esta posição só serve assim para matizar a norma da proibição da retroactividade da lei fiscal, admitindo casuisticamente a sua aplicação retroactiva, o que é precisamente o oposto do que a revisão constitucional de 1997 pretendeu.

Já a segunda posição nos parece ser claramente excessiva, uma vez que nada obriga o legislador a conceder um período de *vacatio legis* correspondente ao preenchimento integral do período fiscal, o que seria incompatível com a urgência na satisfação das necessidades financeiras do Estado, sendo manifesto que não há retroactividade nos casos em que a lei apenas se aplique aos rendimentos futuros.

Defendemos, por isso, claramente a terceira posição, que é a que está consagrada no art. 12.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária, a qual, a possuir algum valor, deve ser precisamente para esclarecer o enquadramento geral das leis fiscais. Na verdade, a periodização nos impostos periódicos é claramente artificial e nada obriga a que todas as leis fiscais tenham que considerar o período fiscal na sua totalidade, e não o possam repartir em dois períodos distintos. O argumento da impraticabilidade administrativa desta solução, que é sustentado por Manuel Faustino<sup>(9)</sup>, não faz qualquer sentido. Em primeiro lugar, a administração fiscal tem que aplicar a lei que

---

(8) Cfr. AMÉRICO BRÁS CARLOS, *loc. cit.* e MANUEL FAUSTINO, *op. cit.*, pp. 204 e ss.

(9) Cfr. MANUEL FAUSTINO, *op. cit.*, pp. 207 e ss.

existe, não podendo elidir a sua aplicação por razões de praticabilidade administrativa. E, em segundo lugar, não há qualquer problema administrativo em fazer vigorar taxas de imposto diferentes no mesmo período fiscal, uma vez que também se alteram sem qualquer problema as taxas de retenção na fonte a meio do período fiscal.

5. O Tribunal Constitucional resolve, porém, afastar-se da solução consagrada no art. 12.º, n.º da Lei Geral Tributária e aplicar a primeira posição, o que se traduz num esvaziamento do art. 103.º, n.º 3 da Constituição e na sua substituição pelo princípio da protecção da confiança.

Diz assim o Tribunal Constitucional, que *“é possível, no que diz respeito aos impostos periódicos, a aprovação de leis no decurso do período de tributação que se destinem a produzir efeitos em relação a todo esse período, ficando, no entanto, tais leis sujeitas ao teste resultante dos princípios do Estado de Direito, como seja o teste da protecção da confiança”*. Conforme acima salientámos, esta tese envolve uma evidente petição de princípio, pois se a lei não fosse retroactiva neste caso, é evidente que nunca suscitaria qualquer problema de protecção da confiança: se suscita essa questão *é precisamente porque se trata de uma lei fiscal retroactiva*.

Assim, o que o Tribunal Constitucional consegue com esta tese é substituir uma norma constitucional expressa — o art. 103.º, n.º 3, da Constituição — por um mero princípio. A proibição da retroactividade da lei fiscal, que consta expressamente do art. 103.º, n.º 3, da Constituição é substituída por um vago princípio, que possa valer sem a pretensão de aplicação incondicional que caracteriza as normas. Daí que a seguir o Tribunal Constitucional se afadigue na busca do princípio que fundamenta a proibição da retroactividade, apresentando várias posições da doutrina sobre o assunto, o que lhe serve de facto para voltar à solução por si defendida antes da revisão constitucional de 1997, e designadamente no Acórdão 11/83: a retroactividade da lei fiscal é perfeitamente lícita, desde que não implique uma lesão intolerável da confiança.

E, como não podia deixar de ser, o Tribunal Constitucional chega naturalmente à conclusão de que estas normas retroactivas “*passam o teste de protecção da confiança*”. Vejamos por que razão esse teste é passado e os contribuintes não poderiam deixar de contar com leis fiscais retroactivas.

*“Em primeiro lugar, tendo em conta a conjuntura económico-financeira internacional, incluindo a situação dos mercados internacionais, a avaliação da situação financeira portuguesa por parte das instâncias internacionais, designadamente do FMI e da OCDE, bem como as medidas tomadas em Estados-Membros da União Europeia em idêntica situação, como foram os casos da Grécia e da Espanha, não seria razoável pensar que Portugal ficaria imune a esta tendência”*. Temos, portanto, que os contribuintes portugueses ficam a saber que, para o Tribunal Constitucional, têm que estar especialmente atentos à evolução da conjuntura económico-financeira internacional, uma vez que a evolução dessa conjuntura legítima que lhes sejam elevadas as taxas de imposto com efeitos retroactivos.

*“Em segundo lugar, não é possível afirmar que esta medida fosse algo com que os contribuintes por ela afectados não pudessem razoável e objectivamente esperar, tendo em conta que um dos modos de fazer face à situação económico-financeira do País e, nomeadamente, ao desequilíbrio orçamental, é pela via do aumento da receita fiscal. Além disso, o anúncio reiterado, no debate político e no espaço público, da necessidade de medidas conjuntas de combate ao défice orçamental e aos custos da dívida pública acumulada apontava no mesmo sentido”*. Ficamos, portanto, igualmente a saber que para o Tribunal Constitucional o princípio da legalidade do imposto está transformado numa fórmula vazia e que os contribuintes não se podem fiar nas leis fiscais que vigoram no país em determinado momento. No que os contribuintes devem acreditar é nos debates políticos que ocorrem no espaço público, uma vez que são os debates políticos que determinam o nível de tributação que os cidadãos podem esperar e não as leis previamente publicadas.

*“Em terceiro lugar, deve notar-se que a produção de efeitos das normas em apreço, desde 1 de Janeiro de 2010, não se afigura*

*intolerável nem insuportável para os contribuintes*”. Isto porquê? Aí o Tribunal Constitucional dá duas respostas diferentes, qual delas a mais absurda.

Em relação aos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 11/2010, a posição do Tribunal Constitucional é a de que a introdução retroactiva de um novo escalão de tributação não se afigura excessiva, porque se trata de contribuintes de elevados rendimentos, e se tem em conta a progressividade do imposto. Como se os contribuintes de mais elevados rendimentos não merecessem protecção contra a retroactividade da lei fiscal e a progressividade tivesse alguma coisa que ver com a retroactividade...

Já em relação à Lei 12-A/2010, onde já foram atingidos todos os contribuintes a partir do terceiro escalão, o Tribunal Constitucional vem dizer que *“o aumento de 0,58 % das taxas gerais deste imposto aplicáveis até ao 3.º escalão de rendimentos e em 0,88 % a partir do 4.º escalão, tem igualmente em conta a progressividade do imposto”*. Ou seja, mais uma vez o Tribunal Constitucional entende que, pelo facto de o aumento dos impostos ser progressivo pode ser retroactivo. É difícil acompanhar a lógica desta argumentação. Mas logo a seguir, citando a própria exposição de motivos da Lei 12-A/2010, o Tribunal Constitucional acha que *“o legislador manifesta alguma moderação na alteração das taxas, uma vez que, não obstante ter como certo que o aumento deveria ser de 1 % e de 1,5 %, respectivamente, acabou por proceder a um menor aumento, devido ao ajustamento das taxas em função dos meses do ano. Ora, segundo o próprio legislador, esse ajustamento foi introduzido para obviar ao impacto da eventual retroactividade do imposto”*. Ou seja, para o Tribunal Constitucional a retroactividade agora é compatível com um aumento inferior à taxa de imposto, como se o nível de tributação tivesse alguma coisa que ver com a aplicação da lei fiscal no tempo.

E por último, como seria de esperar, o Tribunal Constitucional sustenta que *“o grau de tolerância da medida legislativa tomada face ao princípio da confiança é directamente correspondente ao grau de relevância do interesse público constitucionalmente tutelado”*. E, mais uma vez com base na exposição de motivos da Lei 12-A/2010, e ser facto público e notório face à Lei 11/2010,



o Tribunal Constitucional acaba por concluir que “*as Leis n.ºs 11/2010 e 12-A/2010 prosseguem um fim constitucionalmente legítimo, isto é, a obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas, têm carácter urgente e premente e no contexto de anúncio das medidas conjuntas de combate ao défice e à dívida pública acumulada, não são susceptíveis de afectar o princípio da confiança insito no Estado de Direito, pelo que não é possível formular um juízo de inconstitucionalidade sobre a normas dos artigos 1.º e 2.º da Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho, nem sobre as normas dos artigos 1.º e 20.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, na medida em que estes preceitos se destinam a produzir efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2010*”.

Do que é que resulta então deste Acórdão? Como bem escreveu António Carlos dos Santos, o Tribunal Constitucional optou neste caso, “*como era previsível, por uma posição pragmática assente em elementos históricos e numa certa leitura da sua jurisprudência anterior, tendo em mente a justificação pública das medidas e as possíveis consequências administrativas e financeiras que poderiam resultar de outras interpretações*”, considerando que se trata de uma “*solução excepcional que não deveria constituir precedente para casos futuros*”<sup>(10)</sup>. Só que aos Tribunais Constitucionais não compete ser pragmáticos, nem justificar publicamente medidas legislativas com base nas consequências financeiras das mesmas, e muito menos adoptar soluções excepcionais, que não devem constituir precedente para o futuro. Compete-lhes antes defender a Constituição. Ora, não nos parece que a disposição do art. 103.º, n.º 3 da Constituição tenha sido adequadamente protegida por esta decisão do Tribunal Constitucional.

---

<sup>(10)</sup> Cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, “Cada cor seu paladar: sobre a aplicação do princípio da irretroactividade às taxas e escalões de IRS. Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 399/2010, de 27 de Outubro”, na *RFPDP*, ano III, n.º 4 (01/11), pp. 287-302 (301-302).



*Jurisprudência*  
*dos Conselhos*

SEGURO DE RESPONSABILIDADE  
CIVIL PROFISSIONAL

Parecer n.º 12/PP/2009-G

*Relator* Dr. Marcelino Pires

**I. Introdução**

A Sra. Dra. .... vem solicitar parecer a este Conselho, tendo formulado a seguinte questão: “Beneficiando de seguro de responsabilidade civil profissional através da apólice de seguro de RC Profissional subscrito pelo O. A. com complemento de seguro de responsabilidade civil a que faz alusão o artigo 99.º, n.º 1 do EOA, as custas da acção e do procedimento cautelar e das taxas de justiça em cujo pagamento fui condenada encontram-se incluídas no âmbito de cobertura do seguro de responsabilidade civil profissional?”

Apesar de a Requerente não ter invocado qualquer norma, é necessário aferir a legitimidade deste Conselho para emitir parecer sobre a questão.

Estabelece o art.º 45 do EOA, nas alíneas citadas:

Artigo 45.º

Competência

1 — Compete ao Conselho Geral:

(...)

- d) Deliberar sobre todos os assuntos que respeitem ao exercício da profissão, aos interesses dos advogados e à gestão da Ordem dos Advogados que não estejam especialmente cometidos a outros órgãos da Ordem, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 32.º;

No caso em apreço estamos perante uma questão de respeitante ao exercício da profissão à qual o Conselho tem competência para a emissão de parecer.

## II. Parecer

### A — Do seguro de responsabilidade civil

#### 1. Antecedentes do litígio

Antes de apreciarmos a questão de fundo, importa fazer uma breve referência aos factos que deram origem ao pedido de parecer da Requerente.

No âmbito de processo judicial, a Requerente foi contactada pela viúva e pelos filhos de um gerente de uma sociedade. Estes pretendiam impedir um negócio que iria ser celebrado pelo outro gerente da sociedade e um terceiro. A Requerente, pensando que o cargo de gerente se transmitia aos herdeiros, como acontece com a quota da participação social, elaborou uma procuração que foi assinada pelos herdeiros do gerente falecido. Esta, dava-lhe poderes para actuar em representação da sociedade.

Tendo em conta que o tal negócio foi celebrado pelo outro gerente, a Requerente interpôs uma providência cautelar de restituição provisória da posse, que foi declarada procedente. Em seguida, instaurou acção declarativa de condenação, cuja sentença decretou que sociedade não se encontrava validamente representada. Desta decisão, a Requerente recorreu para a Relação e, mais tarde para o Supremo. A Relação manteve a decisão da 1.ª Instância com base nos mesmos fundamentos. O STJ decidiu pela inadmissibilidade do recurso, por não estarem preenchidos os seus fundamentos. Em consequência desta decisão, a Requerente foi também condenada a pagar as custas relativas ao procedimento

cautelar e à acção e respectivos recursos. A Requerente foi também condenada a restituir as taxas de justiça pagas à parte que as efectuou e que não era imputável por elas.

A Requerente pretende agora saber se estas verbas poderão ser pagas pela seguradora ao abrigo do contrato de seguro de responsabilidade celebrado entre ambas<sup>(1)</sup>.

## 2. Do contrato de seguro profissional

O advogado que faltar culposamente aos deveres resultantes da assumpção do mandato, prejudicando moral ou patrimonialmente o seu constituinte, pode incorrer em responsabilidade penal, disciplinar e civil. No caso em apreço estamos no campo da responsabilidade civil

Todo o advogado, com inscrição em vigor na O.A., deve possuir um seguro de responsabilidade civil profissional. Esse seguro existe para fazer face aos riscos inerentes à actividade do advogado. Esta obrigação decorre do art. 99.º do EOA cujo n.º 1 dispõe que “o advogado com inscrição em vigor deve celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional tendo em conta a natureza e âmbito dos riscos inerentes à sua actividade, por um capital de montante não inferior ao que seja fixado pelo Conselho Geral e que tem como limite mínimo 250.000 euros, sem prejuízo do regime especialmente aplicável às sociedades de advogados”.

Os pressupostos em que se funda a responsabilidade civil do advogado são o facto voluntário e culposo do advogado, a violação dos seus deveres deontológicos, dano e nexos de causalidade entre o dano e o facto. Deve ainda referir-se que os pressupostos da responsabilidade civil são cumulativos, pelo que a não verificação de qualquer um deles implica a inexistência de responsabilidade.

---

<sup>(1)</sup> Os antecedentes de facto que deram origem a este pedido de parecer encontram-se melhor explicitados no pedido formulado pela Requerente, onde estes factos são apresentados com mais detalhe. Encontram-se também disponíveis as decisões judiciais que condenaram a Requerente em custas.

### 3. A responsabilidade civil no caso em apreço

A Requerente pretende saber se os factos por si praticados a fazem incorrer em responsabilidade civil. Uma resposta afirmativa levará a que a seguradora seja responsável pelo seu pagamento. Uma resposta negativa vai levar a que seja a Requerente a suportar as ditas despesas.

Ora, se é verdade que houve um facto — o intentar de uma acção no tribunal — já é menos verdade que tenha havido qualquer dano quer para as partes quer para terceiros.

Senão vejamos:

A Requerente fez os seus clientes assinarem uma procuração para aquela representar uma sociedade. Contudo, os seus clientes não tinham poderes para obrigar a referida sociedade, pois o cargo de gerência não se transmite por sucessão *mortis causa*. Deste modo, só o outro gerente da sociedade, que a partir da morte do *de cuius* se tornou o seu único gerente, tinha poderes para representar a sociedade e, nesse sentido, constituir um mandatário judicial que a representasse.

Devido a uma interpretação errada da Requerente, que pensou que o cargo de gerência se transmitia por sucessão hereditária, esta acabou por intentar primeiro um procedimento cautelar e depois uma acção em nome e em representação de uma sociedade que não lhe tinha conferido poderes para tal. No entanto, a referida sociedade não sofreu qualquer dano com esse facto, ou melhor, a Requerente não foi condenada a pagar qualquer quantia à sociedade a título de responsabilidade civil. A Requerente foi, sim, condenada a pagar as custas do processo, pois foi por um erro próprio que se verificou a irregularidade da instância.

Assim, não havendo dano, não pode haver lugar a responsabilidade civil. Deste modo, a seguradora não é responsável pelo pagamento das quantias em causa. Essa responsabilidade incumbe unicamente à advogada que, por um erro na apreciação de uma questão, se fez representante de uma sociedade através da assinatura de pessoas que não tinham poderes para lhe conferir essa prerrogativa.

## **Conclusões**

Todo o advogado deve possuir um seguro de responsabilidade civil. Este dever leva a que a obrigação de indemnizar seja transferida para a seguradora.

Os pressupostos em que se funda a responsabilidade civil do advogado são o facto voluntário e culposo do advogado, a violação dos seus deveres deontológicos, dano enexo de causalidade entre o dano e o facto. Tais pressupostos são cumulativos.

A decisão judicial que obriga uma advogada a pagar as custas de um processo e a restituir as taxas já liquidadas pelas partes não constitui a advogada em responsabilidade civil, pois não se verifica o pressuposto do dano.

Este é, s. m. o., o nosso parecer.

À próxima reunião do Conselho Geral para deliberação.

Braga, 4 de Março de 2011

O Relator

*Marcelino Pires*





# INFRACÇÕES DISCIPLINARES

## Pena de multa

Parecer N.º 252/ 2010 — CS/R

### *SUMÁRIO:*

Medida da pena: A necessidade de interpretar o preceituado no art. 126.º do EOA para lá do seu sentido literal, e, neste sentido, qual o seu sentido e alcance. 1. Aquém da falta cometida com negligência, não existe infracção, e lá, onde a falta leve seja cometida com dolo, não deixará a fraca gravidade dessa falta de merecer a pena de advertência ou de censura; 2. Não devemos confundir a densidade da culpa com a aferição dos desvios das condutas dos agentes dos ilícitos (falta de cuidado: negligência; previsão do quadro e intenção: dolo); 3. O que o legislador não pode fazer é livrar-se da fama e da convicção de expressar o seu pensamento de forma correcta, *ainda que imperfeitamente expressa* (cf. art. 9.º, n.º 3, do Código Civil), nem alterar as regras da natureza, como seja revogar *a lei da gravidade*. O que pertence à força das coisas ou decorre da sã inteligência tem essa inevitabilidade, contra a qual, as aparências, mesmo a prepotência ou outros desvios ou anormalidades são impotentes. 4. Posto isto: afigura-se fulcral não confundir os planos da censurabilidade com os mecanismos desviantes que conduzem à aferição da mesma. São leves e graves as latitudes de cada um dos planos, mas confundir esta mensurabilidade com aquela redonda no mesmo que olhar para a *beira* —berma— da estrada e ver apenas nesta a *estrada da Beira*... É que existem outras Províncias.

## RELATÓRIO

### **I. Sinopse:**

1. Por Acórdão datado do dia 12 de Janeiro de 2010, o Conselho de Deontologia de ..., decidiu condenar o Advogado ..., no âmbito dos processos n.º 708-D/2005 e 966-D/2006, pela perpetração com dolo — eventual — de infracções disciplinares, na pena

de multa no valor de 1,000,00 euros e na sanção acessória de restituição aos clientes (...) do montante de 476,00 euros que lhe foi pago a título de honorários, nos termos do disposto nos arts. 125.º, n.º 1, al. c), e 126.º, n.º 1 e n.º 4, do EOA (cf. fls. 47 a 64).

2. Declarando-se inconformado com este Acórdão, o Sr. Bastonário veio interpor recurso nos termos e para os efeitos do preceituado nos arts. 157.º, n.º 1, 158.º, n.º 1 e n.º 4 e 160.º do EOA, e, ainda, do art. 68.º, n.º 1, e 70.º, n.º 3, do Regulamento Disciplinar (cf. fls. 68 e ss. que se dão aqui por integralmente reproduzidas).

3. Por economia, pensando na notória escassez de meios humanos e materiais que grassa nos serviços administrativos deste Conselho Superior, reiteradamente explicada e denunciada — cujo suprimento falta apenas mendigar —, limitar-me-ei a delimitar — mas com a minúcia pedagógica adequada — os mínimos que o alegado vício que fundamenta o pedido de revogação do Acórdão, pela invocada errada interpretação do teor do art. 126.º, n.º 4, do EOA, merece e impõe.

4. Neste preceito, no entendimento do recorrente: **«expressamente se menciona que este tipo de sanção disciplinar é ‘...aplicável aos casos de negligência...’, o que permite concluir ‘a contrario’ a sua inaplicabilidade a condutas onde tenha sido dado como provado a violação, de forma dolosa, de obrigações e deveres plasmados no Estatuto da Ordem dos Advogados, como conclui o aludido Acórdão»**, (sic a fls. 69).

5. E nada mais se oferece para ponderar, bastando e sobrando o que antecede para proferir, *tabelarmente*, que: cumpre apreciar.

## II. Apreciação.

§ 1.º — Obedecem os recursos a requisitos formais (cf. art. 160.º, n.º 2 e n.º 3, do EOA), designadamente, no que concerne à sua motivação (de facto e de direito) que terminará com a formulação de conclusões. O recorrente, todavia, está dispensado de o fazer — e bem —, cf. n.º 4 do art. 160.º, cabendo apenas lamentar

de «iure condendo» que a medida se não generalize aos demais interessados, que, por similar interesse, veriam o benefício não discriminado, como, pessoalmente, o faço sempre em homenagem ao «éter» constitucional aplicável.

§ 2.º — Que o preceito a que o recorrente apontou uma errada interpretação e aplicação carece de especulação hermenêutica parece óbvio, pois é o próprio teor do requerimento de recurso que mostra logo a necessidade de invocar o resultado de interpretação enunciativo para, esgrimindo o argumento a *contrario sensu*, concluir que o legislador quis punir exclusivamente com a pena de multa as actuações negligentes...

Efectivamente, é melhor procurar esclarecer, pois os tempos, a legística, o pragmatismo e a *iliteracia* jurídica, constituem os novos elementos contra os quais as *navegações* hodiernas, como as primevas deste *povo judiciário*, exigem para o *mais do que à força humana* deveria revelar-se desnecessário.

§ 3.º — A questão suscitada no presente recurso afigura-se crucial para alertar olhares mais incautos perante a ingenta necessidade de acarinhar os ditames hermenêuticos que afugentem a incorrecta interpretação e aplicação da lei. Mais a mais, quando a mesma é feita em sede de auto regulamentação disciplinar, com os poderes jurisdicionais que, responsavelmente, o Legislador depositou em mãos tão frágeis, quantas as — por exemplo — deste *desgraçado* que assina o presente relatório. Por outro lado, nos textos legislativos que jorram incessantemente, quando não precipitadamente — perante a apatia de quem de Direito —, convivem a *celeridade* e a *imponderação*. Estes fracos *utensílios* acabam por, perniciosamente, invadir tudo; eis uma das maleitas que urge medicar.

§ 4.º — Ensina-se no artigo 9.º do Código Civil que o intérprete não se deverá ater à letra da lei, mas procurar — a partir dos textos legislativos — reconstituir o pensamento legislativo (para este efeito, aprendemos — os não profanos — que a tarefa de *telepatia* aqui imposta pode ser atingida delimitando-se a razão de ser da lei; a integração sistemática; e o confronto histórico). Isto cons-

titui mera reflexão prévia sobre matéria que é consabida e básica, mas —perdoem-me — vejo-me compelido a frisar por ser premissa contra a qual nada faz sentido, sem, contudo, querer emprestar-lhe qualquer expressividade paternal que, de todo, tenho em mente.

§ 5.º — Posto o que, desnudo o texto normativo:

O artigo 126.º do Estatuto da Ordem dos Advogados tem a seguinte redacção, sob a epígrafe (Medida e graduação da pena):

1 — Na determinação da medida das penas deve atender-se aos antecedentes profissionais e disciplinares do arguido, *ao grau de culpa*, às consequências da infracção e a todas as demais circunstâncias agravantes e atenuantes.

2 — A pena de advertência *é aplicável a faltas leves* no exercício da advocacia, com vista a evitar a sua repetição.

3 — A pena de censura *é aplicável a faltas leves* no exercício da advocacia e consiste num juízo de reprovação pela infracção disciplinar cometida.

4 — *A pena de multa é aplicável aos casos de negligência* sendo fixada em quantia certa *em função da gravidade da falta cometida*.

5 — A pena de suspensão *é aplicável aos casos de culpa grave* e consiste no afastamento total do exercício da advocacia durante o período da aplicação da pena.

6 — As penas de expulsão e de suspensão por período superior a três anos só podem ser aplicadas *por infracção disciplinar que afecte gravemente a dignidade e o prestígio profissional*».

§ 6.º — Quanto ao elemento gramatical é forçoso extrair que o desvio que merece censura deontológica há-de corresponder a «faltas», a comportamentos desviantes, cuja censurabilidade é mensurável entre a que decorra de uma falta «leve» (cf. n.º 1 e n.º 2, em referência), entre uma falta «grave» (cf. n.º 5 sempre em referência) e o que apelidarei de falta *muito grave* (cf. n.º 6, onde o

legislador destaca uma zona especialíssima na esfera do bem jurídico a proteger que se quer ter sido especialmente lesado).

§ 7.º — Já fora do elemento gramatical, mas perspectivado do líquido amniótico do Direito Penal que informa esta matéria, é consabido ainda que os desvios censuráveis — actuações juridicamente repudiadas — não-de pertencer à aferição qualificativa da negligência (falta ou inconsideração pelos deveres de cuidado) ou do dolo (intenção em actuar ou, ao menos, desconsideração pelo resultado indesejado que a actuação previsivelmente atingirá, isto, senão directa ou necessariamente configurado, terá sido aceite inevitavelmente para a eventualidade).

*Tertium non datur*: inexistem responsabilidades objectivas no espaço deontológico da censurabilidade disciplinar do exercício da advocacia.

§ 8.º — O comportamento negligente, isto é, a falta de respeito pelos deveres de previsibilidade em sede de zelo, diligência, etc., pode ser qualificado como: «leve», «grave», ou «grosseiro»; e falo da negligência, claro está; tal como, configurado o quadro de facto indesejado a intenção em praticar o ilícito, o dolo, pode ser «eventual», «necessário» ou «directo».

§ 9.º — Estas variações não-de conduzir ao apuramento do que surja como denso na censurabilidade a assacar, isto é, na culpa. E não pretendo entrar pelas teses sobre a culpa, pois o que antecede transcende as discussões doutrinárias sobre a medição desse estado de espírito sobre a calibragem da espessura dos actos que prosseguem os trilhos desejáveis — afectando bens relevantes — das relações humanas, em todas as suas vertentes e sempre sob a constelação de um actualismo de valores ético juridicamente preciosos, e, portanto, relevantes (para o bem e para o mal).

*i.* Se retomar a análise do aludido art. 126.º do EOA, logo se detecta que o legislador não qualifica sempre as faltas como sendo «leves, graves ou muito graves», deambulando no n.º 4 pela «negligência» que não deixa de mensurar e no n.º 5 pela «culpa grave».

§ 10.º — É muito evidente que a «negligência grosseira», tal como a «negligência grave», podem ficar a par ou mesmo além do «dolo eventual» ou do «dolo necessário», dando azo a uma medida da pena desajustada ao caso concreto se forem objecto de competição para satisfazerem a medida retributiva em que a pena visa, neste cadinho, apaziguar o *dano social* relevante quer na norma, quer no caso que a chamou ao terreiro. Em qualquer caso, ao que resulte da conduta e da lesão consequente, imputa o legislador uma sanção.

§ 11.º — Nesta outra esfera, a das sanções, a pena de multa, por seu turno, é de uma amplitude e plasticidade tais (mercê da quantificação que lhe seja atribuída) que se adapta lindamente a todo e qualquer tipo de ilícito.

§ 12.º — Assim, o argumento a *contrario (sensu)* usado como resultado interpretativo da letra da lei (nada se aventou quanto ao elemento lógico) levaria à seguinte constatação apagógica (isto é, no paroxismo onde inexistindo a coerência, inexistente o argumento ali conducente pela sua forçosa invalidade):

*i.* Perante a violação grave do mesmo bem jurídico, protegido na mesma norma do EOA, um Advogado 1, tendo actuado com negligência grosseira, poderá ser multado em 30 000,00 euros (cf. art. 125.º, n. 1, al. *d*), 126.º, n.º 4 — na leitura subjacente ao recurso —, do EOA e art. 24.º da LOFTJ); e um Advogado 2, com circunstâncias análogas de antecedentes, culpa, consequências, etc., tendo actuado com dolo, pode ser suspenso por um, dois, ou meia dúzia de dias (cf. art. 126.º, n.º 5, do EOA)...

*ii.* A evidência do desequilíbrio leva a considerar — ao contrário do que seria a adição da procedência do recurso — que o legislador pretendeu antes criar alguma distinção entre as expressões falta e culpa (leves e graves, respectivamente) nos vários números do preceito sub judice, e, por força, não quis deixar de fora todo e qualquer caso de negligência, como aliás não podia... *Pois alguém da falta cometida com negligência, não existe infracção* e lá, onde a falta leve seja cometida com dolo,

não deixará de merecer a pouca gravidade dessa falta a seqüela de uma pena de advertência ou de uma pena de censura.

*iii.* Em suma: não devemos confundir a névoa do desiderato da culpa com a puerpural aferição e qualificação dos desvios das condutas dos agentes dos ilícitos (falta de cuidado: negligência; previsão do quadro e intenção: dolo).

§ 13.º — A conduta negligente tal como a conduta dolosa do agente são *transversais* e convivem com todas as *medidas* de culpa, tal como *com todas as medidas das penas* previstas nos arts. 125.º e 126.º do EOA, dando azo a umas ou outras tal qual o *jugador* vislumbre e meça a gravidade da falta, com respeito pelas *bermas* previstas no art. 124.º, n.º 1, do EOA). A inversa é que não é verdadeira: se houve dano social, para o mesmo não assiste qualquer pena, inexistindo uma conduta indesejada, mesmo censurável, quando não praticada com negligência ou com dolo. O que sucede neste preceito em análise é que o legislador — com maior ou menor felicidade — não quis deixar de viabilizar a aplicação de uma pena de multa para quaisquer condutas negligentes que dêem azo a uma ou mais faltas cuja gravidade de lesão dos bens jurídicos não se satisfaça com as penas de advertência ou de censura. E é neste sentido que a plasticidade permitida pela aplicação de uma pena de multa, configurável entre um cêntimo até 60 000 euros (cf. art. 125.º, n.º 1, als. *c*) e *d*), e art. 131.º, n.º 2, al. *a*), e n.º 3, do EOA) se mostra de uma *utilidade* peculiarmente valiosa.

§ 14.º — Outra interpretação —designadamente a que anima o recurso— implica uma intolerável distorção entre a letra da lei e o pensamento legislativo, desleixando elementarmente as orientações previstas no art. 9.º do Código Civil.

§ 15.º — Também esta orientação quadra com o sub-elemento sistemático do elemento lógico (no que ao Direito Penal concerne) e, percorrendo a certificação das *premissas hermenêuticas* se mostra ainda em harmonia com o elemento histórico, pois, da leitura dos arts. 103.º a 107.º do EOA (*maxime* art. 105.º), resultante da

redacção primeva dada pelo Dec.-Lei n.º 84/84, de 16/03<sup>(1)</sup>, este problema não se equacionava pelo cuidado em não escrever algo que permitisse — em termos gramaticais — confundir os planos que os bancos saudosos das nossas Escolas nos ditaram em termos propedêuticos, para não remeter ao olvido no quotidiano do raciocínio inerente à prática.

§ 16.º — Foi no art. 104.º, do EOA, dada pela alteração da Lei n.º 80/2001, de 20/07, que registo a introdução da redacção aqui em crise, e, nesta, o *nó górdio* que germinou a interrogação do requerimento de recurso que analiso. Foi ainda aquele texto que, com ligeiras alterações, resistiu ao esforço das mudanças que justificaram permanecesse praticamente incólume ao *varrimento* da Lei n.º 15/2005, de 26/01.

§ 17.º — O que o legislador não pode fazer é livrar-se da fama e da convicção de expressar o seu pensamento de forma correcta, *ainda que imperfeitamente expressa* (cf. art. 9.º, n.º 3, do Código Civil), nem alterar as regras da natureza, como seja revogar a lei da gravidade. O que pertence à força das coisas ou decorre da sua inteligência tem essa inevitabilidade, contra a qual, quaisquer desvios, mesmo anormalidades, são impotentes.

§ 18.º — Posto isto: afigura-se fulcral não confundir os planos da censurabilidade com os mecanismos desviantes que conduzem à aferição da mesma. São leves e graves as latitudes de cada um dos planos, mas confundir esta mensurabilidade com aquela redundante no mesmo que olhar para a *beira* — berma — da estrada e ver apenas nesta a estrada da Beira... existem outras Províncias.

A *ratio* do preceito que o recorrente vê em crise, resulta tão simplesmente no seguinte: quis o legislador recordar ao intérprete, mas sobretudo a quem tem a terrível tarefa de o fazer para aplicar

---

(<sup>1</sup>) Sugerimos a leitura acompanhada das notas coligidas pelo saudoso colega Alfredo Gaspar, cuja memória singelamente homenageamos, cf. ID, EOA Anotado, Editora Jornal do Fundão.



sanções, que a medida da pena de multa também se aplica a quem, dolosamente, perpetre uma infracção disciplinar. E tal resulta realmente do resultado enunciativo da interpretação, mas não pelo uso do argumento a contrario sensu, mas antes pelo recurso ao argumento a fortiore: servindo para a negligência, por força será aplicável à prática dolosa da infracção (2).

Assim,

### III. Proposta de decisão:

Invocando o que precede e esperando não ter abusado da paciência para justificar o presente parecer, tenho de concluir que o mesmo conduzirá à improcedência do recurso interposto, vendo-me forçado a propor a respectiva improcedência, pelo fundamento uma vez atestado.

Évora, 3 de Dezembro de 2010

— o relator —

*João Vaz Rodrigues*

---

(2) Forcei-me a arredar o texto desta proposta de citações e referências bibliográficas. A razão de ser foi um misto de realismo e de frugalidade. Para quem queira verdadeiramente ponderar os recursos que me assolaram no percurso intelectual, então segue um repto: que procure interrogações —que não respostas— no seio das seguintes obras (que indico livre mas incompletas, sem referência a Editoras ou edições): Manuel de Andrade, *Da Interpretação das Leis*; Castanheira Neves, *Lições de Introdução ao Direito*; Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*; AA.VV (coord. Jorge de Miranda e Marcelo Rebelo de Sousa), *A Feitura das Leis*, I vol.; Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*; Claus Roxin, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*; Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*; Chaim Perelman, *Lógica Jurídica*; John Rawls, *Justiça e democracia*; Paulo Bonavides, *Teoria do Estado*; Boaventura Sousa Santos, *A Crítica da Razão Indolente*; Silvério da Rocha e Cunha, *Política, Cidadania & Cultura numa Era Global*. Aos demais autores e obras que me são caros e cujos ensinamentos acarinharei sempre, tal como do mesmo modo me acompanham, segue um pedido de desculpas pela omissão... Não subsiste memória para tudo: entre estes avultam os penalistas: Costa Andrade; Faria e Costa; Helena Moniz; Gimbernat Ordeig, etc.



## Vida interna

# REGULAMENTO NACIONAL DE ESTÁGIO — DELIBERAÇÃO N.º 3333-A/2009 —

### **Deliberação n.º 3333-A/2009**

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados na sua sessão plenária de 28 de Outubro de 2009 e de 10 de Dezembro de 2009, deliberou, ao abrigo do disposto no artigo 45.º, n.º 1, alínea g), do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, aprovar as seguintes alterações ao Regulamento Nacional de Estágio, Regulamento n.º 52-A/2005, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 146, suplemento, de 1 de Agosto de 2005, com as alterações constantes da Declaração de Rectificação n.º 1379/2005, de 17 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo artigo 69.º do Regulamento n.º 232/2007, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 170, de 4 de Setembro de 2007, da Deliberação n.º 1898-A/2007, publicada no Diário da República, n.º 184, 2.ª série, de 24 de Setembro de 2007 e da Deliberação n.º 2280/2008, publicada no Diário da República, n.º 159, 2.ª série, de 19 de Agosto de 2008, nos seguintes termos:

### **Artigo 1.º**

#### **Alteração ao Preâmbulo do Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto**

É alterado o Preâmbulo do Regulamento Nacional de Estágio, Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto, que passa a ter a seguinte redacção:

### «Preâmbulo

Conforme previsto no artigo 3.º da Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, que aprovou o Estatuto da Ordem dos Advogados, constituem atribuições da Ordem dos Advogados «atribuir o título profissional de advogado e de advogado estagiário, bem como regular o exercício da respectiva profissão e zelar pela função social, dignidade e prestígio da profissão de advogado, promovendo a formação inicial e permanente dos advogados e o respeito pelos valores e princípios deontológicos».

Logo, deve a Ordem dos Advogados zelar pela eficácia da formação e da valorização profissional, bem como acompanhar a evolução dos candidatos à advocacia na admissão à OA como membros efectivos.

Acontece que a massificação do ensino do Direito em Portugal, devida sobretudo à multiplicação de universidades privadas, conduziu a uma diminuição generalizada da sua qualidade, com repercussões negativas em todas as profissões jurídicas.

No que à Advocacia diz respeito, verificou-se que a Ordem dos Advogados não foi capaz de, ao longo dos anos, obstar às consequências nefastas daquela situação. A Advocacia massificou-se, passando de cerca de 6.000 Advogados em meados dos anos 80, para mais de 30.000 na actualidade.

O resultado mais visível desse fenómeno foi a degradação da profissão, com perda da sua secular dignidade funcional e prestígio social.

Hoje, existem em Portugal milhares de Advogados que lutam desesperadamente pela sobrevivência profissional que só poucos conseguirão. O rácio de Advogados por habitantes aproxima-se do dos países da América Latina, afastando Portugal dos modelos da Advocacia existente nos países desenvolvidos da Europa.

Embora com um atraso de vários anos ainda não é tarde para proceder às reformas que invertam a situação e criem as condições para que a Advocacia portuguesa volte a ser uma profissão com a dignidade e a qualidade que foram a individualizaram ao longo dos séculos.

E a primeira de todas as reformas tem, necessariamente, de incidir nos mecanismos de acesso à profissão, nomeadamente a formação profissional, a qual, em bom rigor, não é objecto de

reformas de fundo, praticamente, desde a criação do actual modelo, ou seja, desde há cerca de 20 anos.

Por isso impõe-se proceder a alterações no Regulamento Nacional de Estágio de molde a adaptar a formação de novos Advogados às mudanças que ocorreram na sociedade, fazendo com que a preparação de novos Advogados incida predominantemente nos aspectos práticos da actividade profissional.

Nesse sentido, o eixo da formação deslocar-se-á dos centros de estágio para os patronos, pois é na observação da concreta actividade profissional que os candidatos à Advocacia deverão recolher os ensinamentos necessários à futura prática profissional.

O advogado deve considerar-se um servidor da justiça e do direito e, como tal, ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidades da função que exerce, mantendo sempre a maior independência e isenção e cumprindo as regras deontológicas da profissão.

Nessa medida, é o patrono quem está mais habilitado a transmitir tais ensinamentos aos candidatos à advocacia através do seu acompanhamento.

A acção dos centros de estágio deverá incidir predominantemente na formação em deontologia e em simulações de audiências e diligências processuais nos vários ramos do direito, designadamente civil, penal, trabalho, administrativo e fiscal e ainda na tramitação processual no Tribunal Constitucional e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Importa, por outro lado, garantir que os licenciados que pretendem ingressar no estágio na Ordem possuam os conhecimentos jurídicos necessários à formação profissional que irão receber. Daí que a Ordem tenha o direito, que é simultaneamente um dever, de verificar previamente a preparação científica de que são portadores esses candidatos à Advocacia.

Este objectivo é essencial à boa formação profissional dos futuros Advogados, sobretudo num país onde o ensino jurídico se degradou acentuadamente devido à sua massificação, em consequência da proliferação de cursos de direito.

Por isso se instituiu um exame nacional de acesso ao estágio apenas para os licenciados com menos de cinco anos de formação

académica e, ao mesmo tempo, se transforma o exame de aferição num exame nacional de acesso à segunda fase do estágio.

Por fim entende-se que é necessário conferir maior transparência no recrutamento dos formadores, instituindo-se a necessidade de a sua contratação ser efectuada através de concursos públicos de âmbito distrital.

Entendeu-se também que os dirigentes da OA não devem ser contratados como formadores, em obediência ao mesmo princípio de transparência.

Visa-se ainda diversificar os aspectos formativos, através da promoção de acções de formação, a nível nacional, orientadas na vertente prática em colaboração com outras entidades.»

### **Artigo 2.º**

#### **Alterações ao Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto**

Os artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 10.º, 11.º, 12.º, 13.º, 14.º, 16.º, 17.º, 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º, 34.º, 36.º, 37.º, 38.º, 39.º, 40.º, 41.º, 42.º, 43.º, 44.º e 45.º do Regulamento Nacional de Estágio, Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto, passam a ter a seguinte redacção:

[...]

### **Artigo 3.º**

#### **Aditamento ao Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto**

Ao Regulamento Nacional de Estágio, Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto, são aditados os seguintes artigos:

#### **«Artigo 9.º-A**

##### **Exame nacional de acesso ao estágio**

1 — A inscrição preparatória dos candidatos que tenham obtido a sua licenciatura após o Processo de Bolonha será antecedida de um exame de acesso ao estágio, com garantia de anonimato, organizado a nível nacional pela CNA ou por quem o Conselho Geral, designar.

2 — O exame nacional de acesso será constituído por uma única prova escrita e incidirá sobre algumas das seguintes disciplinas: de direito constitucional, direito criminal, direito administrativo, direito comercial, direito fiscal, direito das obrigações, direito das sucessões, direitos reais, direito da família, direito do trabalho e, ainda, direito processual penal, direito processual civil, processo do trabalho, procedimento administrativo e processo tributário.

3 — Os candidatos que tenham concluído a sua licenciatura, mas que não disponham de certidão comprovativa, poderão proceder à sua apresentação até dez dias antes da realização do exame nacional de acesso ao estágio, sob pena de não admissão à realização do mesmo.

4 — Os candidatos aprovados no exame nacional de acesso ao estágio poderão requerer a sua inscrição preparatória nos termos do artigo seguinte.

## **CAPÍTULO VI**

### **Dos recursos**

#### **Artigo 44.º-A**

##### **Prazo**

O prazo de interposição dos recursos previstos no presente regulamento é de 15 dias a contar da notificação da decisão a recorrer.

#### **Artigo 44.º-B**

##### **Forma**

1 — O requerimento de interposição do recurso é sempre motivado, sob pena de não admissão do mesmo.

2 — Interposto o recurso, o órgão recorrido notifica o recorrente da:

- a) Não admissão do recurso por falta de motivação;
- b) Admissão do recurso para o órgão competente.

### **Artigo 45.º-A**

#### **Contagem de Prazos**

A contagem dos prazos previstos neste regulamento suspende-se aos Sábados, Domingos e feriados.»

### **Artigo 4.º**

#### **Disposição final**

1 — As alterações introduzidas ao Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto, entram em vigor no dia 1 de Janeiro de 2010.

2 — A nova redacção do Regulamento Nacional de Estágio, com as alterações constantes da presente Deliberação, aplicar-se-á aos cursos de estágio que se iniciem após a sua entrada em vigor.

3 — Aos cursos de estágio, iniciados antes da entrada em vigor das presentes alterações é aplicável o Regulamento Nacional de Estágio na sua anterior redacção.

4 — Os advogados estagiários que se encontrem a cumprir a segunda fase do estágio ao abrigo dos regulamentos anteriores ficam sujeitos à nova redacção do regulamento se:

- a) Obtiverem por duas vezes classificação negativa no exame final de avaliação e agregação;
- b) Tiverem suspenso, por período de tempo superior a um ano, a realização do estágio, independentemente da causa da suspensão.

### **Artigo 5.º**

#### **Republicação**

É republicado, em anexo, que é parte integrante da presente Deliberação, o Regulamento Nacional de Estágio, Regulamento n.º 52-A/2005, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 146, suplemento, de 1 de Agosto de 2005, com as alterações constantes da Declaração de Rectificação n.º 1379/2005, de 17 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo artigo 69.º do Regulamento n.º 232/2007, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 170, de 4 de Setembro de 2007, da Deliberação n.º 1898-A/2007, publi-



cada no Diário da República, n.º 184, 2.ª série, de 24 de Setembro de 2007, da Deliberação n.º 2280/2008, publicada no Diário da República, n.º 159, 2.ª série, de 19 de Agosto de 2008, com a redacção introduzida pela presente Deliberação.

Lisboa, 14 de Dezembro de 2009.

O Presidente do Conselho Geral,

*António Marinho e Pinto*

## **ANEXO**

### **Regulamento Nacional de Estágio**

#### **Preâmbulo**

Conforme previsto no artigo 3.º da Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, que aprovou o Estatuto da Ordem dos Advogados, constituem atribuições da Ordem dos Advogados atribuir o título profissional de advogado e de advogado estagiário, bem como regulamentar o exercício da respectiva profissão e zelar pela função social, dignidade e prestígio da profissão de advogado, promovendo a formação inicial e permanente dos advogados e o respeito pelos valores e princípios deontológicos».

Logo, deve a Ordem dos Advogados zelar pela eficácia da formação e da valorização profissional, bem como acompanhar a evolução dos candidatos à advocacia na admissão à OA como membros efectivos.

Acontece que a massificação do ensino do direito em Portugal, devida sobretudo à multiplicação de universidades privadas, conduziu a uma diminuição generalizada da sua qualidade, com repercussões negativas em todas as profissões jurídicas.

No que à Advocacia diz respeito, verificou-se que a Ordem dos Advogados não foi capaz de, ao longo dos anos, obstar às consequências nefastas daquela situação. A Advocacia massificou-se,

passando de cerca de 6.000 Advogados em meados dos anos 80, para mais de 30.000 na actualidade.

O resultado mais visível desse fenómeno foi a degradação da profissão, com perda da sua secular dignidade funcional e prestígio social.

Hoje, existem em Portugal milhares de Advogados que lutam desesperadamente pela sobrevivência profissional que só poucos conseguirão.

O rácio de Advogados por habitantes aproxima-se do dos países da América Latina, afastando Portugal dos modelos da Advocacia existente nos países desenvolvidos da Europa.

Embora com um atraso de vários anos ainda não é tarde para proceder às reformas que invertam a situação e criem as condições para que a Advocacia portuguesa volte a ser uma profissão com a dignidade e a qualidade que foram a individualizaram ao longo dos séculos.

E a primeira de todas as reformas tem, necessariamente, de incidir nos mecanismos de acesso à profissão, nomeadamente a formação profissional, a qual, em bom rigor, não é objecto de reformas de fundo, praticamente, desde a criação do actual modelo, ou seja, desde há cerca de 20 anos.

Por isso impõe-se proceder a alterações no Regulamento Nacional de Estágio de molde a adaptar a formação de novos Advogados às mudanças que ocorreram na sociedade, fazendo com que a preparação de novos Advogados incida predominantemente nos aspectos práticos da actividade profissional.

Nesse sentido, o eixo da formação deslocar-se-á dos centros de estágio para os patronos, pois é na observação da concreta actividade profissional que os candidatos à Advocacia deverão recolher os ensinamentos necessários à futura prática profissional.

O advogado deve considerar-se um servidor da justiça e do direito e, como tal, ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidades da função que exerce, mantendo sempre a maior independência e isenção e cumprindo as regras deontológicas da profissão. Nessa medida, é o patrono quem está mais habilitado a transmitir tais ensinamentos aos candidatos à advocacia através do seu acompanhamento.

A acção dos centros de estágio deverá incidir predominantemente na formação em deontologia e em simulações de audiências

e diligências processuais nos vários ramos do direito, designadamente civil, penal, trabalho, administrativo e fiscal e ainda na tramitação processual no Tribunal Constitucional e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Importa, por outro lado, garantir que os licenciados que pretendem ingressar no estágio na Ordem possuam os conhecimentos jurídicos necessários à formação profissional que irão receber. Daí que a Ordem tenha o direito, que é simultaneamente um dever, de verificar previamente a preparação científica de que são portadores esses candidatos à Advocacia.

Este objectivo é essencial à boa formação profissional dos futuros Advogados, sobretudo num país onde o ensino jurídico se degradou acentuadamente devido à sua massificação, em consequência da proliferação de cursos de direito.

Por isso se institui um exame nacional de acesso ao estágio apenas para os licenciados com menos de cinco anos de formação académica e, ao mesmo tempo, se transforma o exame de aferição num exame nacional de acesso à segunda fase do estágio.

Por fim entende-se que é necessário conferir maior transparência no recrutamento dos formadores, instituindo-se a necessidade de a sua contratação ser efectuada através de concursos públicos de âmbito distrital.

Entendeu-se também que os dirigentes da OA não devem ser contratados como formadores, em obediência ao mesmo princípio de transparência.

Visa-se ainda diversificar os aspectos formativos, através da promoção de acções de formação, a nível nacional, orientadas na vertente prática em colaboração com outras entidades.

## **CAPÍTULO I**

### **Princípios Gerais**

#### **Artigo 1.º**

#### **Fins do estágio**

1 — Cabe ao Conselho Geral, no exercício das suas competências estatutárias e em obediência às normas programáticas esta-

belecidas no Estatuto da Ordem dos Advogados, definir os princípios orientadores do estágio e da formação do advogado estagiário, visando a formulação de um modelo de estágio que sirva os objectivos de rigor e exigência pedagógica e científica, assente numa lógica de simplicidade de procedimentos burocráticos e administrativos.

2 — O estágio tem por objectivo garantir uma formação adequada ao exercício da advocacia, de modo a que esta seja desempenhada de forma competente e responsável, designadamente nas suas vertentes técnica, científica e deontológica.

### **Artigo 2.º**

#### **Fases do estágio: formação inicial e formação complementar**

1 — O estágio terá a duração de 24 meses e compreende duas fases de formação: a fase de formação inicial, com a duração de 6 meses, e a fase de formação complementar, com a duração de 18 meses.

2 — A fase de formação inicial destina-se a garantir a iniciação aos aspectos técnicos da profissão e um adequado conhecimento das suas regras e exigências deontológicas, assegurando que o advogado estagiário, ao transitar para a fase de formação complementar, está apto à realização dos actos próprios de advocacia no âmbito da sua competência.

3 — A fase de formação complementar visa o desenvolvimento e aprofundamento das exigências práticas da profissão, intensificando o contacto pessoal do advogado estagiário com o funcionamento dos escritórios de advocacia, dos tribunais, das repartições e outros serviços relacionados com o exercício da actividade profissional.

4 — Durante a fase de formação complementar, o advogado estagiário participa no sistema de acesso ao direito e aos tribunais no quadro legal e regulamentar vigente.

## **CAPÍTULO II**

### **Estrutura orgânica do estágio**

#### **Artigo 3.º**

##### **Comissão Nacional de Estágio e Formação**

1 — A prossecução coordenada dos objectivos referidos nos artigos 1.º e 2.º será assegurada pela Comissão Nacional de Estágio e Formação (CNEF), que funcionará na dependência do Conselho Geral.

2 — A CNEF é composta por 15 membros, sendo oito indicados pelo Conselho Geral, um dos quais presidirá com voto de qualidade, e os restantes sete indicados por cada um dos Conselhos Distritais.

3 — A CNEF poderá, sob proposta do seu presidente, convidar entidades terceiras para com ela colaborar no âmbito das suas atribuições.

#### **Artigo 4.º**

##### **Poderes e competências da CNEF**

1 — Cabe à CNEF emitir pareceres, efectivar a coordenação dos centros de estágio na realização concreta dos princípios gerais da formação e dos programas de estágio e apresentar propostas de regulamentação ao Conselho Geral, garantindo uma preparação profissional rigorosa e criteriosa de âmbito nacional.

2 — Compete, ainda, à CNEF assegurar a execução de um sistema de formação e qualificação justo e proporcionado às elevadas exigências do acesso à profissão, no respeito pelos princípios gerais definidos pelo Conselho Geral.

3 — Ao presidente da CNEF cabe, sempre que o Bastonário entender conveniente, a representação da Ordem dos Advogados nos eventos nacionais ou internacionais que se relacionem, pelo seu objecto, com interesses específicos do estágio ou da formação dos advogados.

4 — A CNEF poderá colaborar com outras instituições, nacionais ou internacionais, e propor ao Conselho Geral e aos Conselhos Distritais a celebração de convénios, protocolos e acordos com as

universidades, escolas profissionais e organismos profissionais representativos de outras profissões jurídicas, coordenando o desenvolvimento desta atribuição com a intervenção dos Conselhos Distritais.

5 — A CNEF disporá de secretariado próprio e será dotada dos meios financeiros, logísticos e administrativos que forem aprovados em Conselho Geral.

### **Artigo 5.º** **Funcionamento da CNEF**

1 — A CNEF reunirá em plenário mediante convocação do seu Presidente ou do Bastonário.

2 — As convocatórias deverão ser remetidas com, pelo menos, cinco dias de antecedência, a todos os membros da CNEF e com conhecimento ao Bastonário, com indicação do local, dia e hora da reunião e ordem de trabalhos, devendo, sempre que possível, ser observado um critério de rotatividade no que respeita ao local das reuniões.

3 — A CNEF pode adoptar resoluções no âmbito das matérias que lhe estejam cometidas pelo presente regulamento ou por deliberação do Conselho Geral, as quais serão tomadas por maioria simples dos seus membros presentes.

4 — As resoluções adoptadas pela CNEF têm a natureza de recomendação e deverão ser aprovadas em Conselho Geral.

5 — Das reuniões em plenário será lavrada acta, onde constarão todos os assuntos tratados e resoluções tomadas para posterior conhecimento do Conselho Geral e dos Conselhos Distritais. 6 — As actas das reuniões do plenário da CNEF deverão ser aprovadas no início da reunião ordinária seguinte a que disserem respeito.

### **Artigo 6.º** **Centros de estágio**

1 — A execução e desenvolvimento concreto do estágio, de acordo com os princípios e regras definidos pelo Conselho Geral,

compete aos centros de estágio dependentes de cada um dos Conselhos Distritais, os quais promoverão e realizarão, directamente ou em colaboração com as delegações, pólos de formação e demais entidades, as acções de formação profissional dos advogados estagiários que entenderem adequadas ao cumprimento dos objectivos do estágio por via da formação presencial ou à distância, utilizando as ferramentas do ensino e-learning.

2 — Na área de jurisdição de cada um dos Conselhos Distritais haverá, em regra, um centro de estágio, que será presidido por um membro designado pelo Conselho Distrital respectivo.

3 — Os Conselhos Distritais poderão delegar, nos termos legais, as suas competências estatutárias em matéria de estágio.

### **Artigo 7.º**

#### **Estrutura, formadores e meios dos centros de estágio**

1 — Os centros de estágio são dotados de formadores e pessoal administrativo, instalações, equipamentos e outros meios que sejam necessários ao desempenho das suas atribuições.

2 — Os formadores são seleccionados por concurso público, a realizar de dois em dois anos, e exercem sua actividade mediante contrato remunerado de prestação de serviços, a celebrar com os Conselhos Distritais, pelo prazo de um ano, renovável por uma só vez.

3 — Os formadores devem ser advogados com, pelo menos, dez anos de inscrição na Ordem dos Advogados, não terem sido punidos com sanção disciplinar superior a multa e possuir reconhecida aptidão profissional.

4 — Os titulares de órgãos eleitos da Ordem dos Advogados e os membros da Comissão Nacional de Avaliação (CNA) e da CNEF não podem ser contratados como formadores.

## **CAPÍTULO III**

### **Do Estágio**

#### **SECÇÃO I**

#### **Inscrição na Ordem dos Advogados**

##### **Artigo 8.º**

##### **Inscrição dos advogados estagiários**

A inscrição dos advogados estagiários rege-se pelas disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados e do Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários.

##### **Artigo 9.º**

##### **Deveres dos advogados estagiários**

1 — São deveres dos advogados estagiários durante todo o seu período de estágio e formação:

- a)* Observar escrupulosamente as regras, condições e limitações admissíveis na utilização do escritório do patrono;
- b)* Guardar respeito e lealdade para com o patrono;
- c)* Submeter-se aos planos de estágio que vierem a ser definidos pelo escritório ou sociedade de advogados em que se insiram;
- d)* Colaborar com o patrono sempre que este o solicite e efectuar os trabalhos que lhe sejam determinados, desde que se revelem compatíveis com a actividade do estágio;
- e)* Colaborar com empenho, zelo e competência em todas as actividades, trabalhos e acções de formação que venha a frequentar no âmbito dos programas de estágio;
- f)* Guardar sigilo profissional;
- g)* Comunicar ao centro de estágio qualquer facto que possa condicionar ou limitar o pleno cumprimento das normas estatutárias e regulamentares inerentes ao estágio;
- h)* Cumprir em plenitude todas as demais obrigações deontológicas e regulamentares no exercício da actividade profissional.



### **Artigo 9.º-A**

#### **Exame nacional de acesso ao estágio**

1 — A inscrição preparatória dos candidatos que tenham obtido a sua licenciatura após o Processo de Bolonha será antecedida de um exame de acesso ao estágio, com garantia de anonimato, organizado a nível nacional pela CNA ou por quem o Conselho Geral, designar.

2 — O exame nacional de acesso será constituído por uma única prova escrita e incidirá sobre algumas das seguintes disciplinas: de direito constitucional, direito criminal, direito administrativo, direito comercial, direito fiscal, direito das obrigações, direito das sucessões, direitos reais, direito da família, direito do trabalho e, ainda, direito processual penal, direito processual civil, processo do trabalho, procedimento administrativo e processo tributário.

3 — Os candidatos que tenham concluído a sua licenciatura, mas que não disponham de certidão comprovativa, poderão proceder à sua apresentação até dez dias antes da realização do exame nacional de acesso ao estágio, sob pena de não admissão à realização do mesmo.

4 — Os candidatos aprovados no exame nacional de acesso ao estágio poderão requerer a sua inscrição preparatória nos termos do artigo seguinte.

### **Artigo 10.º**

#### **Inscrição nos cursos de estágio**

1 — A inscrição preparatória dos advogados estagiários é deliberada pelo Conselho Distrital competente e importa a inscrição no primeiro curso de estágio que se iniciar posteriormente no respectivo centro de estágio, sem prejuízo de tal inscrição se tornar ineficaz se o Conselho Geral não a confirmar.

2 — Os requerimentos para inscrição preparatória serão apresentados pelos candidatos até 15 dias antes do início de cada curso de estágio.

3 — Os candidatos que tenham concluído o grau de mestre, mas que não disponham de certidão comprovativa, poderão proceder à sua apresentação até dez dias antes do início do curso de estágio sob a cominação de não admissão ao mesmo.

4 — O estágio é cumprido de forma ininterrupta, com as exceções previstas no presente regulamento.

5 — A contagem do tempo de estágio é feita de forma contínua, tendo por termo inicial a data do início do curso de estágio, com as exceções previstas no presente regulamento.

6 — O Conselho Geral fixará as datas do início dos cursos de estágio, mediante previa audição da CNEF.

### **Artigo 11.º**

#### **Transferência de centro de estágio**

1 — Havendo motivo ponderoso, poderá o advogado estagiário requerer à CNEF a sua transferência para outro centro de estágio, com recurso para o Conselho Geral.

2 — No caso previsto no número anterior, o processo individual do advogado estagiário transferido será integrado de todas as informações e pareceres exigidos pelo presente Regulamento, com referência ao tempo de estágio decorrido sob a alçada do centro de estágio cessante.

3 — Cabe ao centro de estágio para o qual o estagiário foi transferido dar a informação e fazer-lhe a avaliação final.

### **Artigo 12.º**

#### **Suspensão do estágio**

1 — O advogado estagiário pode requerer à CNEF a suspensão do seu estágio.

2 — A suspensão da inscrição do advogado estagiário, por qualquer motivo, importa sempre:

- a) A suspensão do tempo de estágio;
- b) Durante a fase de formação inicial, a obrigação de reinscrição em novo curso de estágio, que será regulado pelas regras em vigor à data da reinscrição;
- c) Durante a fase de formação complementar, se a suspensão se prolongar por prazo superior a um ano, a obrigação de reiniciar a fase de formação complementar.

3 — No caso previsto na alínea *c*) do número anterior, o advogado estagiário fica sujeito às normas regulamentares em vigor à data do reinício da fase de formação complementar.

4 — Concluído que seja, com aprovação, o exame final de avaliação e agregação, fica o advogado estagiário obrigado a requerer, no prazo de 15 dias, a sua inscrição como advogado, determinando o incumprimento desta obrigação a suspensão automática da respectiva inscrição, com absoluto impedimento do exercício da profissão, devendo proceder à devolução da cédula profissional de advogado estagiário.

5 — O período de suspensão automática previsto no número anterior não pode prolongar-se por mais de 12 meses, após o que o levantamento da suspensão implicará a repetição da segunda fase do estágio.

6 — A inscrição como advogado estagiário será também automaticamente suspensa, com os mesmos efeitos previstos no número anterior, em qualquer das situações previstas nos artigos 31.º, n.º 2, 37.º e 42.º, n.º 3.

### **Artigo 13.º** **Prorrogação do estágio**

1 — O tempo de estágio poderá ser prorrogado:

- a*) A solicitação do advogado estagiário, ou
- b*) Em virtude da obrigatoriedade de repetição de qualquer uma das fases de formação.

2 — O pedido de prorrogação do estágio tem de ser justificado e acompanhado de parecer do patrono, sendo apreciado e decidido pela CNEF, com recurso para o Conselho Geral.

3 — A prorrogação a que se refere a alínea *a*) do n.º 1 só pode ser concedida por uma única vez e por período nunca superior a seis meses.

4 — A prorrogação a que se reporta a alínea *b*) do n.º 1 está sujeita ao limite temporal necessário à repetição da fase de formação inicial ou formação complementar.

**Artigo 14.º****Inscrição definitiva, entrega de cédula e juramento**

1 — Concluído o período de estágio do advogado estagiário, será o seu processo enviado ao Conselho Distrital competente, por forma a que o pedido de inscrição preparatória seja aí apreciado e, em caso de deferimento, submetido a inscrição definitiva pelo Conselho Geral.

2 — Os Conselhos Distritais, uma vez concedida a inscrição definitiva, disponibilizarão de imediato certificado comprovativo, podendo a entrega da cédula profissional ser feita em acto público com prestação de juramento solene, nos termos definidos em Conselho Geral.

**SECÇÃO II  
Dos Patronos****Artigo 15.º****Funções do patrono**

1 — O patrono desempenha um papel fundamental e imprescindível ao longo de todo o período do estágio, sendo o principal responsável pela orientação e direcção do exercício profissional do advogado estagiário.

2 — Ao patrono cabe promover e incentivar a formação durante o estágio e apreciar a aptidão e idoneidade ética e deontológica do estagiário para o exercício da profissão, emitindo para o efeito relatório final e participando directamente no processo de avaliação.

**Artigo 16.º****Obrigações do patrono**

Ao aceitar o tirocínio do advogado estagiário o patrono fica vinculado ao cumprimento dos seguintes deveres:

Permitir ao advogado estagiário o acesso ao seu escritório e a utilização deste, nas condições e com as limitações que venha a estabelecer;

- b) Apoiar o advogado estagiário na condução dos processos de cujo patrocínio este venha a ser incumbido, no quadro legal e regulamentar vigente;
- c) Aconselhar, orientar e informar o advogado estagiário durante todo o tempo de formação;
- d) Compensar o advogado estagiário das despesas por este efectuadas nos processos em que actuem conjuntamente, ou que tenham sido confiados pelo patrono ao advogado estagiário, nomeadamente, no âmbito do sistema de acesso ao direito e aos tribunais em conformidade com o quadro legal e regulamentar vigente;
- e) Fazer-se acompanhar do advogado estagiário em diligências judiciais quando este o solicite ou quando o interesse das questões em causa o recomende;
- f) Permitir que o advogado estagiário tenha acesso a peças forenses da autoria do patrono e que assista a conferências com clientes;
- g) Facilitar o acesso à utilização dos serviços do escritório, designadamente de telefones, telefax, computadores e outros nas condições e com as limitações que venha a determinar;
- h) Consentir a aposição da assinatura do advogado estagiário, por si ou juntamente com a do patrono, em todos os trabalhos por aquele realizados;
- i) Colaborar com o advogado estagiário na condução dos processos de cujo patrocínio venham a ser co-responsavelmente incumbidos;
- j) Cumprir as formalidades legais inerentes à realização do estágio;
- l) Acompanhar, salvo motivo de impedimento, o advogado estagiário na prova oral final, participando nela nos termos admitidos pelo presente Regulamento;
- m) Não aceitar mais do que dois advogados estagiários, em simultâneo, em cada fase de estágio.

**Artigo 17.º**  
**Escusa pelo patrono**

O patrono apenas pode escusar-se das suas funções quando ocorra um motivo fundamentado, devendo para o efeito dirigir solicitação escrita ao Conselho Distrital competente, cabendo recurso para o Conselho Geral.

**SECÇÃO III**  
**Fase de formação inicial**

**Artigo 18.º**  
**Conteúdo e objectivos da formação inicial**

1 — A fase de formação inicial é constituída pelo acompanhamento do escritório do patrono e pelo estudo das matérias constantes dos programas de estágio, devendo o advogado estagiário participar nas sessões de formação ministradas pelos centros de estágio que devem, primordialmente, ser vocacionadas para a componente prática dos actos inerentes ao exercício da profissão.

2 — Os programas de estágio da fase de formação inicial compreendem as áreas de deontologia profissional, direito constitucional e direitos humanos, prática processual civil, prática processual penal, organização judiciária e informática jurídica, cabendo a sua aprovação ao Conselho Geral, ouvida a CNEF.

3 — O Conselho Geral, ouvida a CNEF, poderá promover a nível nacional, acções de formação, na vertente prática, em colaboração com outras entidades.

4 — As sessões de formação a ministrar pelos centros de estágio deverão comportar, obrigatoriamente, a simulação de diligências processuais, nomeadamente audiências de julgamento, bem como a tramitação de processos em primeira instância e nos tribunais superiores.

### **Artigo 19.º**

#### **Prova de aferição**

1 — No final da fase de formação inicial, o advogado estagiário inscrito no curso de estágio será submetido à prova de aferição, que terá âmbito nacional e garantia de anonimato.

2 — A prova nacional de aferição será organizada pela CNA e tem por objectivo avaliar a aquisição de conhecimentos sobre as matérias fixadas no n.º 2 do artigo 18.º

### **Artigo 20.º**

#### **Organização, conteúdo e execução da prova de aferição**

1 — A prova de aferição é constituída por três testes escritos, cada um deles abrangendo duas matérias distintas.

2 — O enunciado dos testes que integram a prova de aferição deve conter indicação das cotações e a correcção deverá ser efectuada em obediência à grelha de correcção previamente organizada e distribuída pelos correctores.

3 — A prova será realizada até ao termo do período de seis meses da fase de formação inicial.

4 — Na execução dos diversos testes que integram a prova de aferição apenas poderá ser consultada legislação e regulamentação, ainda que anotada.

5 — A cada um dos testes da prova de aferição será atribuída classificação com notas na escala de 0 a 20, devendo a classificação obtida ser arredondada por excesso quando igual ou superior a 0,5 e por defeito quando inferior.

### **Artigo 21.º**

#### **Pedido de revisão de prova**

1 — Constitui direito do advogado estagiário solicitar a revisão dos testes, devendo para o efeito dirigir a sua pretensão, por escrito e devidamente fundamentada, ao presidente da CNA no prazo de 15 dias contados da data da afixação da classificação,

podendo para este efeito consultar a prova que realizou e ter acesso à grelha de correcção.

2 — A revisão dos testes escritos, limitada ao conteúdo da reclamação apresentada, será objecto de parecer fundamentado a emitir por avaliador da mesma área, mas distinto do que procedeu à classificação, devendo a decisão final da revisão ser tomada, sem recurso, pelo plenário da CNA.

3 — A CNEF poderá solicitar informações regulares sobre as classificações dos testes e resultados das revisões.

### **Artigo 22.º**

#### **Admissão à fase de formação complementar**

Serão admitidos à fase de formação complementar os advogados estagiários que obtiverem aprovação nos testes que integram a prova de aferição.

### **Artigo 23.º**

#### **Repetição dos testes escritos da prova de aferição**

1 — O advogado estagiário que falte justificadamente a todos ou algum dos exames da prova de aferição poderá realizar, por uma única vez, novo teste escrito na área ou áreas a que faltou, desde que o requeira no prazo de 10 dias a contar da publicação da pauta de classificação, sob pena de suspensão automática da inscrição.

2 — A falta injustificada implica a repetição da fase inicial do estágio.

3 — A repetição dos testes realizar-se-á com carácter de urgência.

4 — A desistência equivale a reprovação.

### **Artigo 24.º**

#### **Testes de repetição**

1 — O registo de nova falta, ainda que justificada, ao teste de repetição, ou de obtenção de classificação negativa na prova de



aferição, implica nova inscrição no curso de estágio e consequente repetição de todos os testes da prova de aferição.

2 — Nos casos previstos no número anterior, os advogados estagiários deverão ser integrados pelos centros de estágio no primeiro curso que se iniciar após a reinscrição.

3 — A fase de formação inicial só pode ser repetida uma vez.

4 — O advogado estagiário que não passe à fase complementar, na sequência da repetição da fase de formação inicial, ficará impedido de se reinscrever em novo curso de estágio pelo período de três anos.

## **SECÇÃO IV**

### **Formação complementar**

#### **Artigo 25.º**

#### **Prática profissional tutelada**

Durante a fase de formação complementar, o exercício da actividade profissional do advogado estagiário continuará a decorrer sob a direcção geral e permanente do patrono e sempre sob a alçada, orientação e intervenção da CNEF e dos centros de estágio, que deverão incrementar acções de formação especialmente vocacionadas para a prática forense, designadamente, simulações de diligências processuais e audiências de julgamento.

#### **Artigo 26.º**

#### **Patronos formadores**

O Conselho Geral poderá implementar programas de patronos formadores cuja função e objectivos serão estabelecidos pela CNEF em articulação com os Conselhos Distritais.

#### **Artigo 27.º**

#### **Coordenação da fase de formação complementar**

1 — A CNEF deverá assegurar, de forma coordenada com os centros de estágio, o acompanhamento dos advogados estagiários

durante a fase de formação complementar, promovendo a sua intervenção no âmbito do Acesso ao Direito e aos Tribunais no quadro legal e regulamentar vigente, estabelecendo programas de formação prática que constituam um desenvolvimento da formação obtida nos escritórios dos patronos.

2 — A CNEF, ouvidos os centros de estágio, poderá designar um coordenador nacional para a fase de formação complementar.

### **Artigo 28.º**

#### **Acções de formação complementar**

Compete em especial aos centros de estágio, em articulação com a CNEF e com os patronos e, sempre que possível, com o contributo das delegações e com a colaboração de outras entidades:

- a) Executar e disponibilizar gratuitamente aos advogados estagiários sessões de formação que comportem a tramitação de processos, simulação e assistência a audiências de julgamento, no domínio das seguintes áreas, de acordo com recomendações da CNEF:
  - (i) Práticas Processuais Tributárias;
  - (ii) Práticas Processuais Administrativas;
  - (iii) Práticas Processuais Laborais;
  - (iv) Processo de Insolvência;
  - (v) Direito das Sociedades;
  - (vi) Direito Comunitário;
  - (vii) Direito Constitucional e tramitação processual no Tribunal constitucional;
  - (viii) Tramitação processual no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.
- b) Promover a realização de conferências, seminários, colóquios, moot courts e outras acções de natureza prática que, pelo seu objecto ou finalidade, se enquadrem nos objectivos da segunda fase de formação, com especial atenção para as áreas dos contratos e do registo e notariado;
- c) Incentivar a participação dos patronos nas tarefas do estágio e procurar solucionar divergências no domínio do seu relacionamento com os advogados estagiários;

- d) Fornecer aos advogados estagiários informação sobre a formação e saídas profissionais

### **Artigo 29.º**

#### **Deveres específicos dos advogados estagiários**

1 — Para além dos deveres previstos no artigo 9.º, constituem, ainda, deveres do advogado estagiário durante a fase de formação complementar:

- a) Participar nos processos judiciais que lhe forem confiados no quadro legal e regulamentar vigente e solicitar ao patrono apoio no patrocínio dos respectivos processos;
- b) Participar no sistema de acesso ao direito e aos tribunais na modalidade prevista na alínea e), do n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro, com a redacção que lhe foi introduzida pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de Fevereiro, quando para tal seja nomeado;
- c) A realização de 15 intervenções em procedimentos judiciais, independentemente de instância ou jurisdição, seja em regime de mandato, seja por substabelecimento, comprovadas pelas actas da audiência ou diligência em que tenham intervindo, ou por cópia das peças processuais por si subscritas individualmente ou conjuntamente com o patrono.
- d) A apresentação de relatório final da sua autoria referente a todas as suas actividades de estágio.

2 — Os patronos devem permitir, sempre que possível, o patrocínio conjunto com os seus advogados estagiários e a subscrição por estes das peças em cuja elaboração tenham colaborado.

### **Artigo 30.º**

#### **Relatório do patrono**

1 — No termo da fase de formação complementar, o patrono elaborará relatório final da actividade exercida pelo estagiário, devendo emitir parecer fundamentado sobre a aptidão ou inaptidão do estagiário para ser submetido ao exame final de agregação.

2 — O estagiário só poderá ser admitido a exame final de agregação após obter parecer favorável do seu patrono a atestar a sua aptidão profissional para o exercício da sua profissão.

3 — O relatório aqui consignado, bem como o que se encontra previsto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo anterior, são apresentados sob compromisso de honra quanto aos seus conteúdos, o que constitui meio idóneo de comprovação da respectiva veracidade.

4 — Quando o estágio tiver decorrido sob a orientação de mais do que um patrono, deve o advogado estagiário apresentar tantos relatórios quanto o número de patronos, devendo a ponderação final daqueles ser efectuada pelo presidente do centro de estágio, sempre que tal se justifique.

5 — No caso de se verificar a recusa injustificada ou a impossibilidade do patrono para a elaboração do relatório referido no n.º 1, o presidente do centro de estágio respectivo poderá substituir-se ao patrono depois de analisado o trajecto formativo do estagiário e a documentação que for julgada necessária.

## SECÇÃO V

### Acesso ao exame final de avaliação e agregação

#### Artigo 31.º

##### Encerramento do processo de formação

1 — No processo individual do advogado estagiário os serviços administrativos incorporarão todos os elementos que forem apresentados por este e bem assim os registos disciplinares, informações e pareceres que respeitem ao estágio e que sejam relevantes para instruir a informação final, em especial a informação que venha a ser prestada pela instituição de ensino relativamente à duração lectiva da licenciatura.

2 — Tendo em vista a finalidade prevista no n.º 1, o advogado estagiário deverá apresentar no centro de estágio todos os relatórios e demais elementos impostos para a conclusão do seu processo de avaliação, no prazo máximo de 15 dias contados da data da conclusão dos 18 meses correspondentes à fase de formação comple-

mentar do estágio, devendo, ainda, requerer a sua admissão ao exame final de avaliação e agregação, apresentar o tema da exposição a efectuar na prova oral e requerer a sua inscrição como advogado sob pena de incorrer no disposto no artigo 12.º, n.º 4.

### **Artigo 32.º**

#### **Informação final**

1 — Cumprido que esteja o disposto no artigo anterior, para qualquer uma das hipóteses aí consignadas, o centro de estágio dispõe de um prazo de 30 dias para a emissão da informação de “Admitido” ou “Não Admitido”, o que constitui o resultado de uma mera verificação do cumprimento das obrigações impostas pelo presente Regulamento.

2 — Verificando-se a emissão de informação positiva, o advogado estagiário fica automaticamente admitido, sem necessidade de outras formalidades, ao exame final de avaliação e agregação que se realizará no termo do estágio.

3 — Não sendo admitido poderá o advogado estagiário requerer ao conselho distrital no prazo de 10 dias, com sucinta exposição das razões da sua discordância, que o processo de inscrição seja reapreciado, devendo a decisão ser proferida no prazo máximo de 15 dias, mas sempre antes da realização do exame final de avaliação e agregação; mantendo-se a informação de não admitido, se não for pedida a prorrogação do tempo de estágio no prazo de 15 dias, ficará este automaticamente suspenso.

## **CAPÍTULO IV**

### **Exame final de avaliação e agregação**

#### **Artigo 33.º**

##### **Exame final: objectivo e conteúdo**

O exame final de avaliação e agregação é composto de uma prova escrita e de uma prova oral e corresponde à verificação da

capacidade técnica e científica do advogado estagiário bem como da aferição da sua preparação deontológica para o exercício da actividade profissional de advocacia, com inerente atribuição do título de Advogado.

### **Artigo 34.º**

#### **Prova escrita**

1 — A prova escrita será convocada, pelo menos, duas vezes em cada ano civil e terá carácter uniforme e de realização simultânea em todo o território nacional, ficando sujeita, na sua execução, ao regime estabelecido no artigo 20.º, n.º 4.

2 — A prova escrita deverá conter, pelo menos, um tema de deontologia profissional e a elaboração de peças processuais nas áreas de processo civil e de processo penal e, ainda, nas áreas consignadas na alínea a) do artigo 28.º, das quais o advogado estagiário optará necessariamente por duas.

3 — Cabe à CNEF, ouvidos os centros de estágio, designar as datas de realização da prova escrita e à CNA definir o seu conteúdo, valoração e correspondente grelha de correcção.

4 — Fica a cargo dos centros de estágio a organização e atribuição da classificação da prova escrita segundo uma tabela de 0 a 20, devendo a classificação obtida ser arredondada por excesso quando igual ou superior a 0,5 e por defeito quando inferior.

5 — Das classificações atribuídas pelos centros de estágio cabe recurso para a CNA, a qual decidirá em termos definitivos, aplicando-se com as devidas adaptações o formalismo da revisão da prova de aferição.

6 — A desistência ou falta injustificada equivale a reprovação.

### **Artigo 35.º**

#### **Repetição da prova escrita**

O advogado estagiário que obtiver na prova escrita classificação inferior a 10 valores é admitido a repetir esta prova, por uma só vez, no exame que vier a realizar-se em data imediatamente posterior, prorrogando-se o período de estágio pelo tempo correspondente.

**Artigo 36.º****Repetição da fase de formação complementar**

1 — O advogado estagiário que, tendo repetido a prova escrita nos termos do artigo anterior, volte a não alcançar nota positiva fica obrigado a reiniciar a fase de formação complementar.

2 — A fase de formação complementar apenas pode ser repetida uma vez e, no caso de se verificar a falta de aproveitamento depois desta repetição, o advogado estagiário fica impedido de se inscrever em novo curso de estágio pelo período de três anos, cancelando-se de imediato a sua inscrição.

3 — A desistência ou falta injustificada ao exame de repetição equivale a reprovação.

**Artigo 37.º****Suspensão imediata da inscrição**

O pedido de repetição da prova escrita e o pedido de repetição da fase de formação complementar, previsto nos artigos antecedentes, devem ser dirigido por escrito ao centro de estágio competente no prazo de 15 dias contados da data da afixação das classificações, sob pena de suspensão imediata da inscrição.

**Artigo 38.º****Prova oral**

O advogado estagiário que na prova escrita do exame final de avaliação e agregação obtiver classificação igual ou superior a 10 valores acede à prova oral, desde que, simultaneamente, tenha obtido nota positiva no teste de deontologia profissional.

**Artigo 39.º****Componentes da prova oral**

1 — A prova oral consistirá:

- a) Numa exposição oral pelo advogado estagiário tendo por tema um caso concreto com tratamento doutrinário e ou

jurisprudencial controverso, preferencialmente de que tenha tido conhecimento ao longo do seu processo de estágio, cabendo ao exponente, em alegação e debate com o júri, explicar as posições em confronto e defender uma das teses controvertidas;

- b) Numa argumentação oral em que o advogado estagiário simulará com o júri uma intervenção em audiência de julgamento;
- c) Na discussão teórico-prática de questões de índole profissional, com enquadramento nas matérias constantes do processo de estágio e, com total amplitude, sobre matérias de índole deontológica, tudo tendo em vista a avaliação do grau de aquisição pelo candidato dos níveis de qualificação técnica, científica e ética exigíveis na advocacia.

2 — A escolha do tema da prova oral deverá ser feita mediante a entrega de original em suporte de papel, em quadruplicado, ou em alternativa em suporte digital, devidamente sumariado, com indicação das referências doutrinárias e cópia das decisões jurisprudenciais referidas pelo examinando, relativas à questão jurídica suscitada.

### **Artigo 40.º**

#### **Composição e designação do júri**

1 — A prova oral será prestada nos centros de estágio perante um júri composto por três membros, competindo aos respectivos Conselhos Distritais nomear, com prévia audição da CNEF, os respectivos júris.

2 — Dois dos membros do júri serão necessariamente advogados de reconhecido mérito e competência, podendo o terceiro ser magistrado ou jurista de reconhecida capacidade técnica.

3 — Os membros do júri deverão ter mais de 10 anos de exercício efectivo da profissão e não ter sido punidos com sanção disciplinar superior a multa.

4 — Os membros do júri elegem o respectivo presidente.



### **Artigo 41.º**

#### **Classificações a atribuir na prova oral**

1 — O júri atribuirá ao candidato fundamentadamente e em função da prova oral e demais elementos de avaliação constantes do processo individual do advogado estagiário, a classificação final de Não Aprovado ou Aprovado por maioria de votos dos seus membros.

2 — Poderá, ainda, o júri atribuir ao candidato a classificação máxima de Aprovado com Distinção se o advogado estagiário, não tendo registado qualquer nota negativa durante o estágio, alcançar uma classificação média na prova de aferição e exame escrito final da prova de avaliação e agregação de 15 valores e cumprir na prova oral os seguintes requisitos:

- a) Domínio da oralidade;
- b) Domínio da retórica argumentativa;
- c) Sustentados conhecimentos jurídicos do tema tratado na prova oral; e
- d) Capacidade de resolução de questões práticas sobre deontologia profissional.

3 — O patrono do advogado estagiário será notificado para estar presente na prestação da prova oral, podendo nela participar, com direito a emitir parecer sobre a forma como a prova decorreu e intervir na discussão da classificação, mas não na votação desta.

### **Artigo 42.º**

#### **Efeitos da classificação negativa na prova oral**

1 — No caso de reprovação na prova oral, é admitida, a requerimento do interessado, com inerente escolha do tema nos termos deste regulamento, a apresentar no prazo de quinze dias após a realização, a sua repetição por uma só vez, prorrogando-se o estágio pelo tempo necessário; o Conselho Distrital procederá à marcação de nova prova no prazo de 60 dias após o requerimento.

2 — A prova oral de repetição não pode ser prestada perante o mesmo júri, devendo o novo júri ser inteiramente composto por membros que não tenham participado na anterior avaliação, não

podendo ainda incidir sobre o mesmo tema escolhido para a prova anterior.

3 — Caso não seja requerida a repetição da prova oral ou, tendo esta sido realizada, ocorra nova insuficiência, deverá o advogado estagiário repetir a fase de formação complementar, o que deverá ser requerido ao centro de estágio competente no prazo de 10 dias a contar da data de realização da prova, sob pena de suspensão automática da inscrição.

4 — No caso de repetição da fase de formação complementar e verificando-se a reprovação em prova oral, o advogado estagiário pode repetir esta prova por uma única vez.

5 — Verificando-se nova reprovação é cancelada a inscrição, ficando o advogado estagiário impedido de se inscrever em novo curso de estágio pelo período de três anos.

### **Artigo 43.º**

#### **Faltas às provas do exame final de avaliação e agregação**

1 — Uma falta injustificada ou duas faltas, mesmo que justificadas, à prova oral que integra o exame final de avaliação e agregação importa a repetição da fase complementar do estágio, sem prejuízo do disposto no artigo 36.º, n.º 2.

2 — Só são consideradas justificadas as faltas que decorram de motivo atendível, devendo a justificação ser requerida, perante o presidente do centro de estágio, no prazo de 5 dias a contar da data designada para a realização da prova, em requerimento devidamente fundamentado.

3 — Os advogados estagiários que faltem à prova escrita, sendo a falta considerada justificada, poderão realizar a mesma na data que vier a ser designada para a prova escrita seguinte, ficando para ela automaticamente admitidos e mantendo até lá inalterada a sua situação estatutária.

4 — Os advogados estagiários que faltem à prova oral, e cuja falta seja considerada justificada, poderão realizar a mesma em data que lhes for designada e notificada pelo centro de estágio, mantendo inalterada, até essa data, a sua situação estatutária.

5 — A desistência equivale a reprovação.

## **CAPÍTULO V**

### **Rede nacional e formação à distância**

#### **Artigo 44.º**

##### **Rede nacional e formação à distância**

1 — Os Conselhos Distritais, em permanente articulação com a CNEF, devem promover a instalação de pólos de formação geograficamente distribuídos pela área de intervenção de cada conselho, especialmente vocacionados para a concretização das exigências de estágio impostas por este regulamento.

2 — Os Conselhos Distritais devem, ainda, incrementar a formação à distância, em sistema e-learning, potenciando a utilização das ferramentas informáticas proporcionadas pelas plataformas de ensino desenvolvidas pela Ordem dos Advogados, orientando, no quadro do estágio, os temas das formações para as áreas definidas por este regulamento.

3 — As acções de formação, seminários, conferências, workshops que, pela sua especificidade, revelem particular interesse para a formação dos advogados estagiários podem ser integradas nos programas de estágio, como formação complementar, mas facultativa.

## **CAPÍTULO VI**

### **Dos recursos**

#### **Artigo 44.º-A**

##### **Prazo**

O prazo de interposição dos recursos previstos no presente regulamento é de 15 dias a contar da notificação da decisão a recorrer.

#### **Artigo 44.º-B**

##### **Forma**

1 — O requerimento de interposição do recurso é sempre motivado, sob pena de não admissão do mesmo.

2 — Interposto o recurso, o órgão recorrido notifica o recorrente da:

- a) Não admissão do recurso por falta de motivação;
- b) Admissão do recurso para o órgão competente.

## **Disposições finais e transitórias**

### **Artigo 45.º**

#### **Alterações ao Regulamento n.º 52-A/2005**

1 — As alterações introduzidas ao Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto entram em vigor no dia 1 de Janeiro de 2010.

2 — A nova redacção do Regulamento Nacional de Estágio aplicar-se-á aos cursos de estágio que se iniciem após a sua entrada em vigor.

3 — Aos cursos de estágio iniciados antes da entrada em vigor das presentes alterações é aplicável o Regulamento Nacional de Estágio na sua anterior redacção.

4 — Os advogados estagiários que se encontrem a cumprir a segunda fase do estágio ao abrigo dos regulamentos anteriores ficam sujeitos à nova redacção do regulamento se:

- a) Obtiverem por duas vezes classificação negativa no exame final de avaliação e agregação;
- b) Tiverem suspenso, por período de tempo superior a um ano, a realização do estágio, independentemente da causa da suspensão.

### **Artigo 45.º-A**

#### **Contagem de Prazos**

A contagem dos prazos previstos neste regulamento suspende-se aos Sábados, Domingos e feriados.

**Artigo 46.º**  
**Regimes especiais**

Havendo dificuldade relevante e atendível de qualquer conselho distrital na aplicação plena do presente Regulamento, deverá o Conselho Geral, após audição prévia da CNEF reunida em sessão plenária, deliberar sobre as medidas que, satisfazendo os interesses gerais da formação e o princípio da igualdade dos advogados estagiários perante a Ordem dos Advogados, se revelem justas e adequadas à superação de tais dificuldades.



# REGULAMENTO DE RECRUTAMENTO, SELECÇÃO E CONTRATAÇÃO DE FORMADORES

**Regulamento n.º 743/2010 OA (2.ª série), de 19 de Julho de 2010** / Conselho Geral da Ordem dos Advogados - Regulamento de Recrutamento, Selecção e Contratação de Formadores. Diário da República. — S. 2 — E N. 184 (21 Setembro 2010), p. 47836-47837.

## **Regulamento n.º 743/2010 Regulamento de recrutamento, selecção e contratação de formadores**

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, na sua sessão plenária de 19 de Julho de 2010, deliberou, ao abrigo do disposto nas alíneas g) e h), do n.º 1, do artigo 45.º e do n.º 1 do artigo 195.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, aprovar o Regulamento de Recrutamento, Selecção e Contratação de Formadores, nos seguintes termos:

### **Artigo 1.º Objecto e âmbito**

O presente regulamento estabelece o regime de recrutamento, selecção e contratação dos formadores responsáveis por ministrar as sessões de formação do estágio de advocacia.

## **Artigo 2.º**

### **Recrutamento**

1 — Os formadores serão recrutados através de um concurso público nacional, para cada Centro de Estágio.

2 — O aviso de abertura do concurso divulgará as regras a que o mesmo se submete, os prazos de candidatura e será publicado no Portal da Ordem dos Advogados e em dois órgãos de comunicação social de expansão regional e nacional.

3 — A Comissão Nacional de Estágio e Formação, doravante designada CNEF, delibera a abertura do concurso, competindo aos Conselhos Distritais a concretização dos procedimentos administrativos necessários à sua realização.

4 — Os concursos para recrutamento serão realizados de dois em dois anos, com a antecedência mínima de (60) sessenta dias em relação à data de início do curso de estágio.

5 — Sempre que haja urgência na contratação de formadores em algum dos Centros de Estágio, a CNEF, por sua iniciativa ou por proposta do respectivo Presidente do Centro de Estágio, poderá deliberar a abertura de um concurso extraordinário.

## **Artigo 3.º**

### **Perfil**

1 — Os candidatos a formadores deverão, prioritariamente, ser advogados de reconhecida aptidão profissional, com pelo menos dez anos de inscrição na Ordem dos Advogados, sem punição disciplinar superior a multa.

2 — Excepcionalmente poderão ser admitidos profissionais de outras áreas do Direito, de reconhecido mérito, desde que possuam experiência profissional relevante na área a que se candidatarão.

3 — Os candidatos a formadores deverão possuir experiência profissional relevante na área da formação a que se candidatam e, preferencialmente, certificado de aptidão pedagógica.

4 — Poderá ser contratado, por cada centro de Estágio e a título excepcional, um especialista com experiência pedagógica no



“método dos casos”, que estabelecerá parceria pedagógica com o formador específico na construção e explanação dos “casos”.

5 — A contratação referida no número anterior é temporária e poderá ser efectuada fora das regras do presente Regulamento.

6 — Os candidatos a formadores em efectividade de funções não poderão ser titulares de órgãos eleitos da Ordem dos Advogados, nem membros da Comissão Nacional de Avaliação ou da CNEF.

#### **Artigo 4.º**

##### **Formalização da candidatura**

1 — A formalização da candidatura deverá ser feita mediante o preenchimento de um boletim de inscrição próprio, em modelo aprovado pela CNEF.

2 — Os candidatos deverão fazer prova documental das informações e habilitações expressas no boletim de inscrição e no aviso de abertura do concurso para recrutamento de formadores.

3 — Juntamente com o boletim de inscrição, os candidatos deverão entregar, sob pena de exclusão do concurso, o documento comprovativo das suas habilitações académicas, um curriculum vitae e a proposta de plano de formação que se propõem ministrar na área a que se candidatam.

#### **Artigo 5.º**

##### **Júri do concurso**

1 — A selecção dos formadores será efectuada por um júri constituído pelo Presidente da CNEF, pelo Presidente do Centro de Estágio respectivo e por mais dois elementos, sendo um designado pelo Conselho Distrital respectivo e outro pela CNEF, tendo o Presidente da CNEF ou quem o substituir voto de qualidade.

2 — Compete ao Presidente da CNEF e ao Presidente do Centro de Estágio a designação do seu substituto em caso de impossibilidade de comparência nos júris que se venham a constituir.

3 — O júri poderá exigir aos candidatos a apresentação de documentos comprovativos das suas declarações, quando sobre elas se suscitarem dúvidas.

### **Artigo 6.º**

#### **Processo de selecção**

1 — O método de selecção consiste na apreciação dos documentos apresentados pelo candidato e numa entrevista, que será dirigida por um dos elementos do júri do concurso, nela estando presentes, pelo menos, mais dois elementos do júri, que também poderão fazer perguntas ao candidato.

2 — A entrevista destina-se a obter informações sobre as componentes profissionais directamente relacionadas com as competências consideradas essenciais para o desempenho das funções de formador, nomeadamente, com a capacidade de comunicação e de relacionamento interpessoal e é composta por duas partes, incidindo a primeira sobre o currículo do candidato e a segunda sobre o documento com a planificação das sessões de formação por este apresentado.

3 — O candidato será classificado numa escala de 0 a 20 valores, contribuindo para a classificação final a classificação obtida em cada uma das áreas seguintes, de acordo com a ponderação indicada:

- a) Apreciação do Curriculum Vitae: 30 %;
- b) Apreciação da planificação das sessões de formação apresentada pelo candidato: 40 %
- c) Desempenho na entrevista: 30 %.

4 — O elemento do júri que dirigir a entrevista do candidato apresentará uma proposta de classificação, a qual será analisada e votada em reunião do júri do concurso.

5 — O processo de selecção deverá ficar concluído no prazo máximo de trinta dias.

6 — Concluído o processo de selecção, os candidatos serão notificados da classificação obtida, através de ofício contendo a lista ordenada dos candidatos seleccionados para cada área de formação.

### **Artigo 7.º**

#### **Regime contratual**

1 — A contratação dos formadores será feita através da celebração de contrato de prestação de serviços a outorgar entre o formador e o respectivo Conselho Distrital.

2 — O contrato será celebrado pelo prazo de dois anos, não renovável.

3 — O contrato pode cessar a todo o tempo, desde que respeitado um período de aviso prévio de 90 (noventa) dias, não conferindo a cessação direito a qualquer indemnização.

4 — No caso referido no número precedente, o formador que não pretenda a cessação do contrato poderá apresentar junto da CNEF, até 30 (trinta) dias antes do termo do prazo aí referido, as razões pelas quais entende que o contrato se deveria manter, decidindo a CNEF, após audição do Centro de Estágio, em definitivo.

5 — A falta de cumprimento por parte do formador dos deveres a que está adstrito ou de manifesta inadaptação à função de formador confere ao respectivo Conselho Distrital o direito a resolver o contrato com o formador, com aviso prévio de 30 dias.

### **Artigo 8.º**

#### **Direitos dos formadores**

Os formadores têm os seguintes direitos:

- a) Colaborar com o Centro de Estágio, apresentando sugestões para o melhor funcionamento do estágio de advocacia;
- b) Propor a reformulação dos programas, meios auxiliares e métodos de formação;
- c) Solicitar ao Centro de Estágio apoio de natureza técnica, material ou documental para o melhor desempenho das suas funções;
- d) Beneficiar de prioridade na inscrição aquando da realização de acções de formação, pelo respectivo Conselho Distrital, tendo em vista o seu aperfeiçoamento profissional;
- e) Receber honorários de acordo com o número de horas de formação efectivamente ministradas, nas condições definidas no contrato.

### **Artigo 9.º**

#### **Deveres dos formadores**

Consideram-se deveres dos formadores os seguintes:

- a) Colaborar com o Centro de Estágio, designadamente fornecendo todos os elementos e informações solicitadas;
- b) Contribuir para a formação integral dos advogados estagiários, preparando-os para os aspectos práticos da actividade profissional e privilegiando nas sessões de formação a utilização do método dos casos;
- c) Preparar e elaborar planos de formação e assegurar o seu integral cumprimento, tendo em vista a obtenção da qualidade da formação desejada;
- d) Registrar as faltas dos formandos e escrever em modelo apropriado o sumário da sessão, datado e assinado;
- e) Fazer a vigilância dos testes da prova de aferição e a prova escrita do exame final de avaliação e agregação;
- f) Corrigir os testes da prova de aferição e a prova escrita do exame final de avaliação e agregação que lhes forem distribuídos, cumprindo o prazo estabelecido para o efeito;
- g) Emitir pareceres fundamentados sobre as provas que lhes forem solicitados pelos Centros de Estágio, cumprindo o prazo estabelecido para o efeito.
- h) Participar nas reuniões de trabalho para que forem convocados.

### **Artigo 10.º** **Honorários**

1 — Os formadores auferirão honorários pelas horas de formação efectivamente ministradas, de acordo com um valor por hora a anunciar no aviso de abertura do concurso e que constará no contrato de prestação de serviços a celebrar.

2 — Cada Conselho Distrital definirá, no contrato de prestação de serviços a celebrar com os formadores, a periodicidade de pagamento dos respectivos honorários.

3 — Dos quantitativos auferidos deverão os formadores dar quitação, nos termos da legislação fiscal aplicável.

**Artigo 11.º**  
**Dúvidas e casos omissos**

Os casos omissos e as dúvidas de interpretação serão resolvidas por deliberação do Conselho Geral, ouvida a CNEF.

**Artigo 12.º**  
**Entrada em vigor**

O presente Regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Lisboa, 19 de Julho de 2010.

O Presidente do Conselho Geral,

*António Marinho e Pinto*



# REGULAMENTO DISCIPLINAR N.º 873/2010

## **Regulamento n.º 873/2010**

Por deliberação do plenário do Conselho Superior, reunido na sessão de 5 de Novembro de 2010, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea j) do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, foi aprovado o Regulamento Disciplinar cujo teor integral se publica em anexo.

Lisboa, 22 de Novembro de 2010.

O Presidente do Conselho Superior

*José António Barreiros.*

## **ANEXO**

### **Regulamento Disciplinar**

O regulamento, na aparência, minimalista, contém apenas 9 artigos.

A síntese operada no regulamento incorpora o saber e a experiência acumulados pelos diferentes Conselhos de Deontologia desde a sua criação em 2002, integrada pela visão de conjunto que a experiência do Conselho Superior, enquanto instância de recurso, proporciona.

As necessidades regulamentares foram discutidas ao longo do ano de 2010 em reuniões de trabalho conjuntas do Conselho Superior com todos os sete Conselhos de Deontologia

A solução regulamentar adoptada é muito depurada no verbo e muito limitada na ambição, atentos os limites que decorrem das soluções legais positivadas no Estatuto.

As soluções adoptadas visam prioritariamente simplificar e agilizar procedimentos, sem diminuição de garantias de participantes ou participados.

Mas visam também evitar a criação de novos focos de litigiosidade intraprocessual, como sucedeu com o anterior diploma regulamentar.

A visão de conjunto das práticas profissionais, da realidade deontológica, e da pendência processual dos diferentes distritos permite afirmar que uma solução mais regulamentada não serviria ao universo dos Conselhos de Deontologia.

E a experiência acumulada pelas instâncias jurisdicionais da Ordem dos Advogados permite afirmar que o exercício da função de autocontrolo da actividade dos advogados é efectiva em todo o país, apesar da muito diversa dimensão das estruturas dos diferentes Conselhos de Deontologia.

O Regulamento Disciplinar apresenta-se como um denominador comum das necessidades dos diferentes Conselhos de Deontologia e do próprio Conselho Superior, ferramenta auxiliar do exercício célere e transparente da acção disciplinar enquanto competência essencial da Ordem dos Advogados.

Assim:

Nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea j) da Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro [Estatuto da Ordem dos Advogados] é aprovado, na sessão de 5 de Novembro de 2010, o regulamento disciplinar:

### **Artigo 1.º** **Acção Disciplinar**

1 — A acção disciplinar da Ordem dos Advogados pode comportar as seguintes fases:



- a) Apreciação liminar da participação;
- b) Processo de Inquérito;
- c) Processo Disciplinar;
- d) Recursos;
- e) Execução de penas.

2 — A determinação do Conselho de Deontologia territorialmente competente para exercício do poder disciplinar em 1.ª instância é fixada na data da decisão de instauração do processo disciplinar.

## **Artigo 2.º** **Distribuição**

A distribuição das participações, processos de inquérito, disciplinar e recurso é da competência do Presidente do órgão, que pode delegar o exercício dessa competência em membro do Conselho.

## **Artigo 3.º** **Apreciação Liminar**

1 — A apreciação liminar, quando a participação for manifestamente inviável ou infundada, pode ser decidida por simples despacho sucintamente fundamentado.

2 — A apreciação liminar não comporta a realização de quaisquer diligências de instrução.

3 — Na fase de apreciação liminar apenas pode ser ordenada a notificação do participante para esclarecer ou concretizar o objecto da participação e do participado para se pronunciar, querendo.

4 — Da decisão de arquivamento liminar cabe apenas recurso para o próprio Conselho.

5 — A decisão de arquivamento liminar, ainda que confirmada em recurso, não prejudica a possibilidade de reapreciação, desde que o participante apresente elementos que invalidem os fundamentos daquela.

6 — A decisão de arquivamento liminar é sempre notificada ao participante e ao participado, devendo a notificação a este incluir cópia da participação, quando não auditado.

#### **Artigo 4.º** **Processo Disciplinar**

1 — A tramitação e instrução do processo disciplinar rege-se pelos princípios da concentração e simplicidade.

2 — Constitui ónus dos sujeitos processuais proceder à apresentação das testemunhas que indiquem, salvo requerimento fundamentado que justifique a sua notificação pelo Conselho.

3 — Os advogados, indicados como testemunhas, podem ser inquiridos por escrito, devendo prestar juramento no depoimento, indicar a razão de ciência, ficando obrigados pelo dever de segredo relativamente ao objecto do processo.

4 — No caso de testemunhas residentes no estrangeiro, pode o relator determinar o depoimento por escrito ou a sua inquirição pela autoridade consular da área.

5 — Havendo lugar à realização de audiência pública, o arguido é notificado das datas para a realização do julgamento, com cópia do relatório final.

6 — A audiência pública é realizada em secção, salvo nos casos previstos nos artigos 43.º e 135.º do Estatuto.

#### **Artigo 5.º** **Notificações**

1 — As notificações aos sujeitos e intervenientes processuais, salvo norma estatutária em contrário, podem ser efectuadas por qualquer forma documentada, incluindo via postal, telecópia, correio electrónico ou outro meio idóneo de transmissão de dados.

2 — As notificações do arguido, salvo norma estatutária em contrário, podem ser expedidas por carta, telecópia ou correio electrónico, para os endereços indicados pelo advogado à Ordem dos Advogados, nos termos do regulamento de inscrição.

3 — As notificações aos mandatários são feitas, preferencialmente, para o endereço de correio electrónico, ou para o número de telecópia, registados na Ordem dos Advogados.

4 — A notificação ao advogado visado da decisão de instauração de processo disciplinar e para o exercício do direito de audição considera-se efectuada ainda que a mesma seja devolvida, não dando lugar à repetição da diligência.

5 — Os editais previstos no Estatuto podem ainda ser divulgados no portal da Ordem dos Advogados.

## **Artigo 6.º**

### **Recursos**

São irrecorríveis as decisões que, em sede de apreciação liminar da participação e de processo de inquérito, determinem prosseguimento da acção disciplinar.

## **Artigo 7.º**

### **Suspensão por incumprimento de pena ou de imposição**

1 — A decisão disciplinar que aplique ou confirme a aplicação de uma das penas e ou imposições referidas no artigo 138.º do Estatuto deve conter a advertência expressa de que o incumprimento da pena ou da imposição, nos prazos indicados, determina a suspensão da inscrição do advogado ou advogado estagiário por determinação do presidente do órgão competente em matéria disciplinar, sem precedência de notificação.

2 — A omissão da advertência prevista no número anterior constitui mera irregularidade que pode ser suprida a todo o tempo, oficiosamente ou a requerimento, pelo presidente do órgão competente em matéria disciplinar.

## **Artigo 8.º**

### **Dos actos processuais**

1 — Os actos processuais valem desde que assinados por quem presida à diligência ou os pratique.

2 — Os actos processuais podem ser praticados por meios electrónicos, com aposição de assinatura digital, com dispensa da apresentação dos originais.

### **Artigo 9.º** **Registo disciplinar**

1 — Do extracto do registo disciplinar do arguido deve constar:

- a) As penas em que tenha sido condenado;
- b) A data da prática das infracções que deram causa às penas registadas;
- c) A data em que o arguido foi notificado do acórdão final, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 155.º, n.º 6 do EOA.

2 — Compete às secretarias dos conselhos de deontologia manter actualizado o registo disciplinar dos advogados sob jurisdição do conselho respectivo, independentemente da instância em que tais decisões tenham sido proferidas.