

COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA

DIREITO E PROCESSO ADMINISTRATIVO

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

NOVEMBRO 2016



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ e elétrico n.º 28



No âmbito do Plano de Formação 2014-2015 foram várias as acções de formação que a Jurisdição Administrativa e Fiscal do CEJ organizou, na área do direito e processo administrativo.

Este e-book reúne os textos correspondentes às comunicações apresentadas nessas acções e que agora se trazem à luz.

As temáticas abordadas são as que são trazidas à decisão dos Tribunais e têm suscitado a discussão.

A excelência dos textos e a capacidade que têm de auxiliar os profissionais do Direito no cada vez melhor exercício das suas funções, justificam a edição.

É mais um ciclo que se fecha, em que o aproveitamento do trabalho feito no Centro de Estudos Judiciários culmina na sua disponibilização a toda a Comunidade Jurídica.

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito e Processo Administrativo

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Ana Celeste Carvalho (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição)

Sofia David (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Margarida Reis Abreu (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Cristina Flora (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2014/2015:

O Ministério Público na Justiça Administrativa – 17, 24 e 31 de outubro 2014 (programa)

Recursos em processo administrativo e tributário – 21 de novembro 2014 (programa)

Temas de Direito Administrativo – 8, 15, 22 e 29 de maio de 2015 (programa)

As novas Diretivas sobre Contratação Pública – 20 de março de 2015 (programa)

Conceção e organização:

Ana Celeste Carvalho

Sofia David

Intervenientes:

Ana Celeste Carvalho – Juíza Desembargadora no TCAS, Docente do CEJ

Carlos Fernandes Cadilha – Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional

Manuel Simões Azenha – Procurador da República no TAF de Loulé

Raquel Carvalho – Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola do Porto. Investigadora e membro integrado no Católica Research Centre for the Future of Law – Centro de Estudos e Investigação em Direito

Licínio Lopes – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Carlos Carvalho – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo

Rui Pinto – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Eurico João da Silva – Inspetor da Inspeção Geral da Administração Interna

Pedro Figueiredo – Juiz de Direito, Inspetor da Inspeção Geral da Administração Interna

Fernando Duarte – Juiz de Direito, Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos seus Autores não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet:<URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

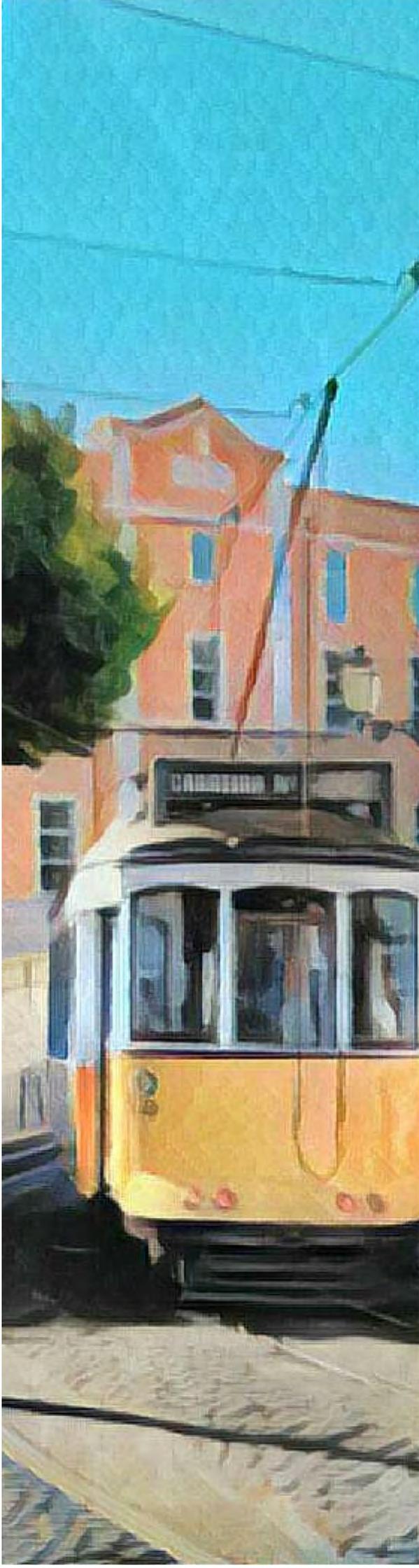
Registo das revisões efetuadas ao e-book

| Identificação da versão | Data de atualização |
|-------------------------|---------------------|
| 1.ª edição – 18/11/2016 | 09/01/2017 |
| | |

Direito e Processo Administrativo

| | |
|---|------------|
| A. DIREITO ADMINISTRATIVO | 9 |
| 1. Responsabilidade civil dos poderes públicos | 11 |
| – A responsabilidade civil da Administração por erros e deficiências de projecto e construção | |
| <i>Ana Celeste Carvalho</i> | 13 |
| – Responsabilidade pré-contratual de entidades públicas | |
| <i>Carlos Fernandes Cadilha</i> | 25 |
| 2. Direito do Urbanismo | 41 |
| – O Ministério Público na justiça administrativa | |
| <i>Manuel Simões Azenha</i> | 43 |
| – Articulação dos procedimentos de licenciamento zero com os procedimentos urbanísticos | |
| <i>Dulce Lopes</i> | 59 |
| 3. Direito da Contratação Pública | 93 |
| – Cooperação entre entidades públicas adjudicantes | |
| <i>Raquel Carvalho</i> | 95 |
| 4. Relações Laborais da Administração Pública | 129 |
| – A relação jurídica de emprego público | |
| <i>Licínio Lopes</i> | 131 |
| – Jurisprudência do Tribunal Constitucional | 157 |

| | |
|--|------------|
| B. DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO | 159 |
| 1. Princípios do processo administrativo | 161 |
| <i>Carlos Carvalho</i> | |
| 2. Recursos em processo administrativo e tributário | 181 |
| – Da revista “per saltum” | |
| <i>Carlos Carvalho</i> | 183 |
| – As alterações relevantes em sede de CPC, em especial, os novos casos de irrecorribilidade ali previstos | |
| <i>Rui Pinto</i> | 223 |
| – Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo | 279 |
| 3. Prova, ónus da prova e controlo jurisdicional | 281 |
| – A lei geral de trabalho em funções públicas e o processo disciplinar | |
| <i>Eurico João da Silva</i> | 283 |
| – A relação entre o processo disciplinar e o processo criminal | |
| <i>Pedro Figueiredo</i> | 303 |
| – Do controlo jurisdicional pelos tribunais administrativos da definição e concretização de políticas públicas | 317 |
| <i>Fernando Duarte</i> | |



A.
**DIREITO
ADMINISTRATIVO**

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. Responsabilidade civil dos poderes públicos

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO POR ERROS E DEFICIÊNCIAS DE PROJECTO E CONSTRUÇÃO ¹

Ana Celeste Carvalho*

Apresentação em *PowerPoint*

A Responsabilidade Civil da Administração por Erros e Deficiências de projecto e construção

Centro de Estudos Judiciários
08 de Maio de 2015

Ana Celeste Carvalho

¹ O presente texto corresponde à versão apresentada na ação de formação “Temas de Direito Administrativo”, com o tema “A responsabilidade civil da Administração por erros e deficiências de projeto e construção”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 8 de maio de 2015.

* Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul e Docente do CEJ.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A. POR FACTO ILÍCITO Artigos 7.º ao 10.º

Enquadramento legal

- Artigo 22.º da Constituição - Princípio geral de responsabilidade patrimonial das entidades públicas
- Artigo 271.º da Constituição – Princípio geral da responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes por actos e omissões ilícitas e culposas conexas com o exercício de funções
- Artigo 16.º do CPA – Princípio da responsabilidade
- Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro - Regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público (RRCE)

Âmbito Material do RRCE - Artigo 1.º, n.º 2

- Actuação ao abrigo da **função administrativa**
 - **Actos e omissões** praticadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por normas e princípios de direito administrativo
 - A **omissão** apenas gera o dever de indemnizar desde que se encontre previsto **o dever de praticar o acto omitido**, na lei ou em negócio jurídico
 - A **actuação** pode traduzir-se em:
 - i) Actos jurídicos
 - ii) Actos técnicos
 - iii) Actos ou operações materiais

Âmbito material do RRCE - Artigo 1.º, n.º 2

- A **omissão** pode representar:
 - i) Uma situação de inércia ou inactividade
 - ii) A falta de acção devida: responsabilidade *in vigilando*
- A **omissão** pode resultar:
 - i) Da ausência de uma actividade jurídica (omissão da prática de um acto administrativo ou de uma norma regulamentar)
 - ii) Da ausência de uma actividade material
 - actuação positiva/*de facere* (v.g. execução do acto de abate de árvores)
 - actuação de fiscalização ou de controlo (v.g. vigilância de semáforos, do material arbóreo, da conservação e sinalização de estradas, da distribuição de energia)

- **Exclui-se** do âmbito da responsabilidade administrativa a actividade de **gestão privada** das entidades públicas



Responsabilidade civil da entidade pública segundo o direito civil:

- **Artigos 483.º** e segs. do Código Civil
- **Artigos 565º** e segs. do Código Civil
- Especialidade do **artigo 501.º**, que remete para o **artigo 500.º**, segundo o qual **a pessoa colectiva pública responde directamente perante o terceiro lesado, independentemente de culpa**, desde que os danos tenham sido causados pelo titular de órgão, funcionário ou agente no exercício da função, sem prejuízo do direito de regresso

➤ Actuação **funcional** – actos praticados no exercício de funções e por causa desse exercício

- **Excluem-se** do âmbito da responsabilidade administrativa os actos lesivos que tenham sido praticados por titulares de órgãos, funcionários e agentes
 - **fora do exercício das funções**
 - no exercício de funções, mas **não por causa desse exercício**



Actos Pessoais



Determinam apenas a responsabilidade **individual** do agente, segundo o regime de **direito privado, sem a responsabilidade da Administração**

Traços gerais do RRCE por danos causados pelo exercício da função administrativa

- **Presunção legal de culpa leve** (inversão do ónus da prova, incumbe ao lesante provar que agiu sem culpa) – Artigo 10.º, n.º 2
- Conceito de **culpa anónima** ou **culpa do serviço** – funcionamento anormal do serviço (dispensa-se a existência de um culpado) – Artigo 7.º, n.ºs 2, 3 e 4 (v.g. ilegalidade de um acto material, acto jurídico ilícito ou procedimento ilícito, por violação de regras de boa administração; atraso na decisão procedimental)
- Aproximação dos requisitos de **ilicitude** e de **culpa** – quando existir um acto ilícito presume-se a existência de culpa; a ilicitude pressupõe a culpa
- **Solidariedade** entre a entidade pública e o titular do órgão, funcionário ou agente no caso de dolo ou culpa grave – Artigo 8.º, n.ºs 1 e 2
- Responsabilidade exclusiva do Estado em caso de culpa leve – Artigo 7.º, n.º 1
- **Direito de regresso** contra titulares de órgãos, funcionários ou agentes (responsabilidade pessoal) – Artigo 8.º, n.ºs 3 e 4
- Exclusão de qualquer forma de responsabilidade exclusiva do funcionário por **actos funcionais** – Artigos 7.º, n.º 1 e 8.º

Âmbito Subjectivo do RRCE - Artigo 1.º, nº.s 1, 3, 4 e 5

- I. Estado e demais pessoas colectivas de direito público
- II. Titulares de órgãos, funcionários ou agentes públicos
- III. Pessoas colectivas de direito privado quando actuem ao abrigo de prerrogativas de direito público ou no âmbito de actividade regulada por normas ou princípios de direito administrativo – *entidades privadas de mão pública / entidades administrativas privadas* (v.g. concessionárias, empresas públicas, empresas municipais, empresas intermunicipais ou metropolitanas, associações ou fundações de carácter privado instituídas pelo Estado ou por uma pessoa colectiva pública)
 - O exercício de poderes de autoridade pode resultar por expressa **determinação da lei** (v.g. diploma legal que regula o regime jurídico da concessão ou o estatuto orgânico do concessionário – ex. Estradas de Portugal, S.A.)
- IV. Demais trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares

Podere e Prerrogativas de Autoridade por Entidades Privadas

- **Artigo 409.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)** – As entidades adjudicantes, no âmbito da **concessão de obras públicas** ou de **serviços públicos**, através do clausulado contratual, podem atribuir poderes e prerrogativas de autoridade
- **Artigo 424.º do CCP** – consagra a **responsabilidade própria do concedente** pelos danos causados pelo concessionário a terceiros no âmbito da exploração da obra ou do serviço público, que lhe sejam **directamente imputáveis**, designadamente, quando a actuação lesiva resulte do estrito cumprimento de injunções da Administração ou da actividade por ela própria desenvolvida
 - danos resultantes de **erros de concepção** – consoante a concessão **tenha** ou **não** tido como objecto a elaboração do projecto, serão directamente imputáveis ao concessionário ou ao concedente
 - danos derivados de **defeitos da execução** da obra – em princípio, responde o concessionário

- **Em ambos os casos** pode existir **co-responsabilidade (concorrência de culpas – cfr. Artigo 4.º)**:
- em virtude de **actuação negligente** da Administração na aprovação de projectos elaborados pelo concessionário
 - por **incumprimento ou deficiente** exercício dos poderes-deveres de fiscalização e vigilância da Administração em relação à execução dos trabalhos ou à conservação e uso da obra
 - por deficiências de construção que possam ser **resultado de ordens e instruções** do dono da obra
 - por erros de concepção do projecto que sejam imputáveis ao dono da obra
 - por **deficiências de sinalização** imputáveis à Administração e defeitos de implementação de medidas preventivas que sejam da responsabilidade directa do empreiteiro que executou a obra

Acórdão do STA, n.º 01298/14, de 25/03/2015

- Com o contrato de concessão **transfere-se o dever de vigilância** do concedente para a concessionária
- Quando a omissão de um dever cause danos a terceiros, o lesante só pode ser o **obrigado actual** e não o seu antecessor como garante, pois este fica desligado do evento imputável ao seu sucessor
- O concedente de uma auto-estrada **é alheio à relação jurídica que se estabeleça entre o concessionário e algum utente da via** por causa de uma omissão ilícita, culposa e danosa que responsabilize o primeiro perante o segundo
- **A concessionária não pode ser havida como órgão, agente ou representante do réu, concedente**, por forma a que este possa ser responsabilizado pelas condutas da concessionária, nos termos do artigo 501.º do Código Civil

- **Litisconsórcio voluntário passivo (Artigo 10.º, n.º 7 do CPTA)** – podem ser demandados na acção de responsabilidade civil uma entidade pública e uma entidade privada, quando se encontrem co-envolvidas no âmbito de uma mesma relação jurídica administrativa, onde se apurará a quota parte da responsabilidade de cada um dos demandados

- Esta é a regra no caso:
 - de **responsabilidade solidária** entre a Administração e titular do órgão, funcionário e agente e
 - da titularidade do **direito de regresso** (transferência do risco para uma entidade seguradora)

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO Artigo 11.º

Responsabilidade por danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços especialmente perigosos (perigo *acentuado*, distinguindo-o do perigo normal ou *vulgar*)

- Pressupõe o **funcionamento normal do serviço** - o serviço pela sua própria natureza é susceptível de expor terceiros a uma situação de perigo, originando danos indemnizáveis
- Pertence ao lesado o **ónus da prova** de que os danos provieram do funcionamento do serviço, coisa ou actividade de **especial perigosidade**, i.e. a **especialidade do dano**

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Artigo 11.º

Fundamento:

Princípio da igualdade perante os encargos públicos que determina que o Estado deva compensar os cidadãos por actos ou omissões dos poderes públicos que afectem de forma **desigual e não proporcional** a sua esfera jurídica

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Artigo 11.º

- Caso de **força maior** - qualquer acontecimento, decorrente de facto imprevisível e inevitável, derivado de uma causa estranha à Administração e alheio ou estranho à actividade administrativa
⇒ **exclui a indemnização – n.º 1**

v.g. Terramoto. A **inundação**, ainda que tenham sido cumpridas todas as regras técnicas e de segurança aplicáveis, caracteriza um **caso fortuito** que **não impede a obrigação de indemnizar**, salvo se se tratar de um acontecimento natural absolutamente estranho ao serviço, caso em que se deverá passar a entender como caso de força maior

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Artigo 11.º

- Concorrência de **culpa do lesado (concorrência de culpa e risco)**
 - ⇒ possibilidade de **redução** ou **exclusão da indemnização** – **n.º 1**
 - Responsabilidade solidária do ente público com o terceiro, com direito de regresso
 - A prova da culpa do lesado cabe ao réu – Artigo 342.º, n.º 2 do Código Civil

- Concorrência de **culpa de terceiro**
 - ⇒ possibilidade de **redução** ou **exclusão da indemnização** – **n.º 2**
 - A entidade pública sendo demandada responde integralmente, podendo exigir a responsabilidade do terceiro apenas em direito de regresso

B. RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Artigo 11.º

- Operando a limitação dos danos especiais e anormais apenas no âmbito da responsabilidade pelo sacrifício (Artigo 16.º), **a responsabilidade pelo risco fica sujeita ao princípio do ressarcimento de todos os danos**

- **Não vigora a presunção legal de culpa** – dispensa-se a prova da culpa (e da ilicitude)

- Pertence ao **lesado** a prova dos factos constitutivos do direito

- **Culpa in vigilando** – Artigos 10.º, n.º 3 e 493.º, n.º 1 do Código Civil (v.g. vigilância das estradas, queda de árvores, queda de pedras em ravinas, limpeza de esgotos, decorrentes de omissões materiais da Administração, relativamente a coisas móveis e imóveis)

Competência dos Tribunais Administrativos para **todas** as questões de responsabilidade civil das pessoas colectivas de direito público, sem distinguir de entre actos de gestão pública ou privada ou independentemente de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado

→ Unificação da jurisdição no tocante à responsabilidade extracontratual da Administração

anacelestecarvalho@gmail.com

Vídeos da apresentação

Parte 1

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo Ana Celeste Carvalho, Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo - Salão Nacional da Propriedade Industrial - Auditório Docente do C... 08.05.2015 15:00

DATAJURIS JUSTIÇA TA

Ana Celeste Carvalho
A responsabilidade civil da Administração por erros e deficiências de projeto e construção

00:00:40 - 00:29:45

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/8pgx6o5wk/flash.html>

Parte 2

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo Ana Celeste Carvalho, Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo - Salão Nacional da Propriedade Industrial - Auditório Docente do C... 08.05.2015 15:30

DATAJURIS JUSTIÇA TA

Em ambos os casos pode existir co-responsabilidade (concorrência de culpas - cfr. Artigo 4.º):

- em virtude de actuação negligente da Administração na aprovação de projectos elaborados pelo concorrente;
- por incumprimento ou deficiente exercício dos poderes-deveres de fiscalização e vigilância da Administração em relação à execução dos trabalhos ou à conformação com os planos;
- por deficiências de construção que possam ser resultado de ordens e instruções do dono da obra;
- por erros de concepção do projecto que sejam imputáveis ao dono da obra;
- por deficiências de implementação de planos gerados por quem da responsabilidade da obra não é o concorrente ou o dono da obra.

Ana Celeste Carvalho
A responsabilidade civil da Administração por erros e deficiências de projeto e construção

00:00:04 - 00:28:32

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/czt49navig/flash.html>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS¹

Carlos Fernandes Cadilha*

- I. Fontes normativas da responsabilidade pré-contratual.
 - II. Meios processuais pelos quais é possível efetivar a responsabilidade pré-contratual.
 - III. Dano indemnizável.
 - IV. Prática jurisprudencial.
 - V. Análise crítica.
 - VI. Conclusões.
- Vídeo.

I. Fontes normativas da responsabilidade pré-contratual

1. A primeira das disposições que interessa considerar é a do n.º 2 do artigo 7º do RRCEE, que pretende dar concretização prática, no direito interno português, à *Diretiva recursos* (Diretiva n.º 89/665/CEE depois completada pela Diretiva n.º 92/13/CEE, com específica aplicação nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações), na parte em que consignam a atribuição de indemnizações por violação do direito comunitário no âmbito de procedimentos pré-contratuais de direito público, que consta, respetivamente, dos seus artigos 2.º, n.º 1, alínea c), e 2º, n.º 7.

Pretendeu-se, deste modo, instituir um regime específico de responsabilidade civil por danos decorrentes de violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação de qualquer dos contratos a que igualmente se aplica o regime especial de impugnação de atos pré-contratuais previsto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (*contencioso pré-contratual*) e acaba por consagrar uma obrigação de indemnizar, não já por mera responsabilidade civil extracontratual, mas por responsabilidade pré-contratual², visto que se trata aqui claramente de uma forma de responsabilidade por culpa na formação de contrato e que tem equivalência, no direito civil, na culpa *in contrahendo* a que alude o artigo 227º do Código Civil (CC).

Na sua redação originária, o artigo 7º, n.º 2, previa a concessão de indemnização «às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos da presente lei», o que pressupunha a remissão para o regime geral de

¹ O presente texto corresponde à versão escrita apresentada na ação de formação intitulada “Curso de especialização em direito administrativo”, sob o tema “Responsabilidade civil pré-contratual do Estado”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 29 de maio de 2015.

* Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional.

² Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos*, pág. 360.

responsabilidade civil por atos ilícitos e, designadamente, a aplicação do princípio de *presunção de culpa leve* pela prática de atos jurídicos ilícitos a que refere o artigo 10.º, n.º 2, do Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (RRCEE). A substituição do inciso *nos termos da presente lei* pela expressão *de acordo com os requisitos de responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*, por efeito da nova redação introduzida pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, visa dar plena satisfação às exigências do direito comunitário em matéria de contratação pública, tornando claro que a violação de normas comunitárias, no domínio dos procedimentos de formação de contratos abrangidos pelas Diretivas, arrasta a existência de culpa.

Esta alteração legislativa, efetuada na sequência da condenação do Estado Português pelo TJUE, por não ter revogado o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967, pretende, por conseguinte, alinhar o direito interno, nesse específico âmbito de aplicação, pelo entendimento jurisprudencial comunitário. A jurisprudência do TJUE considera que a obrigação de reparar os prejuízos causados aos particulares, em violação de normas de direito europeu, não pode ficar subordinada a uma condição extraída do conceito de culpa que vá além de violação *suficientemente caracterizada* do direito comunitário. Aceita-se, nesse domínio, que a culpa está ínsita na ilegalidade cometida, só podendo ser considerados certos elementos objetivos ou subjetivos (que, no quadro de um sistema jurídico nacional, estão normalmente associados ao conceito de culpa), para determinar se ocorreu, no caso concreto, uma violação *suficientemente caracterizada* do direito comunitário.

A alteração legislativa tem, pois, o sentido útil de substituir o regime de presunção de culpa que resultava da remissão para o disposto no artigo 10.º, n.º 2, do RRCEE — que implicaria a possibilidade de a presunção de culpa ser ilidida por prova em contrário, nos termos gerais do artigo 344.º, n.º 1, do Código Civil —, por um critério de objetivação de culpa consonante com o entendimento da jurisprudência comunitária sobre a matéria^{3 4}.

Note-se entretanto que o direito indemnizatório previsto no artigo 10.º, n.º 2, se destina apenas a garantir a reparação dos danos causados quando o processo impugnatório (acompanhado das providências cautelares adequadas) não tenha permitido corrigir, em tempo útil, as ilegalidades cometidas, ou quando subsistam danos que não tenham sido cobertos pela reformulação do procedimento pré-contratual, na sequência da impugnação contenciosa. Por outro lado, a garantia de impugnação contenciosa carece de ser articulada com outros mecanismos processuais também relevantes para a defesa dos interesses dos

³ A dificuldade que suscitou a alteração de redação do artigo 7º, n.º 2, coloca-se a propósito de qualquer outra violação do direito comunitário de que resultem danos para os particulares, e não apenas no domínio dos procedimentos pré-contratuais, pelo que a exigência de objetivação da culpa tem igualmente cabimento tanto no âmbito da responsabilidade civil emergente da prática de atos jurídicos, a que se refere o artigo 10º, n.º 3, como também em matéria de responsabilidade derivada do exercício da função jurisdicional ou da função político-legislativa (neste sentido, HELOÍSA OLIVEIRA, *Jurisprudência comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Influência, omissão e desconformidade*, O Direito, ano 142.º (2010), pág. 153).

⁴ Não é, todavia, claro que do direito comunitário resulte a necessidade da adoção de um regime de responsabilidade puramente objetiva: o que se impõe é que não seja exigível a prova da culpa ou do dolo, o que pode ser consentâneo com a existência de uma presunção de culpa (cfr. RUI MEDEIROS/PATRICIA FRAGOSO MARTINS, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica, 2013, pág. 186).

concorrentes: a modificação objetiva da instância mediante a ampliação do objeto do processo impugnatório à impugnação do contrato, quando este tenha sido entretanto celebrado, que poderá ter o efeito útil de impedir a execução do contrato que se encontre ferido de ilegalidade por virtude de vícios procedimentais (artigo 102.º, n.º 4); a possibilidade de cumulação de um pedido de anulação de um ato pré-contratual com um pedido de reparação de danos (ainda que essa cumulação de pedidos provoque uma inevitável desaceleração do processo pré-contratual).

Resta acrescentar que a existência de uma norma especial, reconhecendo um direito à reparação de danos por ilegalidade cometida no âmbito do procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do CPTA, não significa que não haja lugar a indemnização por factos ilícitos praticados em quaisquer outros procedimentos pré-contratuais, ainda que não sujeitos ao regime de impugnação especificamente previsto naquele preceito. O que justifica o direito à reparação de danos é a ilicitude resultante da prática de atos administrativos ilegais, pelo que não deixa de existir um dever de indemnizar, por parte das entidades adjudicantes, quando, em relação à formação de qualquer contrato público, sejam afetados direitos ou interesses legítimos dos concorrentes ou potenciais concorrentes, através de atos procedimentais ilegais. O ponto é que se trate de contratos que se encontrem submetidos a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público, que, como tal, fiquem sujeitos à competência contenciosa dos tribunais administrativos e a um regime substantivo de responsabilidade administrativa.

A disposição do n.º 2 do artigo 7.º do RRCEE tem, pois, o alcance de assegurar formalmente um direito de indemnização por atos ilegais cometidos no âmbito do procedimento relativo a contratos que estão abertos à concorrência comunitária, sem que isso signifique que não haja lugar a um direito à indemnização em quaisquer outros casos de ilegalidade.

2. O n.º 2 do artigo 7.º do RRCEE não esclarece, todavia, qual é a medida da indemnização em caso de violação de regras do concurso de adjudicação do contrato, havendo aqui que recorrer às normas de direito comunitário aplicáveis, bem como às disposições específicas que constam do Código dos Contratos Públicos (CCP), e aos princípios gerais de direito.

O artigo 2º, n.º 1, alínea c), da Diretiva n.º 89/665/CEE (aplicável aos contratos públicos de obras e fornecimentos) limita-se a prever a concessão de *indemnizações* às pessoas lesadas por decisões proferidas no âmbito de um procedimento pré-contratual de direito público que tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos ou as normas que transpõem esse direito. Não exclui, à partida, que o prejuízo reparável abranja o *lucro cessante* (o lucro que o interessado poderia ter obtido se lhe fosse adjudicado o contrato)⁵. O artigo 2º, n.º 7, da Diretiva n.º 92/13/CEE é, no entanto, mais preciso, ao prever um direito a indemnização por perdas e danos relativos aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, quando ocorra violação do direito comunitário ou das normas nacionais de transposição, por parte da entidade

⁵ Neste sentido, RUI MEDEIROS/PATRICIA FRAGOSO MARTINS, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, citado, pág. 205.

adjudicante, no correspondente procedimento, e o interessado prove que «teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação».

Ao referir-se a um direito a indemnização relativo aos “custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato”, a Diretiva n.º 92/13/CEE parece pretender abranger apenas o dano pelo *interesse contratual negativo*. No entanto, o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva n.º 92/13/CEE limita-se a estabelecer um regime específico para as situações em que o pedido de indemnização visa a reparação dos danos relativos aos custos incorridos com a preparação da proposta ou a participação no procedimento no concurso, e não prejudica o ressarcimento de outros tipos de danos nos termos gerais da responsabilidade civil, e, portanto, a própria possibilidade de tutela do *interesse contratual positivo*, designadamente quando seja possível demonstrar que, sem a violação das normas em causa, o lesado teria vencido o concurso e/ou a entidade adjudicante teria ficado vinculada a celebrar o contrato (i. é., tinha o dever de concluir o contrato)⁶.

O que pode dizer-se, em tese geral, é que quando se deva atender, nos termos gerais, ao *interesse contratual positivo*, e portanto à situação em que o lesado se encontraria se o contrato lhe tivesse sido adjudicado, já não são indemnizáveis os danos pelo *interesse contratual negativo* na medida em que nos casos em que seja reconhecida ao lesado o direito à adjudicação este teria necessariamente de ter suportado os custos da participação no procedimento. Por outro lado, os danos pelo *interesse contratual negativo* só são indemnizáveis nas condições previstas no artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva n.º 92/13/CEE (i. é., quando a proposta do lesado não tenha sido excluída e mantenha alguma viabilidade relativamente à atribuição da adjudicação)⁷.

3. O CCP consagra igualmente a favor dos concorrentes uma indemnização pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas apresentadas a concurso em diversas outras situações específicas: (a) quando a decisão de escolha por ajuste direto tenha caducado ou não tenha sido tomada no prazo legalmente previsto (artigo 27º, n.º 6); (b) quando a decisão de adjudicação tenha sido tomada e notificada aos concorrentes após o termo do prazo estabelecido para a manutenção das propostas e o concorrente recuse a adjudicação (artigo 76º, n.º 3); (c) quando o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar por motivo justificado (artigo 79º, n.º 4); (d) quando a entidade adjudicante revogue a decisão de não contratar por motivo justificado que ocorra entre o início de procedimento e o termo do prazo da apresentação das propostas (artigo 80º, n.º 2); ou ainda quando, por facto que lhe seja imputável, a entidade adjudicante não outorgar o contrato no prazo cominado e o adjudicatário se desvincular da proposta (artigo 105º, n.º 3)⁸.

⁶ PAULO MOTA PINTO, *Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato: em especial o cálculo da indemnização*, in «Estudos de contratação pública», Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Coimbra, 2008, vol. 2, págs. 288-289; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)*, Coimbra, 2011, pág. 344 e segs.).

⁷ Cfr. RUI MEDEIROS/PATRICIA FRAGOSO MARTINS, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, citado, pág. 212.

⁸ Neste sentido, o acórdão do STA de 22 de outubro de 2009 (Processo n.º 557/08) considerou ser de atribuir ao adjudicatário o direito a ser indemnizado pelo dano negativo (dano da confiança) quando, após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração do contrato, fazendo corresponder

Também nestes casos estamos perante uma indemnização pelo *interesse contratual negativo*, que se destina a assegurar que o cocontratante seja ressarcido pelos encargos em que incorreu com a sua apresentação ao concurso, mas que deve entender-se como correspondendo a um *direito de indemnização mínimo*, que não afasta outras pretensões indemnizatórias com base em responsabilidade pré-contratual⁹.

II. Meios processuais pelos quais é possível efetivar a responsabilidade pré-contratual

4. Uma precisão interessa começar por efetuar.

Quando, na sequência de uma sentença anulatória de um ato administrativo praticado no âmbito de um procedimento pré-contratual, é possível efetuar a reconstituição da situação jurídica violada através do correspondente processo executivo, mediante a renovação do procedimento administrativo (com a participação do candidato que foi ilegalmente excluído) ou a reformulação do ato de adjudicação (mediante a atribuição do contrato ao concorrente ilegalmente preterido), a indemnização é assegurada pelo princípio da reposição natural ou da restituição em espécie, que corresponde à forma prevalecte de reparação do dano (artigo 562.º do CC). A indemnização em dinheiro, por impossibilidade de reconstituir a situação anterior à lesão, tem um carácter meramente subsidiário (artigo 566.º do CC).

Quando se verifique entretanto no processo executivo uma causa legítima de inexecução, por impossibilidade absoluta ou grave prejuízo para o interesse público na execução da sentença (artigo 163.º do CPTA), ou, em situação paralela, seja possível antecipar no próprio processo declarativo uma situação de impossibilidade absoluta ou de excepcional prejuízo para o interesse público que tornaria inviável a execução de uma eventual sentença condenatória que viesse a ser proferida (artigo 102.º, n.º 5, do CPTA) – a situação mais comum será aquela em que o contrato se encontre integralmente executado - , há lugar à fixação judicial de uma indemnização que visa reparar o prejuízo resultante da inexecução da sentença e que se traduz numa *indemnização pecuniária* sucedânea da reconstituição em espécie que seria aplicável caso não subsistisse a causa legítima de inexecução (artigos 166.º e 178.º).

Sendo uma indemnização pecuniária, que substitui, tal como prevê o artigo 566.º do CC, a reconstituição da situação jurídica violada, ela não deixa de constituir uma forma de responsabilidade civil por facto ilícito e, respeitando a atos administrativos praticados no âmbito de um procedimento de formação de contrato, tratar-se-á também de uma forma de responsabilidade pré-contratual.

Essa não é, no entanto, uma indemnização destinada a cobrir todos os danos que possam ter resultado da atuação ilegítima da Administração, visto que tem apenas em vista compensar o

o prejuízo ao valor das despesas com a aquisição do processo de concurso e com a elaboração da proposta, por possuírem uma efetiva conexão com a ilicitude geradora da responsabilidade pré-contratual.

⁹ Neste sentido, RUI MEDEIROS/PATRICIA FRAGOSO MARTINS, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas*, citado, págs. 215-216.

interessado pelo facto de não ser possível reconstituir a situação anterior à lesão, seja por via da admissão ao procedimento pré-contratual (quando dele tenha sido ilegalmente afastado), seja por via da prolação de uma decisão de adjudicação que lhe seja favorável (quando tenha sido ilegalmente preterido).

De fora ficam outros danos não sejam diretamente reconduzíveis à responsabilidade por inexecução e que não correspondam à indemnização sucedânea da restauração natural¹⁰. E por isso também é que o n.º 5 do artigo 45.º do CPTA não exclui a possibilidade de o interessado deduzir um pedido autónomo de reparação de todos os danos resultantes da atuação ilegítima da Administração, que necessariamente acresce à indemnização que for devida, nos termos do n.º 1 desse artigo, por impossibilidade de execução de uma sentença anulatória ou condenatória^{11 12}.

As questões de responsabilidade pré-contratual colocam-se, portanto, em primeira linha, no âmbito da responsabilidade por inexecução, quando se torne necessário fixar uma indemnização pecuniária pela prática do ato procedimental ilegal. Mas nada impede que essas mesmas questões se coloquem no âmbito de uma ação autónoma de responsabilidade pré-contratual. O interesse no acionamento da responsabilidade civil pré-contratual por via de uma ação própria surge em diversas situações: (i) quando o interessado opte por uma ação de indemnização autónoma que venha a ser instaurada em alternativa ao processo executivo¹³; (ii) quando se pretenda obter uma indemnização pela prática do ato ilegal independentemente da sua prévia impugnação contenciosa, através da declaração incidental da ilegalidade, em aplicação do disposto no artigo 38º do CPTA; (iii), ou ainda naquelas situações em que, face à especificidade do caso, a ação de indemnização constitua o meio processual mais adequado à tutela dos interesses ofendidos, por não ser viável recorrer à ação impugnatória ou à ação de condenação à prática de ato devido: situações de inobservância do procedimento devido; ineficácia do contrato por recusa do visto do Tribunal de Contas; recusa de contratar por parte da entidade adjudicante; quando a entidade adjudicante não adote a decisão de adjudicação dentro do prazo de validade das propostas ou não outorgue o contrato dentro do prazo estabelecido; alteração das condições de contratar quando tenha impedido o adjudicatário de celebrar o contrato).

¹⁰ Em sentido contrário, o acórdão do STA de 25 de março de 2010, Processo n.º 913/08, considerou que o âmbito da indemnização prevista no artigo 45.º, n.º 1, do CPTA abrange a globalidade dos direitos indemnizatórios, incluindo os danos indemnizáveis resultantes da atuação ilícita e a compensação pela privação do direito à execução através de restauração natural.

¹¹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição, Coimbra, págs. 1079-1080; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização devida: aproximação ao tema*, CJA n.º 83, págs. 7-8.

¹² Note-se, entretanto, que a *indemnização por equivalente* tem aplicação não apenas quando exista uma causa legítima de inexecução, designadamente nos casos em que as prestações contratuais se encontram integralmente realizadas e se não torne possível retomar o procedimento pré-contratual para corrigir a ilegalidade cometida, mas também nas situações de invalidade consequente do contrato resultante da prática de atos procedimentais anuláveis, quando, em ação de anulação de contrato, o juiz venha a afastar o efeito anulatório do contrato, nos termos do artigo 283.º, n.º 4, do CCP, por considerar que a anulação é desproporcionada ou contrária à boa fé ou se mostra ser irrelevante por não implicar uma modificação subjetiva do contrato nem uma alteração do seu conteúdo essencial, o que, por via de regra, abarca situações em que o contrato não se encontra plenamente executado mas está em fase adiada de execução (acórdãos do STA de 9 de maio de 2012, Processo n.º 760/11, e do TCA Norte de 7 de outubro de 2011, Processo n.º 858/10).]

¹³ Admitindo expressamente essa possibilidade, o acórdão do STA de 29 de outubro de 2009, Processo n.º 229/09.

III. Dano indemnizável

5. A medida da indemnização em situações de responsabilidade pré-contratual pode traduzir-se no dano correspondente ao interesse contratual positivo, à perda de *chance* ou ao interesse contratual negativo.

(a) O dano resultante do *interesse contratual positivo* (ou dano de cumprimento), traduz o benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada (ou seja, a vantagem económica que se obteria com a execução do contrato) e que, em princípio, só será coberto, excecionalmente, quando a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio¹⁴.

O *interesse contratual positivo* apenas pode ser considerado em situações muito particulares:

(a) quando seja possível demonstrar que, se não fosse a ilegalidade cometida, o concorrente ilegalmente afastado ou ilegalmente preterido seria o adjudicatário - é o que sucede nas situações de redução de discricionariedade a zero, isto é, quando a Administração se encontre vinculada, na graduação dos candidatos, por posições já assumidas no decurso do procedimento (a proposta do concorrente sobre que recaiu a adjudicação deveria ter sido excluída e não existiam mais concorrentes ou estes tinham ficado numa posição relativa inferior); (b) quando os critérios de adjudicação são exatos e não envolvam nenhuma margem de livre apreciação e o lesado demonstre que era o detentor da melhor oferta (a falta detetada traduz num mero erro de avaliação do júri quanto a parâmetros quantitativos); (c) no caso de revogação ilícita da decisão de adjudicação ou da decisão contratar quando o lesado tenha já sido selecionado como vencedor ou fosse comprovadamente o candidato melhor colocado para o vencer e a entidade adjudicante se encontre vinculada ao resultado do concurso e ao dever de concluir o procedimento.

No *interesse contratual positivo* está em causa a violação de um dever pré-contratual de cuja observância resultaria a celebração do contrato com o lesado. Há por isso que distinguir entre a criação de confiança, que obriga os concorrentes a um investimento na participação no procedimento, que é depois inutilizado por uma decisão da entidade adjudicante, e a violação do próprio dever de contratar.

(b) O dano resultante de perda de *chance* tem aplicação quando não seja possível demonstrar com total certeza que o concorrente afastado ou preterido seria o adjudicatário, mas no entanto é possível concluir que a regra violada de algum modo afeta essa possibilidade.

A perda de *chance* não corresponde a um mero dano eventual ou a um dano futuro, mas a um dano certo e atual, visto que se trata da perda da possibilidade concreta — e já existente no património do interessado — de obter um resultado favorável. Neste sentido, a perda de

¹⁴ Nestes precisos termos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, pág. 216. Corroborando este ponto de vista, ao referir-se especificamente ao dano no âmbito da responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, ESPERANÇA MEALHA, *Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos*, in *Julgar* n.º 5, pág. 113.

chance não deixa de constituir uma modalidade de dano emergente, na medida em que não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à perda da probabilidade de o obter. A dificuldade coloca-se na avaliação do dano, uma vez que, embora exista uma expectativa, a obtenção do resultado vantajoso é meramente hipotética. A perda de *chance* não se confunde, neste plano, com o lucro cessante: o lucro cessante pressupõe que o lesado era titular, no momento da lesão, de uma situação jurídica que lhe proporcionava o direito a um ganho, que, por virtude do facto lesivo, se frustrou. No caso da perda de *chance*, os indícios probatórios operam sobre a expectativa de obter um ganho e não sobre a própria verificação desse ganho.

O direito ao ressarcimento com fundamento em perda de *chance* depende, assim, da avaliação que se faça da probabilidade da obtenção de uma vantagem e do lucro que o lesado teria alcançado se essa probabilidade se tivesse realizado. A questão não está, pois, na demonstração do nexo de causalidade, visto que é sempre possível determinar se existe ou não uma ligação causal entre o facto lesivo e a eliminação ou compressão da probabilidade de ganho; mas antes na existência ou quantificação do dano, uma vez que este é o efeito lesivo que poderá ter resultado da ilícita eliminação dessa probabilidade, quando esta constitui uma mera expectativa jurídica.

Se não existir esse nexo causal – isto é, se não se poder afirmar que o ilícito concretamente verificado afetou, minimamente, a possibilidade de o concorrente ser adjudicatário – este não poderá invocar o direito a uma compensação por perda de chance (é o que sucederá, porventura, no caso de a decisão que afeta o concorrente ser anulada por um vício formal como a deficiente fundamentação; tal inexistência de nexo causal já não será tão inequívoca, por exemplo, em casos em que a invalidade do ato lesivo resulta de preterição de audiência dos interessados, uma vez que, pelo menos em tese, não é de afastar a hipótese de o respeito por essa formalidade ter podido conduzir a uma decisão distinta).

(c) O interesse contratual negativo (também caracterizado como *dano da confiança*) corresponde ao dano que o lesado não teria sofrido se não fosse a expectativa de celebrar o contrato, e destina-se a colocar o interessado na situação em que se encontraria se o negócio não se tivesse efetuado ou se ele não tivesse participado no procedimento. No dano de confiança pode incluir-se quer o *dano emergente* (os custos incorridos na elaboração e apresentação da candidatura, que acabaram por se traduzir em despesas inúteis), quer o *lucro cessante*, entendido como correspondendo à perda de oportunidades alternativas ou a perda de celebração de outros negócios¹⁵.

No domínio do direito privado, a responsabilidade pela criação de confiança abrange, tipicamente, as situações em que um contrato não é celebrado por superveniente desinteresse

¹⁵ Veja-se neste sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade pré-contratual. Breves anotações sobre a natureza e o regime*, in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita», vol. II, Coimbra, pág. 766; PAULO MOTA PINTO, *Responsabilidade pré-contratual*, preleção no Curso de Pós-graduação em Contratação Pública, CEDIPRE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008 (não publicado), pág. 11. Na jurisprudência, o acórdão do STA de 5 de dezembro de 2007 (Processo n.º 653/07) parece também admitir a inclusão no dano da confiança do prejuízo resultante da perda de ocasião de negócio.

de uma das partes na sua conclusão. Sucede que, no âmbito de um procedimento pré-contratual, a Administração, após determinar a abertura desse procedimento, fica, por regra, *legalmente vinculada* a outorgar o contrato com o concorrente que oferecer a melhor proposta. Só assim não sucederá se se verificar alguma das circunstâncias que, nos termos do artigo 79.º, n.º 1, do CCP, permitem à entidade adjudicante, por sua iniciativa, tomar uma decisão de não adjudicação.

Se ocorrer uma dessas circunstâncias – isto é, (i) se se verificar um facto imprevisto que torne necessário alterar algum aspeto das peças do procedimento após o termo do prazo para a apresentação das propostas (artigo 79.º, n.º 1, alínea c)) ou (ii) se ocorrer um facto superveniente, relativo aos pressupostos da decisão de contratar, que justifique suficientemente, à luz do interesse público, a desistência da adjudicação (artigo 79.º, n.º 1, alínea d)) – a entidade adjudicante está habilitada a emitir uma decisão de não adjudicação. Neste caso, o dano indemnizável restringe-se aos encargos em que os concorrentes incorreram na elaboração das propostas (cfr. artigo 79.º, n.º 4), pelo que podemos efetivamente falar de uma situação de ressarcimento do interesse contratual negativo fundada em responsabilidade pré-contratual¹⁶.

Mas sempre que a Administração decida concluir um procedimento pré-contratual sem praticar um ato de adjudicação invocando simplesmente que não está vinculada a um dever de adjudicação – ou apresentando um fundamento para tal decisão que não se enquadre em qualquer das situações previstas no artigo 79.º, n.º 1, do CCP, conduzindo à ilegalidade do ato de não adjudicação – julgamos que os danos indemnizáveis não corresponderão – como porventura sucederia se estivéssemos no âmbito do direito privado – a uma indemnização pelo interesse contratual negativo a título de responsabilidade civil pré-contratual. Com efeito, num caso destes, a decisão de não adjudicação configura um ato ilegal em face da ordem jurídica que impossibilita ou prejudica a hipótese de o concorrente ser adjudicatário, pelo que, anulado esse ato, e no contexto em que, por algum motivo, já não seja possível a reposição natural do dano pela reconstituição do procedimento, deve a indemnização dos concorrentes lesados reconduzir-se, consoante as circunstâncias do caso e nos termos anteriormente expostos, ao *interesse contratual positivo* ou à *perda de chance*.

Resta a dúvida de saber se, para além das situações previstas no artigo 79.º, n.º 4, do CCP, haverá também lugar à atribuição de uma indemnização que cubra o interesse contratual negativo naqueles casos em que a entidade adjudicante praticou um ato ilícito mas o concorrente não está em condições de demonstrar que, não fora esse ilícito, ele teria uma maior probabilidade (por mínima que seja) de vir a ser adjudicatário. Neste caso, em que falha o nexo causal que permite indemnizar a perda de chance (e, por maioria de razão, o interesse contratual positivo), mas não deixa de ter sido praticado um ato ilícito, coloca-se a questão de saber qual a tutela ressarcitória a que o concorrente pode aspirar.

¹⁶ Pode colocar-se, no entanto, a dúvida sobre a situação prevista no artigo 79.º do CCP não é verdadeiramente uma situação de responsabilidade civil por ato lícito, uma vez que a responsabilidade pré-contratual pressupõe uma conduta intencionalmente violadora da confiança suscitada na contraparte, o que poderá não ser aplicável quando a Administração tome a decisão de não adjudicar com base numa razão de interesse público.

A nosso ver, desde que o concorrente consiga demonstrar que, em tese, havia uma *possibilidade* – que não uma probabilidade – de vir a ser adjudicatário, ou seja, desde que o concorrente comprove que se encontrava em concurso com uma proposta juridicamente válida, não parece ser de afastar a indenizabilidade dos encargos correspondentes à preparação dessa proposta.

IV. Prática jurisprudencial

6. A jurisprudência administrativa tem vindo a aceitar a indemnização do *interesse contratual negativo* em diversas situações: (a) cancelamento de um concurso de concessão de exploração de um estabelecimento (acórdão do STA de 13 de março de 2001, Processo n.º 43879); (b) anulação do procedimento pré-contratual por inobservância do procedimento devido - foi adotado o procedimento por negociação quando era exigível o procedimento concursal (acórdão do STA de 7 de outubro de 2010, Processo n.º 823/08); (c) ilegal abertura do concurso (acórdão do STA de 29 de setembro de 2005, Processo n.º 179/05); (d) ineficácia do contrato por recusa do visto do Tribunal de Contas (acórdãos do STA de 23 de setembro de 2003, Processo n.º 1527/02, e de 31 de dezembro de 2006, Processo n.º 875/05); (d) recusa de contratar após a adjudicação (acórdãos do STA (Pleno) de 22 de outubro de 2010, Processo n.º 557/08, e de 22 de outubro de 2009, Processo n.º 557/08).

Noutras ocasiões, o STA tem também afirmado que os danos resultantes da responsabilidade pré-contratual são apenas os *danos negativos* destinados a ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração das expectativas da conclusão do negócio, excluindo o *interesse positivo*, ou seja, a reparação do benefício que a conclusão do negócio traria para a parte interessada (acórdão do STA 7 de outubro de 2009, Processo n.º 823/08). E estendeu esse critério mesmo aos casos de decisão ilegal de não adjudicação, considerando que o direito de indemnização do potencial adjudicatário se restringe aos encargos, ónus e compromissos que suportou em consequência direta da apresentação ao concurso e não os lucros cessantes, partindo do entendimento de que a indemnização pelo lucro cessante só surge com a celebração do contrato e não pode ser imputada à ilegalidade da decisão de adjudicação (acórdão do STA de 29 de setembro de 2009, Processo n.º 179/05).

No entanto, noutros momentos, o STA tem admitido discutir a possibilidade de ressarcimento do *interesse contratual positivo* em casos em que o processo impugnatório tenha culminado com a anulação da decisão de adjudicação, e apenas recusou a pretensão indemnizatória baseada no interesse positivo por considerar que a sentença anulatória não se fundou diretamente na apreciação da qualidade das propostas apresentadas pelos concorrentes nem se pronunciou sobre a respetiva graduação (acórdão do STA de 3 de março de 2003, Processo n.º 41794 A), ou por não existirem no processo elementos que permitiam fazer a prova de que o interessado era aquele que se encontrava em melhor posição para obter a adjudicação (acórdão de 29 de outubro de 2009, Processo n.º 229/09)¹⁷.

¹⁷ Em idêntico sentido, no acórdão do STA de 21 de outubro de 2010, Processo n.º 45578A, entendeu-se que não era possível atribuir uma indemnização pelo interesse contratual positivo em sede de responsabilidade por

Num terceiro grupo de casos, o STA tem vindo a atribuir uma indemnização por perda de *chance* (ainda que nem sempre se invoque explicitamente esta qualificação jurídica), com base num critério de equidade, partindo da ideia de que a indemnização em causa se destina a ressarcir o exequente pela perda do direito à execução da sentença anulatória e pela consequente impossibilidade de obter reconstituição da situação jurídica violada, distinguindo-se da indemnização devida pelo ato ilegal, que apenas poderia ser efetivada através de ação de responsabilidade civil autónoma (acórdãos do STA de 2 de dezembro de 2010, Processo n.º 47578 A, do TCA Norte de 9 de novembro de 2012, Processo n.º 47579 A, e do TCA Sul de 8 de setembro de 2011, Processo n.º 6762/10).

Segundo esta linha de entendimento, a invocação pela Administração de causa legítima de inexecução da decisão anulatória dos tribunais administrativos origina um *dever objetivo de indemnizar*, no quadro do respetivo processo executivo, e que é justificado pela ocorrência de um *facto lícito* que se traduz na existência de uma situação de impossibilidade ou excecional prejuízo para o interesse público no cumprimento, por parte da Administração, dos deveres que resultam de uma sentença anulatória.

A indemnização devida é reconduzida, nestes termos, a uma indemnização por perda de *chance*, isto é, uma indemnização pela perda da situação jurídica em que o interessado se encontraria se fosse possível prosseguir a execução do julgado anulatório (reconhecendo tratar-se de uma indemnização por perda de *chance*, o acórdão do TCA Sul de 30 de novembro de 2012, Processo n.º 682/A/2002).

Para além deste traço comum, que enquadra a perda de *chance* na responsabilidade por inexecução, fazendo-a corresponder à perda do direito à execução da sentença anulatória (caracterizado como um dever objetivo de indemnizar), a jurisprudência administrativa em matéria de perda de *chance* segue, numa análise geral, os seguintes critérios:

(a) a indemnização é atribuída mesmo quando o ato pré-contratual tenha sido anulado com base em vícios meramente formais: falta de fundamentação (acórdão do STA de 29 de novembro de 2005, Processo 41321A); não notificação ao concorrente da anulação do concurso e da abertura de um novo concurso (acórdão do STA de 30 de setembro de 2009 Processo n.º 634/09); vício procedimental (acórdão do STA de 20 de janeiro de 2010, Processo n.º 45578A); falta de audiência prévia na exclusão de uma proposta (acórdão do STA de 20 de novembro de 2012, Processo n.º 949/12). Não se exigindo, por conseguinte, que a anulação contenciosa tenha incidido sobre a decisão de adjudicação e se reporte a vícios relativos à avaliação das propostas e à graduação dos candidatos.

(b) a indemnização é fixada com base na equidade, por aplicação do disposto no artigo 566.º, n.º 3, do CC, por se considerar não ser possível quantificar o valor exato do dano;

inexecução de sentença anulatória, quando o ato pré-contratual tenha sido anulado por um vício de forma ou procedimental e não tenha havido qualquer pronúncia sobre a pretensão substantiva do exequente.

(c) o grau de probabilidade de o interessado ganhar o concurso é determinado através de fatores, que resultem do circunstancialismo do caso: a) número de concorrentes que chegaram à fase final do concurso e que em abstrato o poderiam vencer; b) maior ou menor relevo da posição relativa do interessado na graduação em função do vício que tenha originado a anulação do ato pré-contratual; c) valor da proposta apresentada pelo interessado; d) tempo entretanto decorrido desde o início do procedimento¹⁸.

Apesar disso, na generalidade dos casos, o tribunal acaba por fixar o cômputo da indemnização, em ponderação de todos diversos fatores pertinentes, de um modo mais ou menos aleatório e sem quantificar o grau de probabilidade de obter a adjudicação e o benefício que o interessado poderia ter alcançado com a execução do contrato (acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, Processo n.º 41321A, de 20 de janeiro de 2010, Processo n.º 47578A, de 2 de dezembro de 2010, Processo n.º 47579A, de 9 de novembro de 2012, Processo n.º 410-A/2003, de 20 de novembro de 2012, Processo n.º 949/12) e do TCA Sul de 8 de setembro de 2011, Processo n.º 6762/10¹⁹.

V. Análise crítica

7. A crítica que é possível formular quanto a esta orientação jurisprudencial é a seguinte:

(a) Em primeiro lugar, é desde logo discutível que a indemnização por inexecução se traduza numa indemnização de natureza objetiva. Do que se trata é de uma indemnização pecuniária sucedânea da reposição natural e que tem como fundamento o facto ilícito resultante da prática do ato pré-contratual ilegal. Quer a reposição natural, quando seja possível a execução do julgado anulatório, quer a indemnização por equivalente, quando se verifique a impossibilidade de execução, asseguram já o ressarcimento dos danos causados pela ilegalidade cometida no âmbito do procedimento. Os danos suscetíveis de serem reparados através de um pedido autónomo de indemnização são apenas os danos colaterais ou residuais que não fiquem cobertos pela execução do julgado anulatório ou pela indemnização substitutiva.

A indemnização por perda de *chance* destina-se, por isso, a ressarcir, não o dano resultante da perda da posição em que o interessado se encontraria se fosse possível prosseguir o processo executivo, mas a perda da possibilidade de intervir no procedimento, quando dele tenha sido ilegalmente excluído, ou de obter a adjudicação, quando tenha sido ilegalmente preterido, por ser essa a forma de ressarcir o dano resultante da ilegalidade.

¹⁸ Num outro caso em que estava em causa um concurso para conceder apoios financeiros à atividade teatral, o tribunal deu relevo à verba disponível, ao número de candidaturas, ao número de programas a apoiar e à duração do apoio (acórdão do STA de 20 de janeiro de 2010, Processo n.º 47578A). Num outro acórdão, o STA revogou a decisão recorrida para a realização de diligências instrutórias para determinar o dano indemnizável, em face da insuficiência dos elementos do processo (acórdão do STA 30 de setembro de 2009, Processo n.º 634/09).

¹⁹ Nos acórdãos do STA de 29 de novembro de 2005, Processo n.º 41321A, e TCA Sul de 8 de setembro de 2011, Processo n.º 6762/10, ponderou-se o benefício expectável com base num certo valor percentual do preço indicado na proposta, mas sem ter em linha de conta, no cômputo da indemnização, o grau de probabilidade de ser atribuída ao requerente a adjudicação.

A natureza e a medida da obrigação não pode ser distinta consoante o interessado opte pela propositura de um processo de execução de sentença anulatória ou uma ação de responsabilidade pré-contratual, quando, como foi dito, esses são dois meios processuais igualmente idóneos para obter uma indemnização pecuniária caso se encontre já executado o contrato.

(b) Em segundo lugar, não há, a nosso ver, suficiente razão para arbitrar uma indemnização com base na equidade quando existam elementos que permitam razoavelmente determinar a probabilidade da adjudicação do contrato e se encontrem comprovados quer o valor da proposta do concorrente excluído ou preterido quer o custo que está implicado na execução do contrato. Existindo esses elementos, caberá ao tribunal – ponderando diversos fatores ou índices, como o número de candidatos, o mérito das propostas, os critérios de adjudicação, o grau de discricionariedade na escolha das propostas e o fundamento que determinou a invalidade da anterior decisão – apontar um determinado grau de probabilidade de o concorrente excluído ou preterido ser adjudicatário e, de seguida, fazer incidir esse grau de probabilidade sobre o lucro expectável (isto é, sobre a diferença entre o valor da proposta do concorrente e os custos associados à execução do contrato).

O julgamento por equidade tem naturalmente aplicação mas apenas quando não seja de todo possível determinar a probabilidade de sucesso no procedimento de concurso, designadamente quando a decisão ilegal que impediu o requerente de participar no procedimento tenha sido prévia à apresentação das propostas, ou quando, por inobservância do procedimento que seria aplicável (por ex., ajuste direto ilegal), os potenciais concorrentes não puderam formular as suas propostas, ou ainda quando o critério de avaliação das propostas não se baseie no preço mais baixo mas no da proposta economicamente mais vantajosa e sejam usados fatores ou subfactores que exijam um juízo da Administração não substituível, ainda que com recurso a prova pericial, pelo tribunal.

(c) Por fim, a indemnização por perda de *chance* depende não apenas da violação de uma regra da contratação pública, mas também da existência de um nexo de causalidade entre a violação da regra e o dano traduzido na perda de *chance*, sendo para isso necessário que a regra violada seja suscetível de influenciar de algum modo a possibilidade de ser adjudicatário. O concorrente não tem de demonstrar que, se não fosse a irregularidade, seria adjudicatário, mas que teria uma probabilidade (ou uma maior probabilidade) de o ser. Como se referiu, ainda que se não possa excluir a atribuição de uma indemnização por perda de *chance* com base em ilegalidades meramente formais cometidas no decurso do procedimento, nalguns casos pode não ser possível estabelecer esta relação de causa efeito entre a ilegalidade e a produção do dano (por ex., o vício de falta fundamentação).

VI.

8. Conclusões:

a) A responsabilidade pré-contratual tanto pode ser efetivada através da convalidação em indemnização pecuniária do processo de execução de julgado anulatório, quando se verifique

uma causa legítima de inexecução, como por via de ação de indemnização autónoma, que poderá constituir, em certas circunstâncias, o meio processual mais adequado à tutela dos interesses ofendidos;

b) O dano indemnizável pode corresponder ao interesse contratual negativo (*dano da confiança*), ao interesse contratual positivo (*dano de incumprimento*) ou a uma indemnização por perda de *chance*.

c) O *interesse contratual positivo* apenas pode ser considerado excecionalmente quando a conduta culposa da entidade adjudicante tenha consistido na violação do dever de conclusão do negócio e seja possível demonstrar que, se não fosse a ilegalidade cometida, o concorrente ilegalmente afastado ou ilegalmente preterido seria o adjudicatário;

d) O dano resultante de perda de *chance* tem aplicação quando não seja possível demonstrar com certeza que o concorrente afastado ou preterido seria o adjudicatário, mas exista um nexo de causalidade entre a violação da regra e o dano traduzido na perda de *chance*, de modo a poder considerar-se que a regra violada influenciou negativamente a possibilidade de ser adjudicatário.

e) Por fim o dano por interesse contratual negativo pode incluir quer os custos incorridos na elaboração e apresentação da candidatura (*dano emergente*), quer a perda de oportunidades alternativas (*lucro cessante* referente a outro contrato), abrangendo situações legalmente tipificadas – como as previstas no artigo 79.º, n.º 4, do CCP – ou outras em que, tendo ocorrido um ato ilícito na tramitação do procedimento, não seja possível demonstrar que esse ilícito influenciou a possibilidade de o concorrente ser adjudicatário;

f) No caso do dano resultante da perda de *chance*, o cômputo do dano é determinado através do grau de probabilidade de o lesado ser adjudicatário (com base em diversos fatores ou índices que relevam para o resultado do concurso), e o lucro expectável (isto é, a diferença sobre o valor da proposta do concorrente e os custos associados à execução do contrato), e não tem, em regra, de ser formulado com base num juízo de equidade.

Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed. Below it, contact information for Largo do Limoeiro 1149-048 is provided. A black banner across the top contains the speaker's name, 'Carlos Fernandes Cadilha, Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional', and the topic, 'Responsabilidade civil pré-contratual do Estado'. The video frame shows a man with a beard speaking into a microphone. A lower-third graphic identifies him as 'Carlos Fernandes Cadilha' from 'Lisboa' and repeats the topic. The video player includes a progress bar at 00:06:17 and a total duration of 01:17:47. Logos for FCT and FCCN are visible at the bottom, along with the website www.fccn.pt.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1aiggw4a7i/flash.html>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



2. Direito do Urbanismo

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA¹

Manuel Simões Azenha*

1. Instrumentos de gestão territorial (IGT);
 - 1.1. Génese e enquadramento dos IGT;
 - 1.2. Tipologia dos IGT;
 - 1.3. Violação dos IGT;
2. Regime jurídico da urbanização e da edificação (RJUE);
3. Regulamento geral das edificações urbanas (RGEU);
4. Ações administrativas para efetivar a tutela da legalidade urbanística;
5. A execução das sentenças de declaração da nulidade ou de anulação de licenças urbanísticas.
6. Legislação

1. Urbanismo e instrumentos de gestão territorial

Enquadramento

O Direito do Urbanismo representa o sistema das normas jurídicas que disciplinam a atuação da Administração Pública e dos particulares, no quadro de um conjunto de orientações em matéria de ordenamento do território.

É um ramo do direito que engloba um vasto conjunto de normas que regulam a organização administrativa urbanística, a elaboração, aprovação e modos de execução dos planos urbanísticos ou a admissibilidade e os termos em que podem ser realizadas pela Administração ou pelos particulares as diferentes operações de urbanização e edificação.

De entre esse conjunto de normas ressalta então a existência dos instrumentos de gestão territorial (IGT), que podem definir-se como complexos normativos que definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, ou seja, o modo de agir da Administração na prossecução das tarefas constitucionalmente impostas de ordenamento do território e de conformação do uso dos solos.

Os IGT representam, assim, o quadro normativo substantivo do Direito do Urbanismo.

1.1. Génese e fundamentos dos IGT

- **A Constituição da República Portuguesa.**

¹ O presente texto corresponde à versão apresentada na ação de formação “Ministério público na justiça administrativa”, sob o tema “Urbanismo”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 17 de outubro de 2014.

* Procurador da República no TAF de Loulé.

É desde logo na Constituição que encontramos as primeiras normas, obviamente de carácter muito programático, sobre o direito do urbanismo.

No seu artigo **65.º n.º 4** a Constituição confere conjuntamente ao Estado, às Regiões Autónomas e aos Municípios a tarefa fundamental de *definir as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo.*

E diz no seu **artigo 66.º**, na parte que aqui importa salientar:

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

...

b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico e a valorização da paisagem;

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

...

e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitetónico e da proteção das zonas históricas;

...

- **Lei n.º 31/2014, de 30 de maio** (Lei de bases-gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e do urbanismo).

Define o quadro da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, bem como os instrumentos de gestão territorial que a concretizam (artigos 1.º a 3.º e 9.º 36.º).

Estabelece direitos e deveres relativos ao ordenamento do território (artigos 4.º a 8.º)

Estabelece o Sistema de Gestão Territorial, a desenvolver através dos Instrumentos de Gestão Territorial:

– Programa Nacional da Política do Ordenamento do Território (PNPOT): estabelece as opções estratégicas de organização do território nacional e o modelo de estruturação territorial a nível nacional;

– Programas sectoriais (nos domínios da defesa, ambiente, recursos hídricos, conservação da natureza, comunicações, transportes, etc.);

– Programas Especiais (programas de orla costeira, de áreas protegidas, de estuários, albufeiras e

águas públicas);

- Programas Regionais (Planos Regionais de Ordenamento do Território);
- Programas Intermunicipais (abrangem dois ou mais municípios: Plano Diretor Intermunicipal; Planos de Urbanização Intermunicipais; Planos de Pormenor Intermunicipais);
- Programas Municipais (de âmbito municipal: Plano Diretor Municipal; Planos de Urbanização e Planos de Pormenor).

Estabelece as relações entre os programas e planos territoriais e respetiva vinculação (artigos 44.º, 46.º e 51.º).

Determina que a lei estabeleça um procedimento excecional para regularização de operações urbanísticas ilegais (artigo 59.º).

- **Lei n.º Lei n.º 19/2014, de 14 de abril (Lei de bases do ambiente).**

Estabelece as políticas públicas do ambiente, subordinadas aos princípios da transversalidade e integração, na medida em que obrigam à integração das exigências de proteção do ambiente nas demais políticas globais e sectoriais.

- **Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro (RJIGT)**, objeto de sucessivas alterações, estando atualmente em vigor a sua 10ª versão, introduzida pelo Decreto- Lei n.º 2/2011, de 06 de janeiro.

Define o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, e o procedimento da respetiva elaboração.

1.2. Tipologia e âmbito dos IGT

- **Ao nível nacional**

Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT)

Aprovado pela Lei n.º 58/2007, de 4 de setembro, é um instrumento de natureza precativa ou programática, que define os objetivos de médio e longo prazo a alcançar em áreas estruturantes do território nacional, concretizando as opções definidas no plano nacional de desenvolvimento económico e social, contendo as grandes linhas orientadoras do modelo de organização espacial a prosseguir.

Foi mantido em vigor pela norma transitória do artigo 77.º da nova Lei de Bases Gerais (Lei n.º 31/2014) até à sua alteração ou revisão.

Planos de política setorial

São instrumentos de programação ou de concretização das diversas políticas com incidência na organização do território – políticas de desenvolvimento económico e social com incidência espacial –, estabelecendo, entre outros aspetos, a articulação da política setorial em causa com os demais instrumentos de gestão territorial aplicáveis, e assim determinando o respetivo impacte territorial.

Por exemplo, o **Plano setorial da Rede Natura 2000 (PSRN 2000)** é um instrumento de gestão territorial, de concretização da política nacional de conservação da diversidade biológica, visando a salvaguarda e valorização dos sítios e das ZPE do território continental, bem como a manutenção das espécies e habitats num estado de conservação favorável nestas áreas. Na sua essência, é um instrumento para a gestão da biodiversidade.

A elaboração dos Planos setoriais, determinada por despacho do ministro competente em razão da matéria, é da competência das entidades públicas que integram a administração direta ou indireta do Estado.

Planos Especiais de Ordenamento do Território (PEOT)

Enquadram-se nos planos a nível nacional, mais porque a sua elaboração é da competência do Governo, sendo determinada por resolução do Conselho de Ministros.

Mas o seu âmbito territorial, em rigor, é regional, pois abrangem áreas definidas, nas quais ocorrem as características especiais que visam salvaguardar.

Os PEOT assumem as seguintes as tipologias:

- Planos de Ordenamento de Áreas Protegidas;
- Planos de Ordenamento de Albufeiras de Águas Públicas;
- Planos de Ordenamento da Orla Costeira;
- Planos de Ordenamento de Parques Arqueológicos;
- Planos de Ordenamento dos Estuários.

- **Ao nível regional**

Planos Regionais de Ordenamento do Território (PROT)

Traduzem de modo mais concretizado e para um espaço geográfico regional, as opções constantes do PNPO, estabelecendo as orientações para o ordenamento do território regional tendo em conta as perspetivas de evolução económica e sociocultural.

Os Planos Regionais de Ordenamento do Território (PROT) são da responsabilidade das Comissões de Coordenação Regional e revestem a forma de Resolução do Conselho de Ministros.

Planos Intermunicipais de Ordenamento do Território (PIOT)

Fazem a articulação entre os planos regionais e os planos municipais, abrangendo à área de dois ou mais municípios vizinhos que, pela sua interdependência, necessitam de coordenação integrada. São de elaboração facultativa, e podem ser Planos Diretores Intermunicipais, Planos de Urbanização Intermunicipais, Planos de Pormenor Intermunicipais.

- **Ao nível municipal**

São planos que envolvem apenas um município e são aprovados, por proposta da Câmara Municipal, pela Assembleia Municipal.

Plano Diretor Municipal (PDM)

Abrangendo a totalidade do território do Município e baseado na estratégia de desenvolvimento municipal, define a estratégia de desenvolvimento económico e social do território local, a classificação básica dos solos como urbanos ou rurais, e os parâmetros elementares de ocupação e uso do solo.

Considera a implantação dos equipamentos sociais e desenvolve a qualificação dos solos, estabelecendo o respetivo uso e edificabilidade.

É o mais importante instrumento de gestão territorial, sendo obrigatória a sua elaboração desde a década de 1990.

Este tipo de plano tem vindo a tornar-se essencialmente urbanístico, especialmente na falta de planos de urbanização ou de pormenor, mas, ainda assim, importa não esquecer que este é um dos mais relevantes instrumentos de ordenamento do território.

Plano de Urbanização (PU)

É um instrumento exclusivamente urbanístico, que define as regras e limitações a que se sujeita todo ou parte significativa de um espaço urbano ou urbanizável, no interior de uma dada circunscrição administrativa municipal, tendo por fim a correta ordenação e expansão de um aglomerado urbano.

Plano de Pormenor (PP)

O PP define com detalhe o uso e a edificabilidade de qualquer área delimitada do território municipal.

Pode respeitar quer a parte do perímetro urbano, quer a parte do perímetro rural, e estabelece, de forma detalhada, a disciplina jurídica que regerá o aproveitamento urbanístico desse espaço geográfico.

Vinculação subjetiva dos IGT

Todos os IGT vinculam a Administração, mas nem todos vinculam diretamente os particulares, ainda que sempre sejam suscetíveis de afetar a posição dos particulares, na medida em que, pelo menos de modo indireto, todos podem implicar um condicionamento aos seus direitos.

Só os planos de âmbito local são diretamente vinculativos para os particulares. Os restantes constituem parâmetros de atuação apenas para as entidades públicas.

Em princípio, o PNPOT, os PROT, os Planos sectoriais, e os PIOT apenas vinculam entidades públicas, ao passo que os planos municipais vinculam quer estas, quer particulares.

No caso dos planos regionais, defendia-se por exemplo, na vigência da primeira versão do PROT-Algarve, que o plano vinculava diretamente os particulares.

Após a revisão, dificilmente se poderá defender essa vinculação direta dos particulares, porque o PROT-Algarve revisto ficou com uma natureza fortemente programática (até na forma, deixou de ser um articulado).

1.3. A violação dos IGT

Aqui entramos num tema da maior importância: a problemática dos ilícitos de natureza administrativa em matéria de instrumentos de gestão territorial.

É possível distinguir duas grandes categorias de ilícitos administrativos por violação dos IGT:

- A violação de um IGT por outro IGT de plano inferior, obrigatoriamente compatível.
- A violação de um IGT por um ato administrativo – de informação prévia, ou de licenciamento.

A violação de um IGT por outro IGT

Nesta vertente rege o artigo 102.º n.º 1 do RJIGT (Decreto-Lei n.º 380/90), que comina a sanção de nulidade para a violação de determinada disposição de um plano por outro plano com o qual devesse ser compatível.

Como é sabido a nulidade é a sanção mais grave. Assim, o plano ou alguma das suas normas que violem outro plano de nível superior (com o qual devesse ser compatível) não produzem quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade, que pode ter lugar a todo o tempo, mesmo oficiosamente, e a título principal ou incidental.

Nestes casos, pode estar em causa a nulidade de todo o plano ou de algumas das suas normas, e pode mesmo estar em causa o ato administrativo de aprovação do plano.

Esta distinção reveste-se da maior importância para efeitos de declaração da nulidade a título principal, porque, embora o meio processual próprio seja o mesmo – ação administrativa especial – no caso da ação para impugnação de normas existem especificidades, pressupostos e efeitos próprios, previstos nos artigos 72.º a 77.º do CPTA.

Para se saber quando estamos perante uma situação ou outra, cremos que é determinante apreciar a validade do procedimento administrativo de elaboração do plano.

Em princípio, se o procedimento decorreu sem qualquer vício, com observância das disposições legais aplicáveis, sem preterição de formalidades a que a lei obriga, designada mente no processo decisório, estaremos, sem dúvida, perante uma situação de ilegalidade de normas, por vícios próprios.

Caso contrário, se o próprio procedimento está inquinado por algum vício, inquinado fica o ato final de aprovação do plano, o mesmo sucedendo se é nesse próprio ato que se verifica algum vício, e então poderemos estar perante uma invalidade do ato administrativo que aprovou o plano, o que tem como decorrência necessária a inexistência de plano aprovado.

No entanto, do artigo 76.º n.º 1 do CPTA parece resultar que, mesmo em caso de vícios no âmbito do respetivo procedimento de aprovação, estaremos perante uma situação de impugnação de normas. Daí que muitas vezes as fronteiras entre estas duas realidades poderão não ser assim tão nítidas, levantando sérias dificuldades de caracterização do vício.

No âmbito do planeamento municipal, é na revisão dos PDM, na aprovação dos Planos de Urbanização (PU) e nos Planos de Pormenor (PP) que podem ocorrer situações de tráfico de influências, na medida em que é nesta sede que se define a política dos solos quanto à sua classificação – rural ou urbano – e quanto à sua qualificação – uso e edificabilidade.

São atividades que envolvem os decisores camarários/políticos e os grandes promotores imobiliários, e se caracterizam pela existência de um alto risco de prevaricação da lei, de forma a obter situações de maior rentabilidade, normalmente através da permissão de excesso de edificação.

A violação de um IGT por um ato administrativo – de informação prévia, ou do licenciamento.

Esta é, sem dúvida, a vertente predominante em matéria de ilícitos administrativos por violação dos IGT, estando em causa os atos próprios das competências dos municípios, praticados através dos seus órgãos, no exercício da função de controlo administrativo da atividade urbanística dos particulares, através do licenciamento e autorização das respetivas operações urbanísticas.

É também, e por isso, nesta área que sobressai o papel da IGF, no exercício das suas competências, no âmbito da tutela sobre as autarquias locais.

O exercício da tutela administrativa faz-se, sobretudo através as Inspeções, podendo haver lugar também a Inquéritos e Sindicâncias.

Como é sabido, a IGF elabora o seu plano anual de inspeções, mas a sua atividade abrange muitas intervenções extraordinárias e/ou pontuais, motivadas por queixas denúncias e exposições que lhe são feitas pelos particulares ou, por vezes, por outras entidades.

Para estas situações em que um ato administrativo seja praticado em violação de qualquer instrumento de planeamento territorial, a nulidade é também a sanção legalmente prevista – artigo 68.º, al. a), do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, diploma que tem sido objeto de sucessivas alterações, a última (12.ª) pela Lei n.º 28/2010, de 2 de setembro.

Uma das grandes dificuldades que se colocam na deteção e sancionamento de situações de violação dos IGT prende-se com o facto de a aprovação das operações urbanísticas resultar da aplicação de um verdadeiro emaranhado de legislação.

Por vezes os procedimentos são conduzidos de tal modo que resulta a aparência de que a operação urbanística está em conformidade com a legislação aplicável, quando efetivamente tal não corresponde à realidade, ou seja, pelo meio está alguma coisa desconforme com as disposições normativas aplicáveis.

Por outro lado esse emaranhado de legislação facilita aos técnicos responsáveis uma posição de domínio sobre os munícipes, construtores e promotores.

Querendo, facilmente encontram sempre alguma coisa que não está bem, tornando num verdadeiro calvário a obtenção de um licenciamento.

Mas, também querendo, podem assumir uma atitude de maior tolerância ou até de colaboração, quando não de iniciativa, para resolver as sucessivas questões que se podem suscitar no decurso do procedimento, cujo rol às vezes parece infundável.

Este *modus operandi* envolve sobretudo os técnicos e os pequenos promotores imobiliários, muito embora também os decisores camarários/políticos e os grandes promotores imobiliários surjam ligados a estas situações, quando se trata de projetos de grande envergadura.

Consequências dos ilícitos administrativos por violação dos IGT no âmbito da tutela:

Existem ilícitos administrativos em matéria de violação dos IGT que, para além das consequências sancionatórias ao nível da invalidade dos atos praticados, também têm consequências sancionatórias tutelares: dissolução do órgão ou perda de mandato.

Com efeito, pela violação culposa de instrumento de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes, pode ser dissolvido o órgão autárquico, nos termos do artigo 9.º, al. c), da Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, e incorrem em perda de mandato os membros de órgãos autárquicos, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 8.º, n.º 1, alínea d) e 9.º, al. c), da mesma Lei.

Contudo, a jurisprudência tem-se mostrado particularmente exigente na apreciação da culpa para estes efeitos, sob entendimento de se trata de medidas sancionatórias graves que colidem com direitos políticos fundamentais como o do exercício do cargo e o direito de ser eleito para cargos públicos e que, portanto, só devem ser tomadas depois de atenta ponderação, devendo apurar-se nomeadamente e de forma cuidadosa a culpa de quem por elas é atingido.

2. Regime jurídico da urbanização e da edificação (RJUE)

O regime jurídico da urbanização e da edificação foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99 de 16 de dezembro, e constituiu uma grande revolução em matéria de direito do urbanismo.

Por isso foi alvo de grande contestação que levou à sua suspensão, com repriminção das normas por ele revogadas, e acabou por ser repostado em vigor já com algumas alterações pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de junho.

Atualmente está em vigor na sua 13.ª alteração, que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 266-B/2012, de 31 de dezembro.

No entanto, já existe outra grande alteração, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, que entrará em vigor em 7 de janeiro de 2015, estando já prevista a alteração do artigo 112.º na proposta de revisão do CPTA.

Em termos gerais pode dizer-se que rege sobre o procedimento de licenciamento autorização e aceitação das operações urbanísticas e condições de validade e eficácia dos atos de licenciamento ou autorização ou aceitação.

O RJUE representa, assim, o quadro normativo adjetivo ou procedimental do Direito do Urbanismo.

O novo RJUE que vai entrar em vigor em janeiro assume-se como pretendendo reforçar o esforço de simplificação, associado ao correspondente reforço da responsabilização dos intervenientes, designadamente procedendo à revisão do conceito de obras de reconstrução, de forma a tornar mais simplificado o procedimento de obtenção de licenças e assim incentivar a reabilitação urbana.

Mas nas alterações agora introduzidas podem surpreender-se determinadas opções, por exemplo em matéria de manutenção de edificações ilegais. Veja-se, a título de exemplo:

- A alteração do artigo 68.º que torna agora possível a atribuição dos chamados direitos putativos (cf. artigo 134.º, n.º 3, do CPA) decorrentes de atos nulos em matéria de urbanismo, que a jurisprudência até agora tem negado;

- O aditamento do artigo 102.º-A, através do qual se procede a uma grande ampliação da possibilidade de legalização de operações urbanísticas ilegais (até agora apenas com uma breve referência no artigo 106.º, n.º 2, para evitar a demolição), prevendo mesmo que a legalização seja feita oficiosamente pela Câmara Municipal.

3. Regulamento geral das edificações urbanas (RGEU)

Trata-se de um diploma legal velhinho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de agosto de 1951, e já objeto de 17 alterações, mas que em grande parte ainda se mantém em vigor, atualmente na versão que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro.

Ainda disciplina matérias relacionadas com as condições gerais e as condições especiais relativas à salubridade, à estética e à segurança das edificações.

E ainda estabelece um regime sancionatório de contraordenações aplicáveis em caso de violação das suas normas.

4. Ações administrativas para efetivar a tutela da legalidade urbanística

4.1. A intervenção do Ministério Público

É na jurisdição administrativa que correm os meios processuais próprios para sancionamento da ilegalidade e reposição da legalidade urbanística.

Nesta jurisdição o Ministério Público, no exercício da legitimidade que para o efeito lhe é conferida por lei, exerce um papel preponderante na defesa dos valores constitucionais de proteção do ambiente e do urbanismo.

O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais nos artigos 51.º e 52.º prevê uma acrescida possibilidade de intervenção do Ministério Público, regulando com toda a abertura possível as sua representação junto dessa jurisdição.

Por sua vez, o artigo 9.º, n.º 2, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais, por sua vez, atribui legitimidade ativa ao Ministério Público para que este prossiga o tipo de procedimentos e ações que este entenda adequados do ponto de vista processual à defesa dos valores constitucionais e, designada e expressamente, aos do ambiente e urbanismo.

4.2. Ação administrativa especial

O Ministério Público tem legitimidade processual ativa para propor as ações administrativas especiais (e respetivos processos cautelares) capazes de obstar às ilegalidades ambientais e urbanísticas, em três vertentes fundamentais:

- Impugnação dos atos administrativos;
- Condenação à prática de ato devido;
- Impugnação de mornas e declaração de ilegalidade por omissão;

Para qualquer um destes efeitos recorre-se à ação administrativa especial prevista no Título III (artigos 46.º a 96.º) que no seu Capítulo II dedica a Secção I (artigos 50.º a 65.º) à impugnação de

atos administrativos, a Secção II (artigos 66.º a 71.º) à condenação à prática de ato devido e a Secção III (artigos 72.º a 77.º) à impugnação de normas e declaração de ilegalidade por omissão.

Embora se trate do mesmo meio processual – ação administrativa especial – tem particularidades específicas em qualquer dos casos, designadamente quanto à legitimidade e aos prazos de interposição.

Já a tramitação da ação (marcha do processo) é unitária, para qualquer das três vertentes.

Na ação administrativa especial o Ministério Público tem intervenção principal quando é autor, no uso da legitimidade ativa que lhe é conferida.

Quando não é autor, tem intervenção acessória, sendo-lhe entregue cópia da petição inicial e da contestação e notificada a junção do processo administrativo para efeitos de acompanhamento da ação e emissão de parecer nos termos do artigo 85.º do CPTA.

No caso das ações de impugnação de normas, no que ao Ministério Público respeita, têm particular importância as especificidades constantes das normas dos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 73.º do CPTA, segundo as quais:

- O Ministério Público pode pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, sem necessidade da verificação da recusa de aplicação em três casos concretos a que se refere o n.º 1 do mesmo artigo (n.º 3);
- O Ministério Público tem o dever de pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral quando tenha conhecimento de três decisões de desaplicação de uma norma com fundamento na sua ilegalidade (n.º 4);
- E para isso a secretaria, após o respetivo trânsito em julgado, remete ao Ministério Público junto do tribunal certidão das sentenças que tenham desaplicado, com fundamento em ilegalidade, quaisquer normas emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo (n.º 5).

4.3. A caducidade específica do direito de ação de impugnação dos atos nulos em matéria de urbanismo (artigo 69.º n.º 4 do RJUE)

A propósito de prazos para instauração da ação administrativa especial para impugnação de atos administrativos em matéria de urbanismo, impõe-se que seja feita uma particular referência à disposição do artigo 69.º, n.º 4, do RJUE, a partir da alteração introduzida pela Lei n. 60/2007, de 4 de setembro, segundo a qual caduca no prazo de 10 anos o direito de propor a ação, se os factos que determinaram a nulidade não forem participados ao Ministério Público nesse prazo.

Este prazo deve aplicar-se indistintamente aos atos urbanísticos que nasceram antes ou depois da entrada em vigor da lei nova, pois essa é a única solução consentânea com o disposto no artigo 297.º, n.º 1, do Código Civil: *“a lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o*

prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar”.

E neste caso, como a lei antiga não previa qualquer prazo, conta-se sempre, e sem mais, a partir da entrada em vigor da nova lei.

Ou seja, como a Lei n.º 60/2007 entrou em vigor em 3 de março de 2008 – teve uma *vacatio legis* de 180 dias – só a partir de 3 de março de 2018 é que podem começar a surgir casos de caducidade do direito de ação, por via desse prazo de 10 anos.

Finalmente, da interpretação literal da norma resulta que, uma vez feita a participação dos factos ao Ministério Público nesse prazo de 10 anos, não mais caduca o direito de ação! Não nos parece sustentável, por exemplo, o entendimento de que esse prazo de dez anos seja para o Ministério Público propor a ação. É só para lhe ser feita a participação dos factos!

E além disso, a norma do artigo 69.º, n.º 4, do RJUE parece que só se aplica aos atos previstos no RJUE e não em atos previstos em legislação especial.

4.4. A ação especial do artigo 112.º do RJUE

Impõe-se também que seja feita uma referência a um meio processual específico, um processo especial e urgente previsto no artigo 112.º do RJUE.

A legalidade urbanística também deve ser observada no sentido de assegurar a garantia dos particulares relativamente ao exercício do seu direito de construir, que devem ver as suas pretensões, quando legais, apreciadas e decididas nos prazos previstos na lei.

Só que muitas vezes a Administração não o faz, e por isso no artigo 111.º do RJUE estabelecem-se as consequências para o silêncio da Administração perante os requerimentos que lhe são apresentados em matéria de urbanismo, decorridos que sejam os prazos fixados para a prática dos atos requeridos:

- a) Tratando-se de ato que devesse ser praticado por qualquer órgão municipal no âmbito do procedimento de licenciamento, o interessado pode recorrer ao processo regulado no artigo 112.º;
- b) Tratando-se de qualquer outro ato, considera-se tacitamente deferida a pretensão, com as consequências gerais.

Nesse processo regulado no artigo 112.º do RJUE pode o interessado pedir ao tribunal administrativo a intimação da autoridade competente para proceder à prática do ato que se mostre devido.

É um processo especial e urgente em que findos os dois articulados admitidos, o requerimento inicial e a resposta apresentada em 14 dias, o processo vai com vista ao Ministério Público, para em dois dias emitir parecer, e seguidamente é conclusivo ao juiz, para decidir no prazo de cinco dias.

Portanto, é (por enquanto, como se verá mais adiante) um caso de intervenção acessória do Ministério Público.

Em caso de procedência, o juiz estabelece prazo não superior a 30 dias para que a autoridade requerida pratique o ato devido e fixa sanção pecuniária compulsória, nos termos previstos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

4.5. As alterações mais relevantes na proposta de revisão do CPTA

Como é sabido, está em curso a revisão do CPTA, tendo já sido divulgada a respectiva proposta de lei.

Nessa proposta verifica-se que, para além de outras alterações, designadamente na intervenção do Ministério Público, estão previstas algumas alterações com incidência nesta matéria de urbanismo, às quais se deixa aqui uma breve referência.

Assim, desde logo, relativamente às ações administrativas, está previsto o fim do atual regime dualista (ação administrativa especial e ação administrativa comum), passando a existir apenas uma forma única designada Ação Administrativa. É uma opção que não deixa de ter as suas vantagens, mas também à custa de desvantagens relativamente aos casos em que agora se recorre à ação administrativa especial, que tinha uma tramitação mais simplificada, designadamente com menos articulados.

Na intervenção acessória nos termos do artigo 85.º do CPTA, estabelece-se agora o prazo de 30 dias para a emissão de parecer pelo Ministério Público.

Relativamente ao processo regulado no artigo 112.º do RJUE está prevista uma alteração do artigo 112.º do RJUE (mesmo na versão que ainda não entrou em vigor), que altera a tramitação desta ação, deixando de haver essa específica intervenção do Ministério Público.

E até a nível da representação do Ministério Público nos Tribunais Administrativos (e Fiscais) prevê-se que os quadros passem a ser compostos por Procuradores da República e procuradores adjuntos, quando agora são compostos apenas procuradores da República.

5. A Execução das sentenças de declaração de nulidade e de anulação de licenças urbanísticas

Sem prejuízo da autoridade do caso julgado, a verdade é que em matéria de execução das sentenças de declaração de nulidade e de anulação de licenças urbanísticas, tem-se assistido a uma progressiva tendência no sentido de se tentar salvar o edificado ilegal.

Com cobertura legal, tentava-se evitar as demolições com recurso forçado à figura da causa legítima de inexecução (artigo 175.º do CPTA), ou a procedimentos de legalização admissíveis nos termos do artigo 106.º, n.º 2, do RJUE no caso de as edificações serem suscetíveis de legalização, mesmo

quando o não eram, e neste caso arrastavam-se os procedimentos à espera da possibilidade de se fazerem alterações nos loteamentos ou mesmo aos IGT que tornassem a edificação legalizável.

Tentava-se também o recurso à figura do reconhecimento dos chamados direitos putativos dos atos nulos (artigo 134.º n.º 3 do CPA), que a jurisprudência sistematicamente vinha negando em matéria de urbanismo.

E ultimamente tem-se recorrido, com êxito, a uma espécie de alteração superveniente das circunstâncias, ou dos pressupostos subjacentes à decisão a executar (ao julgado), quando entretanto ocorreu a alteração do quadro normativo, ainda que se trate de uma alteração a um loteamento, feita para de modo a adaptar o loteamento à edificação que o violava. Um caso destes foi acolhido no recente acórdão do STA de 25-09-2014, cuja leitura se recomenda vivamente (foi divulgado pelo TCA, via SIMP, e está disponível em www.dgsi.pt, documento n.º SA1201409250226).

Agora temos por via legislativa, os dois mecanismos a favorecer a salvação do edificado ilegal a que já fizemos referência, introduzidos na nova alteração do RJUE operada pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9/9, que vai entrar em vigor em 7 de janeiro de 2015:

– O aditamento do artigo 102.º-A, no desenvolvimento da norma programática do artigo 59.º da Lei de Bases Gerais, através do qual se procede a uma grande ampliação da possibilidade de legalização de operações urbanísticas ilegais (até agora apenas com uma breve referência no artigo 106.º n.º 2, para evitar a demolição), prevendo mesmo que a legalização seja feita oficiosamente pela Câmara Municipal;

– A extensão da possibilidade de atribuição dos chamados direitos putativos (cf. artigo 134.º, n.º 3, do CPA) decorrentes de atos nulos em matéria de urbanismo, que a jurisprudência até agora tem negado.

Salvo melhor opinião, cremos que estas práticas e estas iniciativas legislativas revelam uma tendência para a tolerância do facto consumado em matéria de edificação ilegal.

E a ser assim espera-se que não se vá longe de mais, sob pena de se enfraquecer, para além de limites ainda toleráveis, a tutela da reposição da legalidade urbanística.

6. Legislação

- Constituição da República Portuguesa, artigos 65.º e 66.º;
 - Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo – Lei n.º 31/2014, de 30/05;
 - Lei de Bases do Ambiente – Lei n.º 19/2014, de 14/4;
 - Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT) – Decreto-Lei n.º 380/99, de 22/9, já objeto de 10 alterações, sendo sido republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20/2 (8.ª alteração), a que se seguiram alterações pelo Decreto-Lei n.º 181/2009, de 07/08, e pelo Decreto-Lei n.º 2/2011, de 06/01;
 - Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16/12, já objeto de 13 alterações, sendo sido republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30/3 (11.ª alteração), a que se seguiram alterações pontuais pela Lei n.º 28/2010, de 02/09 e pelo Decreto-Lei n.º 266-B/2012, de 31/12;
- *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) – última versão, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9/9, em vacatio legis, que entrará em vigor em 07-01-2015;*
 - *Proposta de Lei de revisão do CPTA – alteração prevista do artigo 112.º do RJUE;*
- Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU) – Aprovado pelo DL n.º 38 382, de 7/8/1951, na versão atual do DL n.º 220/2008, de 12/11 (17.ª alteração).
 - Lei da Tutela Administrativa – Lei n.º 27/96, de 1/8.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ARTICULAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE LICENCIAMENTO ZERO COM OS PROCEDIMENTOS URBANÍSTICOS¹

Dulce Lopes*

Introdução.

- A. Operações urbanísticas;
- B. Procedimentos;
- C. Cruzamento de exigências;
- D. Licenciamento Zero e Regime Jurídico da Urbanização e Edificação;
- E. Regime de acesso e de exercício de diversas actividades de comércio, serviços e restauração (RJACSR) e Regime Jurídico da Urbanização e Edificação;
- F. Outras formas de articulação procedimental com o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

Notas finais.

Apresentação em *PowerPoint*.

Vídeos.

Introdução

O presente texto fornece uma perspectiva das principais interligações entre os procedimentos urbanísticos e os procedimentos relacionados com o exercício de actividades económicas.

Esta é uma matéria que tem vindo a ser amplamente discutida a par da evolução da legislação que aponta no sentido da autonomização da regulação das actividades económicas da sua sede tradicional: a urbanística. Esta autonomização revela-se não apenas do ponto de vista dos actores envolvidos na apreciação e controlo destas actividades, como ainda do ponto de vista dos procedimentos a seguir.

Estes, como veremos são, em regra, mais simples no âmbito do exercício destas actividades, dada a sua menor afectação – ou pelo menos a não afectação com carácter de permanência - de interesses públicos essenciais ligados com a ocupação do espaço, e dadas as exigências de dar as mais amplas condições de exercício competitivo às actividades económicas.

O que permite contrapor, ainda que sem que a linha divisória seja rígida, o carácter estatal e estático do fenómeno urbanístico ao carácter europeu – dadas as exigências da livre circulação de serviços no plano da União Europeia – e dinâmico do exercício das actividades económicas.

¹ O presente texto corresponde à versão apresentada na acção de formação “Temas de Direito Administrativo”, com o tema “Articulação dos procedimentos de licenciamento zero com os procedimentos urbanísticos”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 15 de maio de 2015.

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A. Operações urbanísticas

As operações urbanísticas previstas no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (também designado por RJUE) referem-se essencialmente a formas de fraccionamento e ocupação do solo com infra-estruturas e edificações, bem como à sua destruição e utilização.

Todavia, o conceito de outras operações urbanísticas inclui operações de uso do solo para fins urbanísticos, como sucede com *stands* de venda.

A noção de operações urbanísticas que é dada pelo RJUE, em especial o conceito de obras de edificação, não cobre todo o tipo possível de actuações sobre o território. Se aquela noção não nos merece, em princípio, reservas, a verdade é que ela tem potenciado o surgimento de múltiplas situações em que “novas” formas de utilização do solo, com grande impacto neste, parecem não ter um suficiente ou inequívoco enquadramento legislativo.

Um dos requisitos legais que mais tem potenciado esta situação prende-se com a exigência, para que se esteja perante uma obra de edificação, de que a mesma seja um imóvel destinado a utilização humana ou se trate de qualquer outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência. Ora, novas formas de “edificação” como os pré-fabricados, as estufas (sobretudo quando inseridas em grandes empreendimentos agrícolas), e, mesmo, os contentores (seja para fins de armazenagem, seja para habitação, sobretudo de trabalhadores rurais), têm vindo a proliferar muitas das vezes a reboque do entendimento que a instalação de tais actividades não carece de qualquer controlo municipal, o que as torna de mais fácil instalação e de mais difícil detecção.

Ora, julgamos que é hora de aqueles requisitos das “obras de edificação” passarem a ser entendidos de forma adequada, em especial o critério da permanência. Deverá bastar para que este critério se mostre cumprido que a construção, ainda que amovível, se instale no solo de forma estável e que a sua “deslocação” ou “desmontagem” do solo em que se implantou o comprometa, de tal forma que a sua instalação e reposição na situação anterior venham a carecer de intervenções de grande monta (movimentos de terras, infra-estruturação, etc.).

E não se diga que não podemos ler o carácter de inamovibilidade (aliado ao de permanência) de forma diferenciada da noção civilística de imóvel. Isto porque cada ramo da ordem jurídica tem a sua intencionalidade própria, devendo os respectivos conceitos ser lidos em consonância com ela (é o caso, por exemplo, da noção do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis, que presume o carácter de permanência de edifícios e construções que, ainda que móveis, estejam assentes no mesmo local por período superior a um ano – artigo 2.º, n.º 3). E é por isso mesmo que a alínea a) do artigo 2.º do RJUE acrescenta à noção de imóvel a de “outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência”, precisamente para indiciar que ambas não se confundem, não se tendo de exigir uma ligação tal que converta uma construção móvel numa construção absolutamente marcada pela fixidez.

De uma conjugação desta noção de edificação com a noção da ocupação de utilização do solo "desde que, neste último caso, para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais,

mineiros ou de abastecimento público de água", resulta uma esfera de confluência não despidianda entre operações urbanísticas e outras actividades que encontram no solo a sua sede.

E, por isso, os Municípios têm também competências avulsas em domínios conexos com o direito do urbanismo (não se esgotando nas operações urbanísticas abrangidas pelo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação), como sucede com o licenciamento de acções de aterro ou escavação que conduzam à alteração do relevo natural e das camadas de solo arável [artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 139/89, de 28 de Abril]².

O mesmo se diga, como veremos, a propósito de acções como as de ocupação de espaço público e do exercício de actividades económicas (como sucede com a afixação de publicidade, com a definição dos critérios dos horários de estabelecimento e com a definição dos moldes de instalação de algumas actividades económicas).

E é precisamente na confluência destas competências que surgem núcleos problemáticos relacionados com a distinção dos contornos entre operações de edificação e operações de uso do solo a que se associam diferentes regimes jurídicos.

Por exemplo, perante uma certa ocupação do solo para venda de fruta, como muitas que se encontram à beira de vias públicas, é necessário que o Município identifique se está perante uma edificação (se a actividade assentar numa estrutura com uma ligação permanente ao solo), se em face de uma situação de venda ambulante (se a actividade for desenvolvida de forma itinerante em unidades móveis ou amovíveis, nos termos do artigo 81.º do Decreto-Lei 10/2015); se perante uma actividade não sedentária (em edifícios ou unidades móveis ou amovíveis, com limitação de eventos, nos termos do artigo 2.º, alínea k) e 138.º do Decreto-Lei 10/2015); ou se está em face de um uso do solo para fins urbanísticos (como sucederá com unidades de comércio com carácter permanente que não dependem, porém, da implantação de edificações).

Dependendo da integração jurídica do tipo de uso do solo, assim variarão as regras aplicáveis, bem como as consequências jurídicas em caso de incumprimento.

B. Procedimentos

Com a alteração promovida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de Setembro, ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, manteve-se a referência à licença, à autorização e à

² Note-se que ao ter vindo regular os procedimentos de controlo preventivo a que devem ficar sujeitas também as operações urbanísticas de remodelação de terrenos, o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação revogou parcialmente, de forma tácita, o Decreto-Lei n.º 139/89, de 28 de Abril. Este, aplicando-se também a situações de aterro ou escavação que conduzam à alteração do relevo natural e das camadas do solo arável, continua a ter importância numa perspectiva essencialmente rural, mas já não urbanística (cfr. o Parecer da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Centro de 7 de Agosto de 2009, proferido no processo DSAJAL 140/09). Ainda assim, o município mantém as suas competências licenciadoras, ao abrigo deste diploma, para autorizar situações de aterro ou escavação que conduzam à alteração do relevo natural e das camadas do solo arável, para quaisquer outros fins (que não os urbanísticos).

comunicação prévia, bem como o critério que está na base da mobilização de cada uma delas: a autorização continua reservada para a utilização dos edifícios; a comunicação prévia fica tendencialmente reservada para as situações em que as regras aplicáveis são suficientemente precisas e concretas de modo a que o interessado saiba exatamente o que pode fazer; e as licenças ficam reservadas, também tendencialmente, para as situações em que, por as regras aplicáveis não serem suficientemente precisas, existe maior discricionariedade administrativa na apreciação do projecto.

A grande novidade introduzida por este diploma prende-se com a nova configuração que ele vem conferir à comunicação prévia, que passa a corresponder a uma “declaração que, desde que correctamente instruída, permite ao interessado proceder imediatamente à realização de determinadas operações urbanísticas após o pagamento das taxas devidas, dispensando a prática de quaisquer actos permissivos” (n.º 2 do artigo 34.º). Uma mera comunicação prévia, portanto, e não, como se afirma incompreensivelmente no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 136/2014 e no n.º 1 do artigo 4.º, uma comunicação prévia com prazo.

Não se trata, por isso, de um procedimento de controlo prévio, mas de um procedimento de responsabilidade do interessado que envolve ainda alguma actuação prévia mínima por parte da Administração, como a de saneamento, mas que acaba por se centrar no domínio do controlo *sucessivo* da operação comunicada.

Cumpra-se, assim, neste domínio, a substituição do princípio da autoridade pública pelo princípio da autorresponsabilização dos particulares: em vez de mecanismos de controlo assentes em procedimentos de autorização administrativa, criam-se formas de controlo preventivo da responsabilidade dos próprios interessados em desenvolver a atividade que tem algum potencial de risco e cujo desenvolvimento se mantém, por isso, dependente da observância de requisitos fixados na lei.

C. Cruzamento de exigências

Do exposto previamente, resulta que é essencial articular, perante uma pretensão concreta, as exigências normativas relativamente à localização do empreendimento, às operações urbanísticas a levar a cabo, aos procedimentos destinados a controlar o impacto do estabelecimento no tecido empresarial existente, aos requisitos aplicáveis à atividade específica a desenvolver e às exigências dele decorrentes (em termos de publicidade, por exemplo) e às regras técnicas de construção e de funcionamento (certificação energética, acessibilidades, ruído).

A forma de cruzamento destas exigências tem vindo a evoluir de uma solução única para uma variedade de soluções.

De facto, a visão tradicional assentava na criação de um procedimento especial ou complexo para as operações urbanísticas relativas a actividades económicas e carecidas da aprovação da Administração central (licenciamento industrial, comercial, etc.). Este procedimento previsto

até à alteração do Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março, no artigo 37.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, assentava nos seguintes pressupostos:

- A autorização da atividade cabia ao Estado, autorização esta que se apresentava como requisito prévio para a prática de actos de gestão urbanística, sob cominação de nulidade;
- A instalação de um estabelecimento surgia como uma pretensão complexa: envolvia várias valências, da responsabilidade de distintas entidades, as quais eram objecto de procedimentos distintos de controlo que, embora conexos, se sucediam sobre aspectos parcelares daquela pretensão. Esses passos eram, tradicionalmente, os de autorização de localização, autorização da atividade, eventual “licenciamento” de obras e de utilização do edifício e autorização de funcionamento.

A visão actual assenta num paradigma distinto. Com a revogação do artigo 37.º do RJUE, que regulava um esquema supletivo de relacionamento supletivo entre os vários actos e procedimentos que compõem os procedimentos especiais, assumiu-se em definitivo a "ausência de modelo" como a melhor forma de proceder, porque mais ágil e ajustada a realidade e regular. Já não pode falar-se, por isso, de um modelo legal base aplicável a todos os procedimentos especiais, remetendo-se antes para o "reino" das soluções especiais e avulsas.

Mas mesmo que estas soluções especiais divirjam – como, aliás, veremos – continua a valer e a constituir a matriz orientadora neste domínio a diferença entre o procedimento de controlo da instalação e modificação da actividade específica a desenvolver e o procedimento de controlo preventivo das operações urbanísticas que, por aquele motivo, tenham de se realizar (quer se trate de obras, quer da utilização dos edifícios nos quais aqueles empreendimentos ou instalações vão funcionar).

Existe, pois, uma indubitável autonomia entre os dois regimes:

- Um relativo à instalação e funcionamento da atividade;
- Outro referente às operações urbanísticas necessárias à instalação e exploração daquela actividade³.

Em especial, é necessário diferenciar entre autorização de utilização e a comunicação prévia da actividade, de modo a acentuar o carácter predominantemente objectivo da primeira e o carácter subjectivo (empresarial) da segunda. Enquanto a autorização de utilização visa definir o quadro dos usos possíveis num edifício ou fracção (portanto, sendo o mais ampla possível), a típica comunicação de atividade visa afunilar aquelas possibilidades, de modo a que seja

³ Contudo, é essencial que eles se articulem nos termos específicos previstos em legislação especial e que variem consoante o tipo de situações: se a instalação da actividade implica a construção de uma nova edificação, tal demanda o controlo de obras e da respectiva utilização; se se localiza em edifícios legalmente existentes, pode ser necessária a realização de obras sujeitas a procedimentos urbanísticos ou a alteração de uso, com a correspondente necessidade de alteração da autorização de utilização.

viável, em cada momento, identificar o uso específico que se encontra a ser levado a cabo num edifício e fracção e por quem (cfr. quadro *infra*). Assim se a autorização de utilização é dada para comércio, a comunicação de atividade pode referir-se a qualquer uso comercial específico, devendo definir-se qual⁴.

| Autorização de utilização | Comunicações de actividade |
|---|--|
| A autorização de utilização refere-se a actividades genéricas (que possam ser alteradas e ajustadas às necessidades e oportunidades do mercado) | a comunicação prévia refere-se a uma actividade (CAE) em específico |
| A autorização de utilização é solicitada e emitida em nome do titular do prédio ou fracção autónoma (cfr. artigo 77.º do RJUE) | a comunicação prévia é solicitada e emitida em nome do titular da exploração |
| A autorização de utilização debruça-se essencialmente sobre o bem imóvel | A comunicação prévia sobre a actividade nele exercida (e, por isso, pode referir-se a actividades não sedentárias) |

Nem sempre é fácil levar a cabo esta distinção acima ensaiada, por haver "licenças" de utilização antigas que indicam usos específicos (de cabeleireiro, por exemplo) acompanhando a tradicional ausência de uma lista fechada de autorizações de utilização. Neste caso entendemos que se se pretender posteriormente exercer uma actividade distinta no edifício ou fracção, instalando, por exemplo, uma clínica dentária, que não há motivos para exigir uma alteração à autorização de utilização, uma vez que as duas actividades integram o mesmo tipo de uso. Quando muito poderá proceder-se a uma rectificação da autorização de utilização e do seu título para esta passar a mencionar o uso genérico do edifício e não a actividade específica que nele se instalou.

Hoje em dia, porém, dada a distinção clara acima efectuada entre uso urbanístico e actividade económica, já não faz sentido reduzir o escopo das autorizações de utilização a uma finalidade muito específica, sob pena de a instalação de uma actividade distinta obrigar a uma alteração

⁴ De tal forma estes conceitos são distintos, que a autorização de utilização enquadra o exercício de actividades plurais. É o que sucede com as secções acessórias de um estabelecimento: em princípio abrangidas pela autorização de utilização deste estabelecimento (na medida em que em causa está um uso funcionalmente uno), ainda que estejam sujeitas às regras específicas para cada tipo de actividade. Da mesma maneira, é possível a emissão de autorizações de utilização para partes delimitadas de edifícios (ou das suas fracções) desde que susceptíveis de utilização autónoma e legítimo que um estabelecimento se instale em um ou mais edifícios ou fracções (que tenham uma ligação funcional entre si). Logo, a actividade a exercer não tem de coincidir espacialmente com uma autorização de utilização. Todavia, o edifício ou fracção onde se instala o estabelecimento deve possuir título de autorização de utilização compatível com a actividade a exercer.

de utilização, uma vez que a utilização inicial foi emitida em conformidade com a vontade esclarecida do requerente para uma única atividade.

Naturalmente que a diferença entre ambas as figuras se reflete procedimentalmente diferenciando-se entre um procedimento administrativo autorizativo que, ainda que iniciado pelo proprietário culmina num acto administrativo expresso ou tácito (que se pronuncia sobre o cumprimento do projeto licenciado ou comunicado ou com a aptidão do edifício ou fracção para receber tal uso) de outras atuações mais ágeis, da responsabilidade quase exclusiva dos interessados, que noticiam o seu exercício de atividade, a alteração desta e o eventual encerramento do estabelecimento.

D) Licenciamento Zero e Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

O Licenciamento Zero, regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de Abril visou, muito genericamente, facilitar a instalação e o funcionamento de actividades económicas, eliminando, restringindo ou clarificando peias administrativas que há muito impendiam sobre os promotores privados.

Esta facilitação consistia não apenas na informatização dos processos, que passam a ser tramitados por intermédio do Balcão do Empreendedor, mas também, e essencialmente, na diluição de figuras jurídicas que exprimem um novo ou renovado tipo de relacionamento dos privados com a Administração (a mera comunicação prévia e a comunicação prévia com prazo)⁵, figuras estas encontram hoje consagração expressa no Código do Procedimento Administrativo (artigo 134.º).

Pretendeu-se, deste modo, devolver aos privados uma margem de conformação das condições de exercício das actividades económicas que visam levar a cabo e da qual haviam sido, no juízo do legislador nacional e do da União Europeia, indevidamente ou, pelo menos, desrazoavelmente privados.

Estas alterações não são, como é de antever, inócuas do ponto de vista da intervenção municipal e, ainda que o regime jurídico do licenciamento zero se referisse, sobretudo inicialmente, à dimensão dinâmica ou funcional do exercício de certas actividades económicas por privados, não deixa de ter repercussões na definição pelo município das condições físicas de uso e ocupação do solo – tocando, portanto, em questões de índole urbanística que são predominantemente da sua competência.

É certo que a aprovação do Regime de acesso e de exercício de diversas actividades de comércio, serviços e restauração (RJACSR) pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de Janeiro, veio, criticavelmente, alterar a regulamentação estabelecida pelo licenciamento zero, deixando-o apenas com algumas matérias de relativa importância na gestão municipal (ocupação de espaço público, publicidade e definição dos horários de estabelecimento), mas

⁵ Cfr., sobre este ponto, o nosso artigo “A comunicação prévia e os novos paradigmas de controlo administrativo da actividade privada”, publicado na revista *Direito Regional e Local*, n.º 14, Abril/Junho de 2011.

subtraindo a grande maioria das áreas relacionadas com actividades económicas comerciais e de serviços, que passaram a estar deslocadas para aquele RJACSR (diploma que tendencialmente visou reunir regimes antes dispersos por um número substancial de diplomas)⁶. Porém, os pressupostos subjacentes a ambos os regimes são os mesmos: os da simplificação e desburocratização administrativa, a par da responsabilização dos privados no exercício de actividades que são do seu interesse e que, em princípio, devem estar na sua disponibilidade.

Em particular quanto ao tema que nos foi proposto – a ligação entre o Licenciamento Zero e o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação –, há uma correlação evidente entre as operações por eles abrangidos, como representado no gráfico seguinte. De facto, é de acentuar a natureza complementar da ocupação do espaço público, bem como da afixação da publicidade e ainda da afixação de horários de funcionamento relativamente a usos previamente admitidos. A existência de autorização de utilização serve, portanto, como pressuposto para a aplicação destes regimes. Por outro lado, não é de descuidar a possibilidade da ocupação de espaço público, de actividades publicitárias ou de horários de funcionamento serem prejudicados, definitiva ou temporariamente, por exigências de ordenamento e planeamento urbanístico (zonamento acústico de áreas sensíveis, de delimitação de centros urbanos, de proibição de certas soluções arquitectónicas, etc.).

| Licenciamento zero | Regime Jurídico da Urbanização e Edificação |
|---|---|
| Ocupação do espaço público (para fins conexos com actividades económicas) | - Uso do solo para fins urbanísticos - Eventuais operações de edificação |
| Afixação e da inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial | - Uso do solo para fins urbanísticos - Eventuais operações de edificação |
| Horário do estabelecimento | - Autorização de utilização |

1. Regimes de ocupação do espaço público

No que se refere à ocupação do espaço público, é possível encontrar três modelos procedimentais, que evoluem, de certa forma, "**do quase nada para o quase tudo**".

⁶ Maria Manuel Leitão Marques, Fernanda Paula Oliveira, Ana Cláudia Guedes, Mariana Maia Rafeiro, *Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Actividades de Comércio, Serviços e Restauração - Comentário ao Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de Janeiro (RJACSR)*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 37 e 61.

Em situações, mais consensuais – nas quais o uso do solo é visto como um prolongamento quase essencial do estabelecimento a que se liga –, a ocupação do espaço público (considerada esta como a área de acesso livre e de uso colectivo afecta ao domínio público das autarquias locais⁷) está sujeita a **mera comunicação prévia** (artigo 12.º), como sucede, por exemplo "no caso das esplanadas abertas, quando a sua instalação for efectuada em área contígua à fachada do estabelecimento e a ocupação transversal da esplanada não exceder a largura da fachada do respectivo estabelecimento". Presume-se que, cumpridos estes requisitos e satisfeitas outras exigências ligadas, por exemplo, à circulação pedonal, previstas nos regulamentos municipais ou, supletivamente, no regime jurídico do Licenciamento Zero, o Município não terá – em princípio – razões de interesse público (nem boas razões haverá de outros privados) para se opor àquela ocupação. Naturalmente, sem prejuízo de, em caso de motivos de interesse público devidamente fundamentados, o Município ordenar a remoção do mobiliário.

A mera comunicação prévia referida consiste numa declaração que permite ao interessado proceder imediatamente à ocupação do espaço público, após o pagamento das taxas devidas, dispensando quaisquer outros actos autorizativos ou concessões.

Outras situações, que não se integram no elenco legislativo mais restrito acima referido (mas estejam sujeitas ao regime do “licenciamento zero”, por se tratar de sanefas, toldos, esplanadas abertas, i.e. prolongamentos naturais de uma actividade económica exercida no imóvel), ficam sujeitas ao regime jurídico da **autorização**, de acordo com os artigos 12.º, n.º 4, e 15.º no qual deve haver lugar a uma análise prévia do pedido apresentado, no prazo de 20 dias, finda a qual é proferido despacho de deferimento ou de indeferimento. Acresce que o pedido de autorização se considera tacitamente deferido caso a câmara municipal não se pronuncie dentro do prazo.⁸

Assinale-se que, desde a alteração ao Licenciamento Zero introduzida pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro, se deu a recuperação da dogmática tradicional, com a referência a autorizações ao invés de comunicações prévias com prazo. De facto, dado existir um deferimento tácito da pretensão do interessado, o procedimento adequado é o de autorização, uma vez que a comunicação prévia com prazo (regulada hoje no artigo 134.º, n.º 2 e 3, do Código do Procedimento Administrativo), se caracteriza pela produção dos efeitos comunicados se o órgão competente não se pronunciar em sentido contrário dentro de determinado prazo, mas sem que tanto equivalha a um deferimento tácito (i.e., a uma pronúncia da Administração).

⁷ Não se incluem aqui áreas de domínio privado da Administração, por estas estarem sujeitas a critérios de aproveitamento e de rentabilidade que podem não passar pelos regimes da ocupação do espaço público previstos no Licenciamento Zero.

É certo que o uso privativo do domínio público referido em texto também está sujeito ao pagamento de taxas – por não haver qualquer impedimento à rentabilização dos bens de domínio público –, mesmo nos casos sujeitos a mera comunicação prévia (cfr. artigo 12.º, n.º 2). Todavia, as possibilidades de alienação e oneração dos bens do domínio privado da Administração, sobretudo se disponível, são muito mais amplas, por estes bens se incluírem no normal comércio jurídico.

⁸ Já antes, Maria Manuel Leitão Marques, Fernanda Paula Oliveira, Ana Cláudia Guedes, Mariana Maia Rafeiro, *Licenciamento Zero - Regime Jurídico Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 88, consideravam tratar-se esta comunicação prévia de uma verdadeira permissão administrativa, pelo que andou bem o legislador ao alterar a nomenclatura.

Nas demais situações não contempladas pelo licenciamento zero (por exemplo esplanadas fechadas) é aplicável o regime do **licenciamento** de usos, i.e. o licenciamento do uso privativo de domínio público). Determina, precisamente o artigo 10.º, n.º 4, que a ocupação do espaço público para fins distintos dos mencionados no n.º 1 segue o regime geral de ocupação do domínio público das autarquias locais.

Acrescente-se que muitas destas situações poderão estar igualmente sujeitas ao RJUE, como sucede com esplanadas fechadas com ligação permanente ao solo. Não concordamos, porém, com a leitura de que as esplanadas fechadas sem ligação permanente ao solo (portanto, não se tratando de edificações) devem estar sujeitas, de acordo com o Licenciamento Zero, ao regime das esplanadas abertas⁹. Não só porque esta proposta contrariaria frontalmente este regime jurídico que manda aplicar o regime geral de ocupação do domínio público das autarquias locais (artigo 10.º, n.º 4) e não, em qualquer caso, o RJUE, como esquece que, mesmo sem ligação permanente ao solo, as esplanadas fechadas carecem de um maior controlo do cumprimento de critérios de inserção urbana e paisagística.

Por último, acentue-se que são em regra reguladas pelos Municípios outras formas de ocupação do espaço público, como sucede com a colocação de andaimes e estaleiros ligados a operações urbanísticas. Dado, porém, o nexó de acessoriedade destas ocupações temporárias com a operação urbanística subjacente, são usualmente reguladas nos Regulamentos Municipais de Urbanização e Edificação.

2. Regimes de publicidade

No que se refere à regulação da publicidade, o modelo legal é de **"tudo ou nada"**. A Lei n.º 97/88, de 17 de Agosto, refere no seu artigo 1.º, n.º 3, que "sem prejuízo das regras sobre a utilização do espaço público e do regime jurídico da conservação da natureza e biodiversidade, a afixação e a inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial não estão sujeitas a licenciamento, a autorização, a autenticação, a validação, a certificação, a actos emitidos na sequência de comunicações prévias com prazo, a registo ou a qualquer outro acto permissivo, nem a mera comunicação prévia nos seguintes casos":

- Quando as mensagens publicitárias de natureza comercial são afixadas ou inscritas em bens de que são proprietárias ou legítimas possuidoras ou detentoras entidades privadas e não são visíveis ou audíveis a partir do espaço público;
- Quando as mensagens publicitárias de natureza comercial são afixadas ou inscritas em bens de que são proprietárias ou legítimas possuidoras ou detentoras entidades privadas e a mensagem publicita os sinais distintivos do comércio do estabelecimento ou do respectivo titular da exploração ou está relacionada com bens ou serviços comercializados no prédio em que se situam, ainda que sejam visíveis ou audíveis a partir do espaço público;

⁹ Posição manifestada por Maria Manuel Leitão Marques, Fernanda Paula Oliveira, Ana Cláudia Guedes, Mariana Maia Rafeiro, *Licenciamento Zero - Regime Jurídico Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 70.

– Quando as mensagens publicitárias de natureza comercial ocupam o espaço público contíguo à fachada do estabelecimento e publicitam os sinais distintivos do comércio do estabelecimento ou do respectivo titular da exploração ou estão relacionadas com bens ou serviços comercializados no estabelecimento.

Estamos, portanto, perante situações em que a publicidade – enquanto tal, mas não o seu suporte, se este se encontrar no espaço público –, **não carece de qualquer acto administrativo ou actuação perante a Administração**. É certo, porém, que a ausência de procedimento não significa ausência de critério, na medida em que devem ser respeitadas as regras especiais aplicáveis às áreas para as quais se pretenda aquela publicitação e que devem ser definidos pelos Municípios, com possibilidade de participação de outras entidades públicas, ou, supletivamente, aplicando-se as fixadas no próprio regime jurídico do Licenciamento Zero (artigos 1.º, n.º 5 e 3.º-A).

Para além destas regras e da impossibilidade de fixação de publicidade nas condições previstas nos n.ºs 2 a 4 do artigo 4.º, é necessário aferir se há disposições específicas, como as dos planos de reabilitação e salvaguarda, que impõem determinadas limitações ou proibições de afixação de publicidade ou de certas formas de publicidade.

Nos demais casos, a afixação ou inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial depende do licenciamento prévio das autoridades competentes (artigo 1.º, n.º 1). Este **licenciamento**, no âmbito do qual deve a Administração proceder a uma ponderação entre interesse público e interesses privados na afectação do espaço – é inequivocamente hoje da responsabilidade dos Municípios, ainda que possa depender de solicitação prévia de pareceres. Não nos debruçando especificamente sobre este ponto, gostaríamos ainda assim de referir que a questão debatida, na doutrina e na jurisprudência, da natureza jurídica parecer/aprovação das Estradas de Portugal, hoje Infra-Estruturas de Portugal, no caso de publicidade visível das estradas encontra-se hoje expressamente resolvida no artigo 2.º da Lei 97/88 e no artigo 59.º da Lei n.º 34/2015 de 27 de Abril. Trata-se, nos termos destas disposições, de um mero parecer das Estradas de Portugal e não de um acto autorizativo, mas que depende do pagamento de taxas para ser emitido [artigo 63.º, n.º 2) deste último diploma].

3. Horário de estabelecimentos

No que se refere à regulação dos horários e mapas de funcionamento dos estabelecimentos é aplicável o Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio, por último com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 10/2015.

De acordo com o artigo 4.º-A, n.º 4, "A definição do horário de funcionamento de cada estabelecimento ou de conjunto de estabelecimentos instalados no mesmo edifício, as suas alterações e o mapa referido no número anterior não estão sujeitos a qualquer formalidade ou procedimento, sem prejuízo de serem ouvidas as entidades representativas dos trabalhadores, nos termos da lei".

Assim, de um momento inicial em que se entendia como exigível a obtenção de uma autorização do horário de funcionamento¹⁰, passou-se para outro (a formulação inicial do Licenciamento Zero) em que se sujeitava esta matéria a uma mera comunicação prévia no balcão do empreendedor, e culminou-se no modelo actual em que até esta comunicação prévia foi considerada desnecessária. Passou-se, assim, "**do tudo para o nada**", sendo apenas exigível que o empresário afixe o mapa do horário de funcionamento em local bem visível do exterior, por uma questão de cognoscibilidade e protecção dos interesses de terceiros, podendo alterá-lo quando assim o pretender.

É de acrescentar, numa perspectiva de maior desregulação do mercado, que o horário de funcionamento dos estabelecimentos passou, genericamente, a ser livre. No entanto, as Câmaras Municipais podem restringir o período de funcionamento em casos justificados, que se prendam com razões de segurança e qualidade de vida dos cidadãos (artigo 3.º). Esta restrição está intimamente ligada com questões urbanísticas, podendo a mesma ser fundada em motivos relacionados com a qualificação do uso do solo, limitando-se, por exemplo, os horários a praticar em zonas habitacionais, dadas as especiais limitações à emissão de ruído nelas aplicável.

E) Regime de acesso e de exercício de diversas actividades de comércio, serviços e restauração (RJACSR) e Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

Permitimo-nos apenas algumas breves notas sobre o regime base do RJACSR, que assenta no pressuposto da liberdade de acesso e exercício de actividades de comércio, serviços e restauração (artigo 1.º), não os sujeitando, em princípio a qualquer permissão administrativa.

Assim, em geral, as exigências relativas ao acesso às actividades reguladas no RJACSR, à alteração das condições do seu exercício e à alteração da titularidade dos estabelecimentos carecem apenas de **mera comunicação prévia**, sendo que, sempre que o exercício daquelas actividades envolva a realização de obras nos termos do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, a mera comunicação prévia deve ser instruída com o competente título urbanístico ou com o respectivo código de acesso (artigo 4.º, n.º 5). Isto porque não se incluem neste regime os requisitos que não se refiram especificamente a actividade em causa, como sucede com os controlos prévios de urbanização e edificação nos termos do RJUE [artigo 1.º, n.º 2, alínea a].

Assinale-se que a mera comunicação prévia (da actividade) é diferente da comunicação prévia do RJUE (da obra), ainda que as mesmas tenham características comuns (precisamente as que resultam do artigo 134.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, i.e. que a produção dos efeitos queridos pelo interessado resultam da sua manifestação de vontade e do

¹⁰ O que potenciava um conjunto de abusos, desde logo no que se refere a actividades económicas que faziam depender a atribuição de um horário de funcionamento da apresentação do título da autorização de utilização (mesmo que este não fosse estritamente exigível, à luz das regras previstas no artigo 11.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). Sobre este abuso cfr. Maria Manuel Leitão Marques, Fernanda Paula Oliveira, Ana Cláudia Guedes, Mariana Maia Rafeiro, *Licenciamento Zero - Regime Jurídico Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 154.

preenchimento dos correspondentes pressupostos legais e regulamentares). No entanto, a função de cada comunicação prévia, os seus destinatários, os seus efeitos e as consequências em caso de incumprimento são distintas. Veja-se apenas que, no caso, do RJUE, a ausência de comunicação prévia, quando devida, dá lugar à aplicação de contraordenações de valor relevante e da adopção de medidas de tutela da legalidade, enquanto que no RJACSR, apenas dá lugar a uma contraordenação leve (artigo 4.º, n.º 7).

Por seu turno, apenas é exigida a **autorização** para a exploração de actividades (i) de restauração (quando é requerida a dispensa do cumprimento de determinados requisitos – artigo 11.º), (ii) de comércio por grosso e de armazéns de géneros alimentícios de origem animal que exijam condições de temperatura reguladas devidamente listados, e (iii) de comércio, por grosso e a retalho, e de armazéns de alimentos para animais devidamente listados (artigo 5.º, n.º 1)¹¹. Esta autorização é concedida pelos Municípios – ainda que não se defina a entidade competente – num prazo curto (artigo 9.º), prevendo-se ainda formas de simplificação procedimental que passam pela integração de controlos (artigo 12.º). Anote-se também aqui a não utilização da da figura da comunicação prévia com prazo, o que faz todo o sentido, já que é a autorização, com possibilidade de solicitação de pareceres, realização de vistorias e controlos, que melhor serve o interesse público.

Anote-se, no entanto, que a distinção entre a autorização (de actividade) e os procedimentos do RJUE (licenciamento, comunicação prévia e autorização de utilização) é menos nítida nos casos de dispensa de requisitos, que seriam, em princípio, exigíveis para o licenciamento ou emissão de autorização de utilização num momento inicial, o que impõe a necessidade de **coordenação prática** de procedimentos. De facto não é de excluir – pelo contrário – que num procedimento de alteração à autorização de utilização (ou no âmbito do licenciamento ou comunicação prévia da construção) se pretenda desde logo fazer valer e solicitar a dispensa de requisitos à luz do presente regime, que se manifestem, por exemplo nas exigências de um certo número de instalações sanitárias.

Por último, o RJACSR prevê a sujeição a um procedimento de **autorização conjunta** da instalação ou alteração de conjuntos comerciais com área locável igual ou superior a 8000 m² e de grandes superfícies comerciais (área de venda contínua igual ou superior a 2 000 m²) não inseridas em conjuntos comerciais (cfr. artigo 13.º e ss.). Esta autorização dependerá da decisão do Director Geral das Actividades Económicas, do presidente de câmara do município onde se localiza a grande superfície comercial ou o conjunto comercial e do presidente da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR) territorialmente competente. É esta a única exigência que subsiste em matéria de “urbanismo comercial”, herdeira da anterior “autorização comercial” (emitida pela comissão de autorização comercial ou COMAC).

Acentue-se que a autorização concedida caduca se, no prazo de seis ou oito anos a contar da data da sua emissão, não se verificar a entrada em funcionamento, respectivamente, da grande superfície comercial ou do conjunto comercial a que a mesma respeita (artigo 17.º), o

¹¹ Ainda que não estejam expressamente referidos neste artigo, podem ainda estar sujeitos a autorização a instalação dos mercados abastecedores por força do artigo 50.º.

que significa, em face desta caducidade, que a autorização de utilização para fins comerciais, emitida ao abrigo do RJUE, pode ficar desprovida de objecto imediato.

F) Outras formas de articulação procedimental com o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

Por último, é mister que fazer referência a alguma legislação que prevê formas específicas de articulação procedimental com o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

Isto porque continuam a ser formuladas exigências particulares nalguns domínios específicos. Desde logo, apesar de o artigo 39.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação prever uma isenção, de carácter geral, da autorização de localização, legislação especial há que continua a fazer-lhe referência, ainda que impondo tal tarefa aos Municípios e já não à Administração Central.

No que concerne ao Sistema da Indústria Responsável (aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 73/2015, de 11 de Maio), estando em causa a instalação de estabelecimentos de tipo 1 e 2, os títulos de instalação ou de instalação e exploração só podem ser emitidos após apresentação do acto de aprovação do projeto de arquitectura ou informação prévia favorável, requerida nos termos do n.º 2 do artigo 14.º do RJUE (n.º 2 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 169/2012, na redação do Decreto-Lei n.º 73/2015), actos estes que atestam a viabilidade de realização da operação urbanística indispensável à instalação do estabelecimento no local pretendido: e somente após a emissão de título digital de instalação ou de instalação e exploração pode ser concluído o procedimento de licenciamento ou apresentada a comunicação prévia da obra (n.º 2 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 169/2012, na redação do Decreto-Lei n.º 73/2015).

Também no âmbito do Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de Janeiro, já referido, no caso de a instalação ou alteração significativa do estabelecimento ou conjunto comercial implicar a realização de operações urbanísticas sujeitas a controlo prévio é obrigatório obter uma informação prévia favorável sobre a conformidade do empreendimento na localização pretendida com os instrumentos de gestão territorial (surgindo, assim, o procedimento de informação prévia como uma fase preliminar do pedido de autorização, apresentando-se como um elemento de instrução do pedido). Mantém-se aqui a solução que já vinha do Decreto-Lei n.º 21/2009, de 19 de janeiro, que havia substituído a tradicional autorização de localização pela informação prévia, conferindo-lhe a mesma função que aquela autorização desempenhava.

Veja-se ainda a este propósito, a autorização municipal prévia para a instalação de pista para ultraleves [artigo 57.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento n.º 164/2006, de 23 de Agosto, publicado no *Diário da República*, I Série, de 8 de setembro, relativo à construção, certificação e operação de aeronaves ultraleves], sendo competente para a emissão da aprovação a ANAC – Autoridade Nacional de Aviação Civil. Neste caso, por paralelismo de soluções, sempre que a área estiver coberta por plano de pormenor, plano de urbanização ou licença ou comunicação

prévia de loteamento, será dispensável a obtenção de tal autorização, que se analisa numa verdadeira aprovação de localização.

Por último, acentue-se a especificidade da legislação relativa aos empreendimentos turísticos (Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 228/2009, de 14 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 15/2014, de 23 de Janeiro, e pelo Decreto-Lei n.º 186/2015, de 3 de Setembro), que prevê, no seu artigo 32.º, que constitui título válido de abertura do empreendimento um dos seguintes documentos: *a)* alvará de autorização de utilização para fins turísticos do empreendimento; e *b)* comprovativo de regular submissão do requerimento de concessão de autorização de utilização para fins turísticos, acompanhado do comprovativo do pagamento da taxa devida, esgotado o prazo para decisão, sem que tenha sido proferida decisão expressa. Eliminou-se, a este propósito, a comunicação de abertura, em caso de ausência de autorização de utilização para fins turísticos.

Tanto é devido à circunstância de a autorização de utilização turística servir ainda ambos os propósitos: os de aptidão do edificado para o uso turístico e o da possibilidade de abertura do empreendimento. Esta cumulação de funções num mesmo acto (simultaneamente urbanístico e relativo à exploração do empreendimento) é o que justifica que se preveja a caducidade da autorização de utilização turística (artigo 33.º, n.º 1), caducidade que não se aplica às demais autorizações de utilização reguladas no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

Notas finais

A nossa nota conclusiva passa por um alerta: o de que não devem confundir-se os procedimentos tendentes à instalação e funcionamento de actividades económicas e estabelecimentos com os procedimentos a que se encontram sujeitas as operações urbanísticas necessárias para que os referidos estabelecimentos se possam instalar — os procedimentos regulados no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

Trata-se de regimes (e procedimentos) interligados — porque referentes à mesma pretensão global —, mas com âmbitos e objectivos distintos: o primeiro destina-se a controlar o cumprimento das condições do exercício da actividade; o segundo a controlar o impacto da operação urbanística no ordenamento do território e urbanismo.

Acresce que, em regra, os procedimentos relativos ao exercício de actividades são de natureza predominantemente declarativa e sucedem-se aos procedimentos do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (inclusive à autorização de utilização). Porém, em situações em que há risco de afectação de interesses públicos relevantes, aqueles procedimentos podem revestir natureza autorizativa, caso em que a possibilidade de convergência com os procedimentos do RJUE é mais evidente.

Não são despiciendas, por último, as situações que se têm vindo a furtrar ao relacionamento com o RJUE, seja porque as actividades não envolvem a realização de operações urbanísticas, seja porque se estabelecem procedimentos específicos que excluem um eventual conflito, seja

porque se veio recuperar, em casos particulares como o turístico, a autorização de utilização do RJUE para fins específicos, transformando-a, na medida do indispensável, para atender às especificidades da actividade a regular.

Apresentação em *PowerPoint*

Articulação dos procedimentos de licenciamento zero com os procedimentos urbanísticos

Dulce Lopes

dulce.rdgr@gmail.com; dulcel@fd.uc.pt

Operações e procedimentos urbanísticos

- Operações de loteamento
- Obras de urbanização
- Obras de edificação: nova construção, ampliação, alteração, reconstrução, conservação
- Utilização de edifícios
- Outras operações urbanísticas (p. exl uso do solo para fins urbanísticos)
- **Procedimentos aplicáveis:**
 - Licenciamento;
 - Comunicação prévia;
 - Autorização de utilização.

Outros procedimentos

- Mas as competências das entidades públicas, inclusive dos Municípios, em matérias conexas com o urbanismo (uso, ocupação e transformação do território) não se esgotam aqui!
 - Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 139/89 tem um âmbito de aplicação específico – que não se esgota nas operações urbanísticas abrangidas pelo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação –, pois manda licenciar as acções de aterro ou escavação que conduzam à alteração do relevo natural e das camadas de solo arável (artigo 1.º, n.º 1, alínea b), isto independentemente do fim a que essas acções se destinem.

Exigências a respeitar

- • É essencial cruzar e articular, perante uma pretensão concreta, as exigências normativas relativamente:
 - À localização do empreendimento
 - Às operações urbanísticas a levar a cabo
 - Aos procedimentos destinados a controlar o impacto do estabelecimento no tecido empresarial existente
 - Aos requisitos aplicáveis à atividade específica a desenvolver
 - Às exigências técnicas de construção e de funcionamento (certificação energética, acessibilidades, ruído)

De uma solução
única para uma
variedade de
soluções

Procedimentos especiais: visão tradicional

- Procedimentos atinentes a operações urbanísticas relativas a atividades que se encontram tradicionalmente sujeitas a prévia autorização (licenciamento industrial, comercial, etc.)
 - A autorização da atividade cabia ao Estado;
 - apresentava-se como pressuposto para a prática de atos de gestão urbanística, sob cominação de nulidade;
 - A pretensão de instalação de um estabelecimento surgia como uma pretensão complexa: envolvia várias valências, da responsabilidade de distintas entidades, as quais eram objecto de procedimentos distintos de controlo que, embora conexos, se sucediam sobre aspectos parcelares daquela pretensão (tradicionalmente: autorização de localização, autorização da actividade, eventual “licenciamento” de obras e de utilização do edifício, autorização de funcionamento).

Procedimentos especiais: visão actual

- Revogação do artigo 37.º do RJUE: que regulava um esquema supletivo de relacionamento supletivo entre os vários atos e procedimentos que compõem os procedimentos especiais
 - O reino das soluções especiais e avulsas!
 - Já não pode falar-se de um modelo legal base aplicável a todos os procedimentos especiais,
- Mas continua a valer a diferença de base entre:
 - o procedimento de controlo da instalação e modificação da actividade específica a desenvolver;
 - o procedimento de controlo preventivo das operações urbanísticas que, por aquele motivo, tenham de se realizar (quer se trate de obras, quer da utilização dos edifícios onde aqueles empreendimentos ou instalações vão funcionar).

Procedimentos especiais: visão actual

- Existe, pois, uma indubitável autonomia entre os dois regimes :
 - um relativo à instalação e funcionamento da atividade
 - outro referente às operações urbanísticas necessárias à instalação e exploração daquela actividade
- Que, contudo, se articulam nos termos específicos previstos em legislação especial e que variam consoante o tipo de situações:
 - Se a instalação da actividade implica a construção de uma nova edificação (controlo de obras e da respectiva utilização) ; se se localizar em edifícios legalmente existentes, pode ser necessária a realização de obras sujeitas a procedimentos urbanísticos; se houver alteração de uso, haverá necessidade de alteração da autorização de utilização.

Núcleos problemáticos

- A graduação dos contornos entre operações de edificação e operações de uso do solo a que se associam diferentes regimes jurídicos:
 - Edificação – ligação com carácter de permanência ao solo (RJUE)
 - Actividades não sedentárias – em edifícios ou em unidades móveis ou amovíveis (Decreto-Lei 10/2015, artigo 2.º, al) k: menos de 20 eventos anuais, com uma duração anual acumulada máxima de 30 dias; artigo 138.º, comunicação prévia de actividade + atribuição de espaço de venda)
 - Venda ambulante – actividade desenvolvida de forma itinerante em unidades móveis ou amovíveis (Decreto-Lei 10/2015; art 81.º)
 - Uso do solo para fins urbanísticos (via residual: estaleiros, stands, unidades de restauração com carácter permanente – RJUE)

Núcleos problemáticos

- A autorização de utilização e o exercício de actividades plurais:
 - As secções acessórias de um estabelecimento: em princípio abrangidas pela autorização de utilização deste estabelecimento (na medida em que em causa está um uso funcionalmente uno)
 - É possível a emissão de autorizações de utilização para partes de edifícios (ou fracções) desde que susceptíveis de utilização autónoma.
 - É possível que um estabelecimento se instale em um ou mais edifícios ou fracções (que têm uma ligação funcional entre si)-
- Logo, a actividade a exercer não tem de coincidir espacialmente com uma autorização de utilização!
- Mas, o edifício ou fracção onde se instala o estabelecimento deve possuir título de autorização de utilização compatível com a actividade a exercer.

Autorização de utilização e comunicações de actividade: um esboço

| Autorização de utilização | Comunicações de actividade |
|---|--|
| A autorização de utilização refere-se a actividades genéricas (que possam ser alteradas e ajustadas às necessidades e oportunidades do mercado) | a comunicação prévia refere-se a uma actividade (CAE) em específico |
| A autorização de utilização é solicitada e emitida em nome do titular do prédio ou fracção autónoma (cfr. artigo 77.º do RJUE) | a comunicação prévia é solicitada e emitida em nome do titular da exploração |
| A autorização de utilização debruça-se essencialmente sobre o bem imóvel | A comunicação prévia sobre a actividade nele exercida (e, por isso, pode referir-se a actividades não sedentárias) |

Licenciamento Zero e RJUE

Articular o quê?

| Licenciamento zero | Regime Jurídico da Urbanização e Edificação |
|---|---|
| Ocupação do espaço público (para fins conexos com actividades económicas) | - Uso do solo para fins urbanísticos - Eventuais operações de edificação |
| Afixação e da inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial | - Uso do solo para fins urbanísticos - Eventuais operações de edificação |
| Horário do estabelecimento | - Autorização de utilização |

Regimes de ocupação do espaço público

- Em situações, mais consensuais, a ocupação do espaço público (área de acesso livre e de uso colectivo afecta ao domínio público das autarquias locais) está sujeita a **mera comunicação prévia** (artigo 12.º), ex:
 - *No caso das esplanadas abertas, quando a sua instalação for efectuada em área contígua à fachada do estabelecimento e a ocupação transversal da esplanada não exceder a largura da fachada do respectivo estabelecimento*
- A mera comunicação prévia referida no número anterior consiste numa declaração que permite ao interessado proceder imediatamente à ocupação do espaço público, após o pagamento das taxas devidas.
- Dispensa de outros actos autorizativos ou de concessões
- Possibilidade de, em caso de razões de interesse público devidamente fundamentadas, o Município ordenar a remoção do mobiliário.

Regimes de ocupação do espaço público

- Noutras situações, que não se integrem no elenco legislativo mais restrito (mas estejam sujeitas ao regime do “licenciamento zero”, por se tratar de sanefas, toldos, esplanadas abertas, i.e. prolongamentos naturais de uma actividade económica exercida no imóvel), sujeição a **autorização**
 - Artigo 12.º, n.º 4 - Sem prejuízo da observância dos critérios definidos no artigo anterior, no caso em que as características e a localização do mobiliário urbano não respeitarem os limites referidos no n.º 1, a ocupação do espaço público está sujeita a autorização, nos termos dos números seguintes.
- A recuperação da dogmática tradicional (autorização e deferimento tácito, no caso de não decisão expressa – artigo 15.º/ ao invés de comunicações prévias com prazo e actos ficcionados, no caso de não decisão expressa).

Regimes de ocupação do espaço público

- Nas demais situações não contempladas pelo licenciamento zero (por exemplo esplanadas fechadas) é aplicável o regime do licenciamento de usos, até agora aplicável (sujeito a licenciamento do uso privativo de domínio público)
- artigo 10.º, n.º 4 - A ocupação do espaço público para fins distintos dos mencionados no n.º 1 segue o regime geral de ocupação do domínio público das autarquias locais.
- Muitas destas situações poderão estar igualmente sujeitas ao RJUE: por exemplo esplanadas fechadas com ligação permanente ao solo.

Regimes de publicidade: tudo ou nada

- **Lei n.º 97/88, de 17 de Agosto**
 - Artigo 1.º
 - **3 - Sem prejuízo das regras sobre a utilização do espaço público e do regime jurídico da conservação da natureza e biodiversidade, a afixação e a inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial não estão sujeitas a licenciamento, a autorização, a autenticação, a validação, a certificação, a actos emitidos na sequência de comunicações prévias com prazo, a registo ou a qualquer outro acto permissivo, nem a mera comunicação prévia nos seguintes casos:**
 - a) Quando as mensagens publicitárias de natureza comercial são afixadas ou inscritas em bens de que são proprietárias ou legítimas possuidoras ou detentoras entidades privadas e não são visíveis ou audíveis a partir do espaço público.

Regimes de publicidade: tudo ou nada

- b) Quando as mensagens publicitárias de natureza comercial são afixadas ou inscritas em bens de que são proprietárias ou legítimas possuidoras ou detentoras entidades privadas e a mensagem publicita os sinais distintivos do comércio do estabelecimento ou do respectivo titular da exploração ou está relacionada com bens ou serviços comercializados no prédio em que se situam, ainda que sejam visíveis ou audíveis a partir do espaço público;
- c) Quando as mensagens publicitárias de natureza comercial ocupam o espaço público contíguo à fachada do estabelecimento e publicitam os sinais distintivos do comércio do estabelecimento ou do respectivo titular da exploração ou estão relacionadas com bens ou serviços comercializados no estabelecimento.

Regimes de publicidade: tudo ou nada

- Nos demais casos, **licenciamento** da publicidade da responsabilidade dos Municípios (ainda que eventualmente com solicitação de pareceres):
- A questão debatida do parecer/aprovação das Estradas de Portugal no caso de publicidade visível das estradas encontra-se hoje expressamente resolvida (artigo 2.º da Lei 97/88 e artigo Artigo 59.º da Lei n.º 34/2015 de 27 de abril: mero parecer do EP, mas pagamento de taxas para o efeito - artigo 63.º, n.º 2.
- Artigo 1.º, n.º 1 - A afixação ou inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial obedece às regras gerais sobre publicidade e depende do licenciamento prévio das autoridades competentes, salvo o disposto no n.º 3.

Horário do estabelecimento

- Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio (com as alterações do Decreto-Lei 10/2015)
- Artigo 4.º-A:
 - Desnecessidade de mera comunicação prévia no balcão do empreendedor
 - Exigência de afixação do mapa de horário de funcionamento em local bem visível do exterior.
- O horário de funcionamento dos estabelecimentos passou, genericamente, a ser livre. No entanto, as Câmaras Municipais podem restringir o período de funcionamento em casos justificados, que se prendam com razões de segurança e qualidade de vida dos cidadãos.

Licenciamento Zero e RJUE

- A ligação com o RJUE:
 - A natureza complementar da ocupação do espaço público relativamente a usos previamente admitidos (a autorização de utilização como pressuposto)
 - A possibilidade da ocupação de espaço público, de actividades publicitárias ou de horários de funcionamento serem prejudicados, definitiva ou temporariamente, por exigência de ordenamento e planeamento urbanístico (zonamento acústico de áreas sensíveis, de delimitação de centros urbanos, de proibição de soluções arquitectónicas, por ex.lo toldos, etc.).

- Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Actividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR) e RJUE

Regra base

○ Artigo 3.º

- **Liberdade de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração**
- 1 – O acesso e exercício às atividades de comércio, serviços e restauração abrangidas pelo presente decreto-lei, bem como o exercício dessas atividades em regime de livre prestação, não estão sujeitos a qualquer permissão administrativa que vise especificamente a atividade em causa, salvo em situações excecionais expressamente previstas.
- 2 – Para efeitos do disposto no presente decreto-lei, não se consideram específicos para o acesso e exercício de determinada atividade de comércio, serviços e restauração os controlos e requisitos que não regulamentem especificamente a atividade em causa, mas que sejam legalmente exigidos para o exercício da atividade, tais como:
 - a) Os controlos prévios de urbanização e edificação nos termos do regime jurídico da urbanização e edificação (RJUE)...

Regimes aplicáveis

- Em geral, as exigências relativas ao acesso às actividades reguladas no RJACSR, à alteração das condições do seu exercício e à alteração da titularidade dos estabelecimentos carecem apenas de **mera comunicação prévia**
- Artigo 4.º, N.º 5 – (...) sempre que a instalação de um estabelecimento de comércio, de serviços, de restauração ou de bebidas ou de um armazém para o exercício de uma atividade de comércio ou de serviços abrangida pelo presente decreto-lei envolva a realização de operações urbanísticas sujeitas a controlo prévio municipal nos termos do RJUE, a mera comunicação prévia deve ser instruída com o competente título urbanístico ou com o respetivo código de acesso.
 - A mera comunicação prévia (da actividade) é diferente da comunicação prévia do RJUE (da obra), ainda que o procedimento tenha pontos comuns! A função, efeitos e consequências em caso de incumprimento são distintas

Regimes aplicáveis

- Apenas é exigida a **autorização** para a exploração de actividades (i) de **restauração** (quando é requerida a **dispensa do cumprimento de determinados requisitos** – artigo 11.º), (ii) de comércio por grosso e de armazéns de géneros alimentícios de origem animal que exijam condições de temperatura reguladas, e (iii) de comércio, por grosso e a retalho, e de armazéns de alimentos para animais.
- Eliminação, também aqui, da figura da comunicação prévia com prazo; Autorização (possibilidade de solicitação de pareceres, realização de vistorias e controlos, deferimento tácito)
- A distinção entre a autorização (de actividade) e os procedimentos do RJUE (licenciamento, comunicação prévia e autorização de utilização) é menos nítida nos casos de dispensa de requisitos, que seriam, em princípio, exigíveis para o licenciamento ou emissão de autorização de utilização num momento inicial: a necessidade de **coordenação prática** de procedimentos.

Regimes aplicáveis

- Sujeição a um procedimento de **autorização conjunta** a instalação ou alteração de conjuntos comerciais com área locável igual ou superior a 8000 m² e de grandes superfícies comerciais (área de venda contínua igual ou superior a 2 000 m²) não inseridas em conjuntos comerciais – art. 13.º e ss.
- Decisão do Director-geral das atividades económicas, do presidente de câmara do município onde se localiza a grande superfície comercial ou o conjunto comercial e do presidente da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR) territorialmente competente.
- É esta a única exigência que subsiste em matéria de “urbanismo comercial”, herdeira da anterior “autorização comercial” (emitida pela COMAC)
- A possível caducidade da autorização conjunta – art 17.º

Outras formas de
articulação
procedimental com o
RJUE

Actividades industriais

- Artigo 17.º Sistema de Indústria Responsável: **Articulação com o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação**
- 1 – As operações urbanísticas a realizar para instalação de estabelecimentos industriais regem-se pelo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), sem prejuízo do disposto nos números seguintes e no artigo seguinte.
- 2 – Tratando-se de estabelecimento industrial do tipo 1 ou do tipo 2 cuja instalação ou alteração envolva a realização de operação urbanística de urbanização ou de edificação sujeita a controlo prévio nos termos do RJUE, o título digital de instalação ou de instalação e exploração, conforme aplicável, não pode ser emitido sem que sejam apresentados os seguintes elementos:
 - a) Aprovação do projeto de arquitetura; ou
 - b) Informação prévia favorável, requerida nos termos do n.º 2 do artigo 14.º do RJUE.

Actividades industriais

- 3 – Os elementos referidos no número anterior devem ser apresentados aquando do pedido do título digital de instalação ou de instalação e exploração, sem prejuízo de o requerente poder apresentar declaração de que opta por diferir a respetiva entrega até ao final do prazo de emissão do referido título.
- 4 – Caso o requerente não apresente os elementos a que se refere o n.º 2 até ao final do prazo para emissão do título digital de instalação ou de instalação e exploração, é o mesmo notificado para apresentar os elementos em falta até um prazo máximo de seis meses, sob pena de o procedimento vir a ser declarado deserto, nos termos do disposto no artigo 132.º do Código do Procedimento Administrativo.
- 5 – Tratando-se de estabelecimento industrial de tipo 3 cuja instalação, ampliação ou alteração envolva a realização de operação urbanística sujeita a controlo prévio, deve ser obtida autorização de utilização ou certidão comprovativa do respetivo deferimento tacito antes de ser apresentada a mera comunicação prévia ao abrigo do SIR.

Actividades aeronáuticas

- Regulamento n.º 164/2006
- Aprovação de pistas para ultraleves pela ANAC, mas manutenção de um procedimento especial de localização, com intervenção prévia municipal
 - Artigo 57.º
 - Localização
- 1 – Os locais de implantação de pistas de ultraleves, devem obedecer cumulativamente as seguintes condições:
- a) Autorização da Câmara Municipal para a instalação da pista (...)

Empreendimentos turísticos

- Decreto-Lei n.º 39/2008
- Artigo 32.º:
- Constitui título válido de abertura do empreendimento qualquer dos seguintes documentos:
 - a) Alvará de autorização de utilização para fins turísticos do empreendimento;
 - b) Comprovativo de regular submissão do requerimento de concessão de autorização de utilização para fins turísticos, acompanhado do comprovativo do pagamento da taxa devida, esgotado o prazo fixado no n.º 3 do artigo 30.º, sem que tenha sido proferida decisão expressa;
 - c) [Revogada]. Eliminação da comunicação de abertura, em caso de ausência de autorização de utilização para fins turísticos
- A caducidade da autorização de utilização turística (artigo 33.º, n.º 1)

Conclusões Gerais

Notas finais

- Em regra, os procedimentos relativos ao exercício de actividades são de natureza declarativa (comunicação prévia) e sucedem-se aos procedimentos do RJUE (inclusive à autorização de utilização).
- Em situações em que há risco de afectação de interesses públicos relevantes, aqueles procedimentos podem revestir natureza autorizativa, caso em que a possibilidade de convergência com os procedimentos do RJUE é mais evidente (necessidade de analisar as situações casuisticamente)
- Certas hipóteses furtam-se à questão do relacionamento com o RJUE, seja porque não envolvem operações urbanísticas, seja porque se estabelecem procedimentos específicos, seja porque utilizam a autorização de utilização do RJUE para fins específicos (transformando, na medida do indispensável, esta autorização, desde logo precarizando-a).

Vídeos da apresentação

Parte 1

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo | Dulce Lopes, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório | Articulação dos procedimentos de Licenciamento Zero com os procedimentos urbanísticos... | 15.05.2015 10:00

DATAJURIS JUSTIÇA TA

Lioba Dulce Lopes

Dulce Lopes
Articulação dos procedimentos de Licenciamento Zero com os procedimentos urbanísticos

00:00:01 - 00:40:13

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1stwklfmr/flash.html>

Parte 2

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo | Dulce Lopes, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório | Articulação dos procedimentos de Licenciamento Zero com os procedimentos urbanísticos... | 15.05.2015 10:30

DATAJURIS JUSTIÇA TA

Lioba Dulce Lopes

Dulce Lopes
Articulação dos procedimentos de Licenciamento Zero com os procedimentos urbanísticos

00:00:37 - 00:32:56

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/23cqibk9uy/flash.html>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3. Direito da Contratação Pública

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COOPERAÇÃO ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS ADJUDICANTES¹

Raquel Carvalho*

1. Enquadramento da questão: conceitos operativos; 1.1. Entidades adjudicantes; 1.2. Cooperação; 1.2.1. A cooperação entre entidades adjudicantes; 1.2.2. Cooperação associada a agrupamento; 2. O princípio da não aplicação das normas comunitárias sobre contratação pública nas relações *in house providing* e outros contratos entre entidades públicas; 2.1. A doutrina *Teckal*; 2.2. A doutrina *Hamburg*; 2.3. Transferência de competências administrativas; 2.4. Situações de direitos exclusivos; 2.5. Centrais de compras; 2.6. As hipóteses no Código dos Contratos Públicos; 2.6.1. A previsão do n.º 1 do artigo 5.º; 2.6.2. A doutrina *Teckal* – artigo 5.º, n.º 2; 2.6.3. Direitos exclusivos – artigo 5.º, n.º 4, alínea a); 2.6.4. Alienação de imóveis; 2.6.5. Centrais de compras; 3. A Diretiva 24/2014 e o acolhimento legislativo da jurisprudência do TJUE; 4. Questões que se podem colocar a propósito da cooperação entre entidades adjudicantes; 4.1. Procedimentalização; 4.2. Exemplos de questões sobre contratos de cooperação; 4.3. Contencioso. 5. Os agrupamentos de entidades adjudicantes e as questões da fase do procedimento - nótulas; 6. Conclusões.

1. Enquadramento da questão: conceitos operativos

As novas Diretivas da Contratação Pública consagram as regras sobre os procedimentos a observar na celebração de contratos cujas prestações estão ou devem estar submetidas à concorrência. Para o efeito, para além da consagração de requisitos positivos para que tal disciplina seja de aplicar, as Diretivas, e em particular a Diretiva 24/2014, estabelece também um conjunto de situações às quais não se aplica o referido regime. Ora um dos domínios reconduzíveis a esta última hipótese é a da cooperação entre entidades adjudicantes, podendo a cooperação assumir várias formas, bastando para tal que esteja preenchido um conjunto de requisitos.

Consagram as Diretivas, agora com a certeza e segurança decorrentes da disposição positiva, a construção jurisprudencial sobre a matéria. A consagração legislativa tem, por vezes, maior alcance do que aquele que resulta da doutrina pretoriana, o que mereceu crítica da doutrina mais autorizada.

Para efeitos de plena compreensão do enquadramento do tema, cabe situar dois conceitos operativos: o de entidade adjudicante e cooperação.

¹ O presente texto corresponde à versão apresentada na ação de formação “As novas diretivas sobre Contratação Pública”, com o tema “Cooperação entre entidades públicas adjudicantes”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 20 de março de 2015.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola do Porto Investigadora e membro integrado no Católica Research Centre for the Future of Law – Centro de Estudos e Investigação em Direito.

1.1. Entidade adjudicante

O conceito de entidade adjudicante não se confunde com o de entidade pública ou o de entidade administrativa. Concorrem para o conceito de entidade adjudicante as entidades que tradicionalmente integram a Administração Pública e o conceito comunitário de “organismo de direito público”².

O Código dos Contratos Públicos (CCP), transpondo as disposições da Diretiva 2004/18, previu o conceito de entidade adjudicante no artigo 2.º em duas categorias: no n.º 1, refere-se à Administração Pública em sentido tradicional, englobando hoje as fundações; e no n.º 2, o conceito específico de “organismo de direito público”³. Trata-se de um conceito funcional e substantivo e que implica a densificação de conceitos complexos e dotados de alguma indeterminidade, tarefa nem sempre de fácil desembaraço.

“2. São também entidades adjudicantes:

a) *Quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:*

i) Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência; e

ii) Sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades;

b) *Quaisquer pessoas coletivas que se encontrem na situação referida na alínea anterior relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante nos termos do disposto na mesma alínea;*

c) *(Revogada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009.);*

d) *As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas”.*

² Este conceito encontra a sua definição no Acórdão Mannesmann (C-44/96, de 15 de janeiro de 1998): “organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, dotado de personalidade jurídica e estreitamente dependente do Estado, das autarquias locais ou de outros organismos de Direito Público, requisitos que são cumulativos”. Esta construção foi evoluindo mas encontra conforto legislativo no artigo 2.º do CCP.

³ Transpôs igualmente a Diretiva 2004/17, relativa aos setores especiais e, para efeitos do conceito de entidade adjudicante, no artigo 7.º

Portanto, será considerada entidade adjudicante qualquer pessoa jurídica, privada ou pública que preencha cumulativamente duas condições: *i)* tenha sido criada especificamente para a “*satisfação de necessidades de interesse geral e sem carácter industrial e comercial*” (o TJUE tem sufragado sempre a orientação da interpretação restritiva da expressão “*carácter industrial e comercial*”^{4 5}); e *ii)* haja financiamento da atividade ou controlo de gestão ou controlo de órgãos. Mantêm-se as dúvidas sobre o alcance da expressão de financiamento e controlo de gestão.

Será também considerada entidade adjudicante a pessoa coletiva que, preenchendo os critérios anteriores, esteja em relação com uma entidade adjudicante nos mesmos termos. Do mesmo passo, a associação de entidades adjudicantes em que pelo menos uma pessoa coletiva esteja naquelas circunstâncias e haja financiamento ou relação de controlo.

É por conseguinte um conceito muito abrangente de organismo de direito público, onde pontua a preocupação com a gestão de recursos públicos.

Não pretendendo tratar exaustivamente esta questão, pois escapa ao objeto da reflexão, impõe-se todavia dar conta das “alterações” que a nova Diretiva introduz.

No considerando (10) da Diretiva 2014/24, o legislador comunitário assume que não pretende alterar o âmbito de aplicação *ratione personae* da Diretiva. Contudo, por força das especificações jurisprudenciais, o legislador comunitário entendeu ser útil “*esclarecer que um organismo que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas como tendo carácter industrial ou comercial*”. Por outro lado, a condição de financiamento também foi alvo de aperfeiçoamento de conteúdo pela jurisprudência: “*«financiado maioritariamente» se entende financiado em mais de metade, e que este tipo de financiamento pode incluir pagamentos impostos, calculados e cobrados aos utilizadores de acordo com as regras de direito público*”.

Assim, o artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva, depois de definir no n.º 1 o conceito de “autoridades adjudicantes”, define como “organismo de direito público”: “*os organismos que apresentem todas as seguintes características:*

a) *Foram criados para o fim específico de satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial;*

b) *Têm personalidade jurídica; e*

⁴ Cfr. o Acórdão Korhonen Oy. C-18/01, de 22/5/2003.

⁵ Para ALEXANDRA LEITÃO, estes requisitos “aplicam-se essencialmente às empresas dos Sectores Empresariais do Estado, Regional e Local, uma vez que, atendendo à respetiva forma societária, é difícil determinar se estão sujeitos ou não às regras da contratação pública”, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 114.

c) São maioritariamente financiados pelo Estado, por autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público, ou a sua gestão está sujeita a controlo por parte dessas autoridades ou desses organismos, ou mais de metade dos membros nos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização são designados pelo Estado, pelas autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público”.

1.2. Cooperação

O conceito de cooperação é polissémico. A doutrina, na perspetiva das entidades públicas, tem tentado densificar o conceito. Para a abordagem da perspetiva de cooperação entre entidades adjudicantes que conduzem a situações de exclusão de aplicação das Diretivas, suportar-nos-emos na obra de referência de ALEXANDRA LEITÃO. Será contudo considerada ainda a cooperação de entidades como agrupamento.

1.2.1. A cooperação entre entidades adjudicantes

Para ALEXANDRA LEITÃO, cooperação é um conceito que deve ser distinguido de colaboração e de coordenação⁶. E a propósito da forma que pode assumir a cooperação, a mesma A. apresenta o seguinte elenco de categorias de concretizações:

a) Contratos sobre competências, que colocam as pertinentes questões associadas aos princípios da legalidade e da alienabilidade de competências [artigo 36.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)]⁷;

b) Contratos procedimentais, que podem assumir várias concretizações, desde os típicos contratos previstos na alínea b) do n.º 6 do artigo 1.º e no artigo 336.º do CCP, aos contratos de estrito conteúdo procedimental que se destinam a obter pareceres ou a promover diligências instrutórias; contratos de conteúdo substantivo que se destinam a determinar o conteúdo do ato final (obrigacional ou decisório), acordos endoprocedimentais (previstos no artigo 57.º do CPA); conclusão de conferências procedimentais (artigos 77.º e ss. do CPA), contratos para elaboração de regulamentos como o que está previsto no artigo 6.ºA RJIGT⁸;

c) Contratos normativos;

d) Contratos-Plano: conduzem a uma uniformização de atuação das várias entidades envolvidas; não são contratos paritários⁹;

⁶ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 81 e ss.

⁷ A A. dá como exemplos os contratos de articulação de competências (por exemplo, entre autarquias locais); contratos sobre transferência ou delegação intersubjetiva de competências e atribuições (artigo 120.º da Lei 75/2013); contratos de delegação interorgânica de competências, não admissíveis em hierarquia, contudo; contratos de mandato; empréstimo de órgãos/cedência, onde não há transferência de competências; contrato de concessão de serviços – artigo 407.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos - CCP. LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 207 e ss.

⁸ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 244 e ss.

⁹ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 251.

e) Contratos institucionais: implicam o surgimento de uma pessoa jurídica, como o contrato de sociedade, celebrado entre entidades do mesmo nível, ou, não o sendo, contratos de associação; constituem formas de cooperação horizontal¹⁰. São exemplo a previsão dos artigos 108.º e ss. da Lei 75/2013;

f) Contratos sujeitos à concorrência de mercado – os que resultam do artigo 6.º designadamente com as seguintes especificidades:

i) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 1 do artigo 2.º serão apenas os contratos previstos no n.º 1 do artigo 6.º;

ii) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 2 do artigo 2.º **ou** entre uma entidade prevista no n.º 2 do artigo 2.º e uma entidade prevista no n.º 1 do artigo 2.º (1.º adjudicante e 2.º adjudicatário) serão os contratos previstos no n.º 1 do artigo 6.º por força do n.º 2 do mesmo dispositivo;

iii) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 1 do artigo 2.º e uma entidade prevista no n.º 2 do artigo 2.º, sendo a primeira adjudicante e em que o objeto contratual não cabe em nenhuma exceção do artigo 6.º, só não se aplicam as regras da Parte II se não houver concorrência; se verificar a aplicação do n.º 2 do artigo 5.º ou as exclusões dos setores especiais [cfr. o disposto no artigo 13.º, n.º 1 c) e d) e n.º 2].

g) Contratos sobre imóveis: estão excluídos do âmbito de aplicação do CCP, com a dúvida sobre os contratos de concessão de uso privativo.

1.2.2. Cooperação associada a agrupamento

A cooperação entre entidades públicas pode também existir a propósito da associação entre entidades com vista à adjudicação de um contrato público. Pode ser do interesse de entidades adjudicantes unir economia de meios e recursos financeiros em torno de uma necessidade comum ou em relação a projeto que, de forma individual não estariam em condições de levar a cabo. Por exemplo, construção de uma estrada intermunicipal. Trata-se de cooperação em agrupamento que recebeu consagração no artigo 39.º do CCP:

“1 - As entidades adjudicantes podem agrupar-se com vista à formação de:

a) Um contrato cuja execução seja do interesse de todas;

b) Um acordo quadro de que todas possam beneficiar.

¹⁰ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 257.

2 - As entidades adjudicantes devem designar qual delas constitui o representante do agrupamento para efeitos de condução do procedimento de formação do contrato ou do acordo quadro a celebrar;

3 - A decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a decisão de qualificação dos candidatos e a decisão de adjudicação devem ser tomadas conjuntamente pelos órgãos competentes de todas as entidades adjudicantes que integram o agrupamento;

4 - No caso de agrupamentos de entidades adjudicantes constituídos por pelo menos uma das referidas no n.º 1 do artigo 2.º, o ajuste direto e o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação adotados nos termos do disposto nos artigos 19.º e 20.º só permite a celebração de contratos de valor inferior ao mais baixo dos limites neles referidos, consoante o caso¹¹;

5 - No caso de agrupamentos de entidades adjudicantes, só pode ser adotado um procedimento em função de um dos critérios materiais previstos nos capítulos III e IV do título anterior quando tal critério se verifique relativamente a todas as entidades que o constituem”.

Esta solução de cooperação, estruturalmente distinta daquela primeira enunciada, colocará problemas distintos¹². Desde logo, a propósito da questão relativa à regularidade da formação do ato de adjudicação (n.º 3), que implica o exercício conjunto de competências¹³, passando pela *vexata questio* da escolha do procedimento em ligação com as entidades que compõem o agrupamento. Sempre com a possível complexidade de os órgãos de cada entidade não serem estruturalmente idênticos (singulares/colegiais) e portanto estarem sujeitos a regras distintas quanto à formação da vontade. E no procedimento adjudicatório, apesar da existência de representante, há que ficar certo e inequívoco o exercício das competências de cada entidade.

Convém esclarecer que a previsão do n.º 1 do artigo 39.º não se confunde com a institucionalização de uma central de compras, prevista no artigo 260.º. O agrupamento destina-se à celebração de um concreto contrato. A central de compras é um procedimento especial e destina-se à celebração de múltiplos contratos¹⁴.

É igualmente relevante ter presente o n.º 6 do artigo 47.º porquanto contém uma regra, associada ao agrupamento, relativa a autorização da despesa.

¹¹ Esta limitação não parece resultar da legislação comunitária. Neste sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 396.

¹² MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA entende que se trata de uma “associação meramente informal”, não existindo a obrigação de associação jurídica como se impõe para o agrupamento de concorrentes, (OLIVEIRA, Agrupamento de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública, 2010, p. 108). No mesmo sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 395.

¹³ Que, parece dever-se entender implicar a unanimidade.

¹⁴ Na construção comunitária, a Central de compras é uma entidade adjudicante – cfr. o disposto no n.º 10 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18 e no n.º 16 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24.

Podia colocar-se a questão de saber se poderia o agrupamento funcionar apenas para a fase de adjudicação, o que significaria que existiriam, a posteriori, tantos contratos quantas as partes. À luz do artigo 39.º, esta hipótese parece não ter ali cabimento¹⁵.

Esta disposição permite igualmente equacionar outras questões, designadamente a de saber que quota de responsabilidade cabe a cada entidade no pagamento do preço. Deve entender-se que é a que resulta da fração de despesa inerente, sem prejuízo de responsabilidade solidária perante o adjudicatário. Claro que a questão poderá estar resolvida de outro modo e à partida no caderno de encargos, caso em que, não existindo violação do princípio da legalidade, será de aplicar a opção vertida no caderno de encargos. Uma outra questão que se pode aqui colocar é a de saber a quem cabe a elaboração do caderno de encargos. Na minha perspetiva, a responsabilidade cabe ao agrupamento devido à regra da competência prevista no artigo 39.º¹⁶.

2. O princípio da não aplicação das normas comunitárias sobre contratação pública nas relações *in house providing* e outros contratos entre entidades públicas

No domínio do direito europeu e no que às novas Diretivas diz respeito, a cooperação entre entidades adjudicantes revela-se no essencial nas seguintes áreas: contratação *in house*, cooperação entre entidades públicas e a transferência de uma tarefa pública¹⁷.

Como tratar os contratos entre entidades públicas à luz das regras da contratação pública?

Em regra, um contrato para obter fornecimento de bens ou serviços, celebrado entre entidades públicas está sujeito às regras comunitárias da concorrência¹⁸. A natureza pública dos contratantes, de *per se*, não exclui a aplicação das regras da contratação pública¹⁹. Por isso, apesar de se poderem levantar dúvidas, não está à partida excluída a participação concorrencial de entidades públicas com vista à celebração de um contrato cujas prestações se submetem à concorrência²⁰.

Contudo, existem limitações a esta regra²¹.

¹⁵ Neste sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 393.

¹⁶ Vide *infra* no ponto 4 maiores desenvolvimentos sobre a questão, designadamente quanto ao que está envolvido na decisão de escolha do procedimento; as menções dos órgãos que intervêm no procedimento no caderno de encargos, etc.

¹⁷ WAUTERS, 2014, p. 143.

¹⁸ Referindo-se precisamente à ilegalidade de exclusão deste tipo de contrato no domínio das Diretivas anteriores e entendendo que as legislações nacionais, se previssem tal exclusão, incorreriam em erro de transposição, BOVIS, 2007, pp. 189 e 190.

¹⁹ ARROWSMITH, 2014, p. 499.

²⁰ Refletindo sobre a sujeição a procedimentos concorrenciais associados à celebração de contratos de empreitada e concessões e esgrimindo argumentos doutrinários a favor e contra, vide LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 285 e ss.

²¹ Seguimos de perto a apresentação desta questão por SUE ARROWSMITH (ARROWSMITH, 2014, p. 498 e ss.).

A primeira delas respeita às situações em que a relação aquisitiva se processa dentro da mesma pessoa coletiva. Ou seja, a entidade pública não está obrigada a externalizar as suas aquisições quando as pode conseguir internamente. Trata-se da verdadeira relação *in house*. Nem sequer a decisão de não ir ao mercado está sujeita às regras da contratação pública²².

Uma segunda situação diz respeito à hipótese em que a entidade pública adquire bens ou serviços a uma entidade que é sua, sendo que tais aquisições não estão submetidas às regras europeias de contratação pública (situações de “*quasi in-house*”). Trata-se da doutrina pretoriana constante do Acórdão *Teckal* e que recebeu acolhimento no artigo 5.º, n.º 2 do CCP²³.

Uma terceira situação de exclusão respeita à construção jurisprudencial vertida no Acórdão *Hamburg* ou a doutrina da cooperação fora das situações enquadráveis na *in house providing* – a cooperação horizontal.

Uma quarta situação diz respeito aos contratos pelos quais se opera uma transferência de competências/atribuições entre entidades públicas.

É admitida ainda como exceção a situação em que a aquisição de serviços se faz a entidade pública que detém direitos exclusivos sobre o serviço.

Por último, também se encontra excluída da aplicação da Diretiva a figura das Compras Centralizadas.

Ainda antes de analisar cada uma destas situações, importa igualmente sublinhar que existem certas formas de atuação, em particular informais, que caem também fora do âmbito de aplicação das Diretivas. SUE ARROWSMITH dá como exemplo o empréstimo de trabalhadores para fazer face a picos de serviço, pontualmente, sem acordo formal escrito²⁴.

A questão que se coloca face a este elenco de situações de não aplicação das regras comunitárias é encontrar o fundamento jurídico de tais exclusões. As situações das relações *in house* estão de facto relacionadas com a tensão entre liberdade de mercado e a liberdade de auto-organização da Administração Pública, tendo amiúde o TJUE afirmado que os Estados

²² Cfr. o Acórdão *Teckal* do TJUE.

²³ Há doutrina a duvidar se este tipo de cooperação se configura ou não como contrato. Neste sentido, por exemplo, TAVARES & DENTE, 2009, p. 60; no sentido de que a alteridade ou “terceiridade” se manifesta neste tipo de contratos, exceto se se existir uma relação hierárquica entre as partes que conduza a uma supressão da autonomia da vontade, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 119; ESTORNINHO, 2006, p. 81.

²⁴ ARROWSMITH, 2014, p. 500.

membros têm liberdade de se auto-organizar²⁵. As novas Diretivas aliás afirmam precisamente este princípio²⁶.

Nada impõe às entidades públicas que recorram ao mercado da concorrência para obter bens ou serviços que, pela sua própria capacidade podem obter. De qualquer modo, esta discricionariedade de não ficar abrangido pelas Diretivas deve conter-se no domínio e âmbito das atribuições e competências definidas legalmente como integrando a esfera típica de atuação²⁷.

2.1. A doutrina *Teckal* – cooperação vertical

Neste Acórdão do TJUE, o Tribunal abriu as portas à não sujeição das regras de contratação pública das situações de *quase in house*. Ou seja, daquelas situações em que os bens ou serviços são solicitados a entidade formalmente distinta da entidade que procura tais bens e serviços, mas que tem com ela uma ligação material incindível ao ponto de se poder considerar que ainda é contratação dentro de portas. A referida ligação material é estabelecida, segundo a jurisprudência comunitária, pelo “controlo” que a primeira entidade exerce sobre a segunda. A jurisprudência contudo admite que o controlo possa ser assegurado conjuntamente por duas entidades, caso em que se manteria a caracterização de “quasi in house”. Podem entidades públicas partilhar e prosseguir interesses comuns e a atuação conjunta ser mais benéfica para a prossecução das respetivas tarefas através deste tipo de contratação.

A exclusão da aplicabilidade das regras da contratação pública foi portanto sustentada neste Acórdão, sendo que o Tribunal entendeu também que as regras do artigo 106.º do TFUE não se aplicariam²⁸.

Foram, como se sabe, estabelecidas duas condições de verificação cumulativa, para que opere a doutrina pretoriana²⁹:

a) Condição de controlo: a entidade adjudicante deve exercer um controlo do tipo que exerce sobre os seus órgãos e serviços, devendo a condição verificar-se quer haja controlo por uma

²⁵ Situando a questão nesta tensão, AZEVEDO, 2008. Sublinhando esta ideia de liberdade de auto-organização, LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 170; WIGGEN, Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 84; ARROWSMITH, 2014, pp. 500-501; WAUTERS, 2014, p. 145; OLYKKE & ANDERSEN, 2015 (n.º 1), p. 2; Acórdãos do TJUE *Stadt Halle* (C – 26/03); Documento de trabalho dos serviços da Comissão (SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011, pp. 5 e ss.

²⁶ Veja-se por exemplo, o artigo 2.º da Diretiva 23/2014; os considerandos 5 (“*Recorde-se que nada na presente diretiva obriga os Estados-Membros a confiar a terceiros, mediante contrato, ou a externalizar a prestação de serviços que pretendam eles próprios prestar ou organizar por meios diferentes dos contratos públicos na aceção da presente diretiva*”) e 31 (“*Contudo, a aplicação das regras da contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras autoridades públicas*”) da Diretiva 24/2014; o considerando 9 da Diretiva 25/2014 (de algum modo).

²⁷ Chamando a atenção para este aspeto, Advogado Geral Geelhoed, no Acórdão *Asemfo v Tragsa* (conclusões).

²⁸ Trata-se das regras de aplicação de procedimentos transparentes e competitivos.

²⁹ Neste sentido e referindo-se a doutrina francesa, WAUTERS, 2014, p. 158.

única entidade ou conjuntamente por mais do que uma³⁰. Acresce que o TJUE tem exigido que o referido controlo se traduza em “decisiva influência sobre objetivos estratégicos e decisões significativas”³¹. Caso o controlo seja feito conjuntamente, o Tribunal apenas exige que a condição de controlo seja exercida conjuntamente por todas as entidades envolvidas³². De todo o modo, o controlo tem de ser efetivo, não bastando o controlo maioritário sobre as participações sociais³³.

O TJUE precisou contudo que se a entidade controlada tivesse vocação de mercado para lá do espaço territorial da entidade que exerce o controlo, exercendo diferentes atividades, tal característica poderia enfraquecer ou atenuar o controlo e, com isso, inviabilizar o preenchimento desta condição³⁴.

A jurisprudência tem também referido que a forma que assume a entidade controlada é relevante. No Acórdão *Coditel*, foi sustentado que o requisito estava preenchido porque a entidade adjudicatária não tinha a forma de uma “companhia que podia prosseguir objetivos independentes dos da entidade controladora, mas antes o de uma sociedade intermunicipal sem carácter comercial”³⁵.

Se a condição se verificar aquando da outorga do contrato mas cessar no decurso da sua execução, há lugar a aplicação da Diretiva. O mesmo se passando com a exigência de inexistência de interesses privados na entidade subordinada.

b) Condição da atividade: o essencial da atividade da entidade subordinada tem de ser dedicada à entidade controladora. Tratando-se de controlo conjunto, o essencial da atividade deve referir-se às entidades envolvidas e não apenas a quem adjudica³⁶. Pretende-se assegurar a sadia concorrência. Cabe contudo advertir que esta condição não é exigida nas genuínas relações *in house*³⁷. Esta condição abriu as portas à discussão sobre a percentagem de atividade que deve estar alocada à entidade controladora. O Tribunal entendeu estabelecer “critérios qualitativos” no Acórdão *Carbotermo*: há mercado para aqueles serviços e as demais atividades da entidade controlada são oferecidas ou passíveis de serem oferecidas em mercado. Este critério gerava alguma insegurança³⁸. Como veremos, a nova Diretiva vem dar uma resposta mais segura a esta questão.

De todo o modo, foi posteriormente aduzido um outro requisito: não podia estar presente qualquer participação privada na entidade controlada. Este requisito merecerá, como veremos, alguma concretização na Diretiva. Esta condição resultou da doutrina contida no

³⁰ Cfr. os Acórdãos do TJUE *Carbotermo*, *Asemfo v Tragsa*; *Coditel*; *Sea*.

³¹ Acórdão do TJUE *Parking Brixen*.

³² Um dos modos para aferir deste controlo conjunto pode passar, por exemplo, pela circunstância dos órgãos decisores da entidade controlada ser integrado por representantes das entidades controladoras, sendo irrelevante, nesse caso, a maioria de votação (cfr. o Acórdão do TJUE *Coditel* – o TJUE não exigiu que todas as entidades participassem; era suficiente para que a condição estivesse preenchida). Também Acórdão *Sea*.

³³ Acórdão do TJUE *Econord*.

³⁴ Acórdão *Parking Brixen*. Vide ARROWSMITH, 2014, pp. 508-509.

³⁵ ARROWSMITH, 2014, p. 509.

³⁶ Acórdão TJUE *Carbotermo*.

³⁷ ARROWSMITH, 2014, p. 510.

³⁸ Sublinhando este aspeto, ARROWSMITH, 2014, p. 512.

Acórdão *Stadt Halle* e passou a funcionar como condição excludente da doutrina Teckal quando não estivesse preenchida. Tentou-se amenizar a condição, na sua força excludente, mas o TJUE não se mostrou recetivo³⁹. Voltaremos a esta questão no ponto 3.

2.2. A doutrina *Hamburg* – cooperação horizontal

O TJUE estabeleceu que a doutrina Teckal não esgota todas as hipóteses de cooperação entre entidades adjudicantes subtraídas à aplicação das Diretivas. Designadamente, as situações em que não há criação de entidade controlada⁴⁰.

A consideração de que as situações de cooperação entre entidades públicas caíam fora dos objetivos das Diretivas constitui uma evolução na jurisprudência do TJUE⁴¹. Era considerada uma medida de Estado. Antes das diretivas de 2004, “não era muito claro se os acordos de cooperação entre autoridades públicas estariam sob a égide do objetivo das regulamentações da contratação pública”⁴². Mas já então a doutrina, designadamente a alemã, entendia que os fundamentos da legislação comunitária nesta matéria apenas permitiam que as diretivas fossem aplicadas quando havia *players* de mercado envolvidos, o que não sucederia com as entidades públicas quando cooperavam, uma vez que apenas o interesse público as guiaria⁴³. Contudo, as diretivas de 2004, na sequência de uma previsão anterior na Diretiva 92/50/CEE, não evidenciavam a não submissão destas formas de cooperação ao regime da contratação pública. A própria jurisprudência do TJUE afirmava a submissão destas formas de cooperação às diretivas⁴⁴.

A construção jurisprudencial evoluiu então para a consideração de outro tipo de situação, fora das relações *in house* e da única exceção que as Diretivas 2004/18 e 2004/17, nos artigos 18 e 23, respetivamente, assumiam (direitos exclusivos). Para efeito da aplicação desta exceção⁴⁵, o TJUE também estabeleceu um conjunto de condições ou critérios de preenchimento cumulativo⁴⁶, alargando a admissibilidade de outras formas de cooperação (por comparação com a doutrina Teckal):

a) Não existir participação privada: para a aplicação da exceção, a cooperação só pode envolver entidades públicas para assegurar a prossecução de tarefas públicas por cada uma delas. O TJUE não definiu com detalhe esta condição no Acórdão *Hamburg* mas a Comissão, no

³⁹ ARROWSMITH, 2014, p. 513.

⁴⁰ A construção do TJUE coloca a dificuldade de distinção entre um contrato interadministrativo e um contrato de prestação de serviços. Como sempre, a orientação do TJUE é de interpretação restritiva dos requisitos excepcionantes. Neste sentido, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 127; FALLE, 2014, 5, p. 132.

⁴¹ Dando conta da evolução jurisprudencial *vide* WAUTERS, 2014, p. 146 e ss.; afirmando que a jurisprudência do TJUE não excluía a cooperação entre entidades públicas do âmbito das regras da contratação pública, WIGGEN, Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law, 2011, 5, p. 171. Informando que esta exceção já se encontrava no direito francês, NOGUELLOU, 2014, pp. 23, nota 28.

⁴² WAUTERS, 2014, p. 146.

⁴³ Neste sentido, BURGI M., 2010, p. 79.

⁴⁴ Neste sentido, Acórdão Teckal, Acórdão ARGE (C-94/99), Acórdão Comissão v. Espanha; Acórdão CoNISMA;

⁴⁵ CLÁUDIA VIANA sustenta que a doutrina Hamburg não se enquadra na exceção *in house*, (VIANA, A influência do "mercado relevante" na contratação in-house, 2013, p. 79).

⁴⁶ WAUTERS, 2014, p. 178.

seu documento de trabalho SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011, foi contribuindo para essa definição, dizendo, por exemplo que era irrelevante a forma de cooperação, que a cooperação devia ter um alcance mais amplo do que a mera aquisição, mas antes o exercício de uma tarefa pública, ou seja, a assunção de obrigações mútuas⁴⁷. Tal significa que a participação deve ser efetiva⁴⁸. Esta condição está expressa no Acórdão *Hamburg* e foi confirmada no Acórdão *Azienda*.

b) Nenhum fornecedor privado pode ser colocado em posição de vantagem face a potenciais concorrentes: esta condição foi igualmente confirmada no Acórdão *Azienda*. No Acórdão *Piepenbrock*, o TJUE parece ter considerado que a mera autorização de uso de terceiros seria suficiente para excluir o contrato da doutrina *Hamburg*⁴⁹.

c) A implementação da cooperação ser única e exclusivamente orientada/fundada na prossecução de interesses públicos: esta condição relaciona-se com a proibição de obtenção de lucros pelas entidades envolvidas, permitindo-se apenas o reembolso de custos e mesmo aí com limites⁵⁰.

Para a Comissão, deveria existir aqui também o preenchimento da condição da essencialidade da atividade⁵¹.

Por fim, foi estabelecida uma condição negativa: a cooperação não pode ser um meio de defraudar as normas da contratação pública. Normalmente, tal sucederá quando a finalidade de prossecução de interesse público está ausente.

Apreciando a doutrina pretoriana vertida no Acórdão *Hamburg*, CLÁUDIA VIANA sustenta que o TJUE “privilegia uma conceção funcional e material das entidades públicas”⁵².

O Tribunal de Justiça continuou a proferir acórdãos com esta construção. Para além do Acórdão *Azienda* (C-159/11, de 19 de dezembro de 2012), que veio aperfeiçoar as condições de verificação de uma cooperação horizontal, designadamente no que se refere ao requisito da prossecução de interesse público, já em 2014, foi proferido um Acórdão significativo nesta matéria (que não aplicou a doutrina por não estarem preenchidos os pressupostos)⁵³. Trata-se do Acórdão C-15/13, de 8/5/2014, em que o Tribunal declarou: “O artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objeto o fornecimento de produtos,

⁴⁷ Ponto 3.3.2 do SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011.

⁴⁸ Criticando esta concretização, ARROWSMITH, 2014, p. 523.

⁴⁹ Cfr. § 30 do Acórdão *Piepenbrock*.

⁵⁰ Cfr. o SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011 (ponto 3.3.3.) e o Acórdão *Hamburg* [embora SUE ARROWSMITH chame a atenção para o facto de o Acórdão não ter estabelecido claramente este como requisito em todos os casos, (Arrowsmith, 2014, p. 526)]. Já no Acórdão *Azienda*, o TJUE se debruçou, ainda que brevemente, sobre a questão do reembolso. Chamando a atenção para este aspeto, MCGOWAN, 2013, 3, p. 64.

⁵¹ Cfr. §3.3.3 SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011.

⁵² VIANA, A influência do “mercado relevante” na contratação in house, 2013, p. 81.

⁵³ Analisando os referidos Acórdãos, sem contudo os identificar claramente, NOËL & MINAIRE, 2013, 136, p. 72 e ss.

celebrado entre, por um lado, uma Universidade que é uma entidade adjudicante, controlada no domínio das suas aquisições de produtos e serviços por um estado federado alemão, e, por outro, uma sociedade de direito privado detida pelo Estado federal e por estados federados alemães, entre os quais figura o referido estado federado, constitui um contrato público na aceção dessa disposição e deve, por conseguinte, estar sujeito às regras de adjudicação de contratos públicos previstas nesta diretiva”⁵⁴.

Esta construção, ao contrário da doutrina Teckal, assenta no objeto do contrato para determinar a não sujeição às Diretivas. Recorde-se que um dos critérios é precisamente a prossecução de uma tarefa pública associada ao contrato, requisito que não existe nas relações *in house*⁵⁵.

2.3. Transferência de competências administrativas

Este é um dos tipos de contratos interadministrativos descritos por ALEXANDRA LEITÃO e que a Comissão reconhece como integrando a discricionariedade dos Estados membros de se organizarem⁵⁶. Logo, trata-se de formas de cooperação que escapam tanto às regras das Diretivas como às regras do TFUE.

2.4. Situações de direitos exclusivos

Nas situações acima descritas que ficam sob a alçada do TFUE e das Diretivas, por não se verificarem os respetivos requisitos de não aplicação, ainda assim pode funcionar uma outra exceção. Trata-se da situação em que quem providencia os serviços ou bens o faz a título de direitos exclusivos. Trata-se de uma hipótese já acolhida no artigo 18.º da Diretiva 2004/18: *“A presente directiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma entidade adjudicante a outra entidade adjudicante ou a uma associação de entidades adjudicantes com base num direito exclusivo de que estas beneficiem em virtude de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado”*.

Como veremos adiante, esta solução mantém-se na nova Diretiva.

Internamente, esta hipótese de exclusão da sujeição às regras da contratação pública encontra acolhimento na alínea a) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP: *“Contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse*

⁵⁴ Comentando este Acórdão, sublinhando a sua relevância imediata para as autoridades contratantes mas igualmente para a transposição da Diretiva, situando a aplicabilidade da Diretiva 2014/24 no âmbito dos princípios estabelecidos pela jurisprudência, (McGOWAN, Can horizontal in-house fall within Teckal? A note on case C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH, 2014 (n.º 5), p. 122).

⁵⁵ WAUTERS, 2014, p. 180.

⁵⁶ Cfr. o § 4.1. SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011. *vide* também o Acórdão *Irish Ambulance*.

direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis”.

2.5. Centrais de compras

As centrais de compras estão previstas no artigo 11.º da Diretiva 2004/18: “1. *Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes contratarem empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras. 2. Considera-se que as entidades adjudicantes que contratam empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras nos casos referidos no n.º 10 do artigo 1.º cumpriram o disposto na presente directiva sempre que a referida central de compras o tenha cumprido*”. Não está aqui incluída a hipótese em que a central disponibiliza os seus próprios recursos.

Mesmo nesta configuração, havia uma ou outra questão que se podia colocar a propósito dos contratos entre as entidades adjudicantes e a Central de Compras. Por exemplo, como tratar a situação em que a central de compras não cumpriu “o disposto” na Diretiva. SUE ARROWSMITH entende que nesse caso não será de aplicar a exceção, o que significa que a entidade adjudicante deverá cumprir a Diretiva e será responsabilizado em conformidade. A A. equaciona também a corresponsabilização da entidade adjudicante e a central e compras pelo incumprimento da Diretiva⁵⁷.

A matéria mereceu, como veremos, um tratamento mais detalhado na Diretiva 2014/24.

2.6. As hipóteses no Código dos Contratos Públicos

2.6.1. A previsão do n.º 1 do artigo 5.º

Estabelece o n.º 1 do artigo 5.º: “*A parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação*”.

Incluir-se-ão nesta exceção, “*todos os contratos de cooperação paritária entre entidades administrativas*”, uma vez que “*as prestações que são objeto de tais contratos não estão, nem são suscetíveis de estar, submetidas à concorrência de mercado*” (ALEXANDRA LEITÃO)⁵⁸.

Trata-se de contrato cujas prestações escapam à lógica do mercado como por exemplo a atribuição de um subsídio, por exemplo. Mais, ALEXANDRA LEITÃO sustenta que podem ser aqui

⁵⁷ ARROWSMITH, 2014, p. 537.

⁵⁸ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 172. Estamos a falar de contratos sobre competências, sobre o exercício de poderes públicos, contratos-plano, contratos institucionais. Sobre esta categoria, vide LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 192 e ss. No mesmo sentido, o da compatibilização deste artigo com o artigo 16.º, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 145.

incluídos, sob pena de esvaziamento da prescrição normativa⁵⁹, contratos com prestações sujeitas à concorrência, que não o são integralmente (nem subsumível aos tipos contratuais a que se refere o artigo 6.º), bastando que os demais requisitos estejam preenchidos⁶⁰. Não se encontrando preenchidos, tal não significa que o contrato tenha de ser submetido a ampla concorrência, isto é, convém não confundir situações excluídas das regras da contratação pública daquelas que, estando sujeitas, ainda assim se verificam os requisitos de recurso a ajuste direto por serem pessoais as prestações envolvidas⁶¹.

2.6.2. A doutrina Teckal – artigo 5.º, n.º 2

Estabelece o n.º 2 do artigo 5.º: *“A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:*

a) A entidade adjudicante exerça sobre a atividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e [condição de controlo – isolado ou em conjunto]

b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior. [condição de atividade]

É ainda de ter presente o que prescreve o n.º 6 do mesmo artigo: *“À formação dos contratos referidos nos n.ºs 1 a 4 são aplicáveis:*

a) Os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo; ou

b) Quando estejam em causa contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações”.

É neste item que está consagrada a teoria das relações *“quasi in house”*, justificada pelo princípio da auto-organização da Administração Pública. Não há contudo referência legal interna à não participação de capitais privados. Todavia, como se sabe, apesar da norma expressa interna, os operadores jurídicos devem interpretar o direito interno, em matérias em que o direito europeu é matriz, à luz do princípio da interpretação conforme ao Direito Europeu, incluindo a construção pretoriana do TJUE⁶².

⁵⁹ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 169.

⁶⁰ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 170. A A. funda a sua opinião na jurisprudência do TJUE – Acórdão Comissão v. República Federal da Alemanha (Proc. C – 480/06).

⁶¹ Precisamente neste sentido, LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 172.

⁶² Sublinhando este aspeto, que pode ter relevância na discussão do alcance dos requisitos comunitários atrás expendidos, FERREIRA, 2013, p. 221. Sobre a questão da associação com instituições privadas e como tal associação coloca em crise o “controlo análogo, vide Acórdão do STA de 25/9/2014, Proc. n.º 718/12 (*“I – Quando a entidade adjudicatária de um contrato público é uma associação de utilidade pública sem fins lucrativos que, no momento da*

2.6.3. Direitos exclusivos – artigo 5.º, n.º 4, alínea a)

Um dos contratos incluídos no rol de “contratação excluída” é o que diz respeito a “*contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis*”. Resulta do artigo 18.º da Diretiva 18/2004. Trata-se dos *serviços de interesse económico geral*, associados a obrigações de serviço público⁶³.

2.6.4. Alienação de imóveis

Também estão excluídos os contratos que de alienação de imóveis, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea c).

2.6.5. Centrais de compras

O CCP também consagra as centrais de compras nos artigos 260.º e ss.

A central de compras, segundo a Diretiva de 2004, é uma *entidade adjudicante que adquire fornecimentos e/ou serviços destinados a entidades adjudicantes ou procede à adjudicação de contratos públicos ou celebra acordos-quadro de obras, de fornecimento ou de serviços destinados a entidades adjudicantes* (artigo 11.º da Diretiva 18/2004).

Foi acolhido no artigo 260.º para a contratação de empreitadas de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços. Depende de diploma regulador, nos termos do n.º 3. Consta hoje do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9/10.

Estão sujeitas às regras da contratação pública, o que vai permitir que os contratos subsequentes se entenda estarem isentos de prosseguir as mesmas regras. Claro que se colocam as questões de incumprimento das regras pela Central e como tal incumprimento se repercute nos contratos subsequentes, incluindo as dimensões de responsabilidade civil.

3. A Diretiva 24/2014 e o acolhimento legislativo da jurisprudência do TJUE⁶⁴

adjudicação desse contrato, conta entre os seus associados não só entidades pertencentes ao sector público mas também instituições privadas de solidariedade social que exercem actividades sem fins lucrativos, o requisito relativo ao «controlo análogo», estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para que a adjudicação de um contrato público possa ser considerada uma operação «in house», não está preenchido; II – No caso, em que está em causa um contrato de prestação de serviços que estão incluídos no Anexo II-B da Directiva 2004/18/CE, a circunstância de, ao tempo da sua celebração, o SUCH, enquanto entidade adjudicatária, integrar nos seus associados instituições privadas, ainda que de solidariedade social e sem fins lucrativos, impede que o CHS, enquanto «entidade adjudicante», e associada do SUCH, possa exercer sobre a actividade deste último um «controlo análogo» ao que exerce sobre os seus próprios serviços”).

⁶³ TAVARES & DENTE, 2009, p. 107; LEITÃO, Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”, 2007, n.º 65, pp. 22-23.

⁶⁴ As demais diretivas da contratação pública também contêm disposições sobre os contratos entre entidades do sector público: artigo 28.º da Diretiva 2014/25 e o artigo 17.º na Diretiva 2014/23 (sobre as concessões). Segundo LAURENT RICHER, a Diretiva Setores especiais trata de forma idêntica a questão, (Richer, 2014, 143, p. 32). Artigo 28.º Contratos entre autoridades adjudicantes.

O legislador comunitário aproveitou a revisão das Diretivas sobre contratação pública para sistematizar as situações da cooperação entre entidades adjudicantes que não estavam submetidas às regras da concorrência ali vertidas. Por razões de certeza jurídica,

1. Um contrato adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

a) A autoridade adjudicante exerce sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) Mais de 80 % das atividades dessa pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas por tal autoridade adjudicante;

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Considera-se que uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na aceção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada. Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa coletiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante.

2. O n.º 1 aplica-se igualmente quando a pessoa controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem poder de bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

3. Uma autoridade adjudicante que não exerce controlo sobre uma pessoa coletiva regida por direito público ou privado na aceção do n.º 1 pode, no entanto, adjudicar um contrato público sem aplicar a presente diretiva a essa pessoa coletiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

a) A autoridade adjudicante exerce conjuntamente com outras autoridades adjudicantes sobre essa pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) Mais de 80 % das atividades dessa pessoa coletiva são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pelas autoridades adjudicantes que a controlam ou por outras pessoas coletivas controladas pelas mesmas autoridades adjudicantes;

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Para efeitos da alínea a) do primeiro parágrafo, considera-se que as autoridades adjudicantes exercem conjuntamente um controlo sobre uma entidade jurídica quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

i) os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes. Várias ou todas as autoridades adjudicantes participantes podem fazer-se representar por representantes individuais,

ii) essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada,

iii) a pessoa coletiva controlada não visa quaisquer interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.

4. Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando se verificarem todas as seguintes condições:

a) O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum;

b) A execução dessa cooperação é regida unicamente por considerações de interesse público;

c) As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação.

5. Para determinar a percentagem de atividades referida no n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b), no n.º 3, primeiro parágrafo, alínea b), e no n.º 4, alínea c), é tida em conta a média do volume de negócios, ou uma adequada medida alternativa baseada na atividade, por exemplo os custos suportados pela pessoa coletiva em causa no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato.

Se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios ou a adequada medida alternativa baseada na atividade não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades”.

sistematização e clarificação das hipóteses que a jurisprudência comunitária vinha desenvolvendo. Aliás, expressamente afirmadas no considerando 31: *“Existe uma considerável insegurança jurídica quanto a saber em que medida os contratos celebrados entre entidades do setor público deverão estar sujeitos às regras da contratação pública. A jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia é interpretada de forma diferente pelos Estados-Membros e mesmo pelas autoridades adjudicantes. Por conseguinte, é necessário clarificar em que casos os contratos celebrados dentro do setor público não estão sujeitos à aplicação das regras da contratação pública”*.

De todo modo, LAURENT RICHER não hesita em, ao analisar a opção legislativa contida na Diretiva 2014/24, sustentar que “a jurisprudência Hamburg, como a jurisprudência sobre a *“in house”*, tem fundamentos políticos”⁶⁵.

A solução jurídica vertida designadamente no artigo 12.º da Diretiva 2014/24 (e que também mereceu atenção das Diretivas dos setores especiais e das concessões) sistematiza a doutrina pretoriana, pretendendo conferir-lhe coerência mas foi mais além, inovando a construção jurisprudencial em alguns aspetos⁶⁶. Algumas das disposições do artigo 12.º são criticados pela doutrina, designadamente pela dispersão normativa como MARTÍN BURGI^{67 68}. Além disso, a própria inserção sistemática do artigo 12.º é alvo de críticas: “apenas o que em princípio é aplicável pode ser excluído”⁶⁹.

Ora, é precisamente as inovações do legislador comunitário que iremos sublinhar e que porventura impõem, aquando da transposição para o ordenamento português, alterações no CCP.

O artigo 12.º da Diretiva 2014/24 veio verter em lei a construção jurisprudencial que atrás brevemente enunciamos. O teor das disposições, mais do que excecionar a aplicação da Diretiva, prevê a possibilidade de ela não ser de aplicar...

3.1. Os n.ºs 1 a 3 do referido artigo consagram a doutrina Teckal, ou a cooperação vertical⁷⁰:

“1. Um contrato público adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

⁶⁵ RICHER, 2014, 143, p. 33. No mesmo sentido, DABRETEAU, 2015, p. 1.

⁶⁶ BURGI, 2014, p. 51. No mesmo sentido, RICHER, 2014, 143, p. 32; DABRETEAU, 2015, p. 1; WIGGEN, *Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector*, 2014, 3, p. 84; MCGOWAN, 2013, 6, p. 234.

⁶⁷ MARTÍN BURGI critica a dispersão normativa pelos vários n.ºs do artigo 12.º, sublinhando que a disposição não cumpre os objetivos da própria diretiva relacionados com a simplificação e certeza e segurança jurídica (BURGI, 2014, pp. 52-53).

⁶⁸ Vide, por exemplo, ARROWSMITH, 2014, p. 501.

⁶⁹ BURGI, 2014, p. 53.

⁷⁰ De qualquer modo, o n.º 2 do artigo 12.º, na opinião de JANICKE WIGGEN, estabelece que a exceção da doutrina *in house* “pode ser aplicada à cooperação institucionalizadas nas constelações horizontal e vertical reversa”, WIGGEN, *Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector*, 2014, 3, p. 87.

a) A autoridade adjudicante exerce sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) Mais de 80 % das atividades da pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante; e

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Considera-se que uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na aceção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada. Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa coletiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante”⁷¹.

Consegue-se desde logo identificar as condições pretorianas:

i) Condição de controlo - influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada e quando uma pessoa coletiva controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada (n.º 2 do artigo 12.º).

Impõe-se todavia sublinhar que o n.º 3 do artigo 12.º, referindo-se às situações em que não há o controlo previsto no n.º 1, ainda assim a Diretiva pode ser afastada se se verificarem os requisitos elencados nos n.ºs anteriores: controlo conjunto [alínea a)], esclarecendo-se de seguida que “*para efeitos da alínea a) do primeiro parágrafo, considera-se que as autoridades adjudicantes exercem conjuntamente um controlo sobre uma pessoa coletiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:*

i) Os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes. Várias ou todas as autoridades adjudicantes participantes podem fazer-se representar por representantes individuais,

⁷¹ Referindo-se à alteração da legislação quanto às implicações da presença direta ou indireta de capital privado, WIGGEN, Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 85.

ii) Essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada,

iii) A pessoa coletiva controlada não persegue quaisquer interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.”⁷²

ii) Condição da essencialidade da atividade - Mais de 80 % das atividades da pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante; o legislador optou pelo critério quantitativo, mais certo, admitindo uma atividade residual mas exigindo que a atividade se relacione diretamente com a entidade adjudicante que exerce o controlo⁷³. O requisito da atividade não parece aplicar-se nas situações previstas no n.º 2 do artigo 12.º, o que tem merecido críticas da doutrina⁷⁴. Veja-se o que se dispõe no n.º 2: “O n.º 1 aplica-se igualmente quando uma pessoa coletiva controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada”. Trata-se da designada cooperação vertical invertida. A remissão da disposição é para o n.º 1 que engloba três alíneas ou apenas para o corpo do n.º 1? De todo modo, a doutrina que critica a falta de clareza, entende que o requisito da atividade se deveria aplicar.

O n.º 5 do artigo 12.º vem esclarecer que critério se deve utilizar para integrar os 80% é “o volume médio total de negócios, ou uma medida alternativa adequada, baseada na atividade, por exemplo os custos suportados pela pessoa coletiva em causa ou pela autoridade contratante no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato”, acrescentando e resolvendo a questão da não manutenção do preenchimento do requisito que “se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou a autoridade contratante devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios, ou a medida alternativa adequada baseada na atividade, não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades”⁷⁵.

O Tribunal de Justiça tem evitado a definição de uma percentagem fixa.

⁷² Para WAUTERS, trata-se da consagração da jurisprudência contida no Acórdão *Coditel* (in WAUTERS, 2014, p. 188.)

⁷³ Resulta do n.º 3 do artigo 12.º e tem origem nos Acórdãos *Asemfo*, *Coditel*, *Sea* e *Econord*.

⁷⁴ ARROWSMITH, 2014, p. 519); WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3.

⁷⁵ Comentando a opção do legislador comunitário, a propósito do Acórdão C -574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal*, BROWN, 2014 (n.º 5), p. 137.

iii) De forma expressa, a Diretiva prescreve a terceira condição – ausência de capital privado: *“não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada”*. A proposta inicial da Comissão ia no sentido de total ausência de capital privado, mas foi criticada tal opção devido a soluções internas de Estados membros cuja legislação, em algumas situações requeriam precisamente a participação de capital privado. A versão definitiva não foi nesse sentido, tendo ficado por uma formulação que não rigidifica o sistema.

A prescrição da Diretiva, na linha do que decorre do considerando 32, significa que “o capital privado indireto na pessoa controlada não excluiu a doutrina in-house”, significando inclusive, que pode haver capital privado, desde que nos termos da letra c) do n.º 1⁷⁶. Esta opção legislativa vem flexibilizar a atuação das entidades públicas. A flexibilidade consagrada pode contudo ser nefasta para o interesse público da concorrência. Contudo, a alínea b), ao consagrar uma percentagem de capital vem, por seu turno, dar alguma segurança jurídica nesta matéria⁷⁷.

3.2. A doutrina Hamburg, ou cooperação horizontal, está vertida no artigo 12.º, n.º 4, como uma “limitação do objetivo da diretiva mais do que uma exceção” (SUE ARROWSMITH)⁷⁸. Originalmente, o artigo 12.º impunha uma cooperação genuína entre entidades contratantes, o que acabou por não ficar vertido na versão final. As entidades públicas têm liberdade de escolha da forma de cooperação⁷⁹. O legislador comunitário alargou subjetivamente os potenciais contratantes, deixando de ser requisito ser entidade pública. Pode ser entre uma entidade desta natureza com outro poder adjudicatário⁸⁰.

Estão consagradas as várias condições pretorianas (*Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições*):

i) Desempenho conjunto de tarefas públicas: *“O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum”* – apenas estão mencionados os objetivos que, aparentemente não precisam de ser idênticos, podendo ser complementares⁸¹;

⁷⁶ WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, pp. 85-86.

⁷⁷ Referindo-se a estes dois aspetos, WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 86. Vide também OLYKKE & ANDERSEN, 2015 (n.º 1), p. 9.

⁷⁸ ARROWSMITH, 2014, p. 527. No sentido de que, mais do que exceção, as construções jurisprudenciais caem fora do escopo das diretivas, KARAYIGIT, 2010, 6, p. 197; WILLIAMS, 2012, 1, p. 8.

⁷⁹ Isto mesmo foi sublinhado no Acórdão *Hamburg*, parágrafo 47.

⁸⁰ Parece contudo que este alargamento se basta na Diretiva concessões.

⁸¹ Cfr. Considerando 33.

ii) Condição da atividade [c) *As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação*], que deve ser interpretado com recurso ao critério estabelecido no n.º 5 do mesmo artigo.

A Diretiva não se refere especificamente à participação de capital privado na doutrina Hamburg, embora estivesse na proposta da Comissão. SUE ARROWSMITH entende que a ausência apenas pode significar que o requisito não se aplica a esta limitação⁸².

iii) Condição de atividade pública - *A execução da referida cooperação é unicamente regida por considerações de interesse público.*

Na construção jurisprudencial, deveria existir competência das entidades em relação ao serviço público. O legislador comunitário também aqui foi mais longe e, no considerando 47 da Diretiva das concessões, por exemplo, disse: *“Os serviços prestados pelas diferentes autoridades ou entidades participantes não têm de ser necessariamente idênticos, podendo ser também complementares”*; o mesmo reafirmado no artigo 17.º, n.º 4: *“Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes a que se refere o artigo 7.º, n.º 1, alínea a), não é abrangido pelo âmbito de aplicação da presente diretiva se estiverem preenchidas todas as seguintes condições:*

a) O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum”.

A codificação destas duas exceções mereceu, apesar das críticas pontuais, uma apreciação positiva global⁸³.

3.3. No que respeita aos contratos de transferência de atribuições e competências, a Diretiva é explícita no n.º 6 do artigo 1.º: *“Os acordos, decisões ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre autoridades adjudicantes ou agrupamentos de autoridades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração pela execução dos contratos, são considerados uma questão de organização interna dos Estado-Membro em causa e, como tal, não são de forma alguma afetados pela presente diretiva”*. Repare-se que não se trata de excecionar/limitar a aplicação da Diretiva; estruturalmente, esta prescrição normativa encontra-se no âmbito de definição de aplicação da Diretiva.

3.4. Relativamente aos contratos com entidades que detêm direitos exclusivos, a Diretiva de 2014 não alterou as disposições da Diretiva anterior: *“a presente diretiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma autoridade adjudicante a outra autoridade adjudicante ou a uma associação de autoridades adjudicantes com base num direito exclusivo*

⁸² ARROWSMITH, 2014, p. 528.

⁸³ BURGI, 2014, p. 65.

de que estas beneficiem em virtude de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o TFUE”.

3.5. O mesmo já não se poderá dizer do regime das centrais de compras. Está previsto no artigo 37.º da Diretiva. Uma das principais alterações respeita à responsabilidade assumida por estas entidades para cumprir a Diretiva aquando compra bens e serviços para revender a autoridades contratantes, retirando-se a estes últimos a responsabilidade pelo incumprimento dos procedimentos: *“A autoridade adjudicante cumpre as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva ao adquirir fornecimentos ou serviços de uma central de compras que ofereça a atividade de compras centralizadas referida no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alínea a).*

Além disso, a autoridade adjudicante cumpre igualmente as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva ao adquirir obras, fornecimentos ou serviços, utilizando contratos adjudicados pela central de compras, recorrendo a sistemas de aquisição dinâmicos operados pela central de compras ou, na medida estabelecida no artigo 33º, n.º 2, segundo parágrafo, utilizando um acordo-quadro celebrado pela central de compras que oferece a atividade de compra referida no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alínea b). (artigo 37.º, n.º 2).

Sob a égide do n.º 4 do artigo 37.º, é admissível a aquisição de serviços centralizados a uma central de compras, sem observância da Diretiva, incluindo atividades auxiliares: *“As autoridades adjudicantes podem adjudicar um contrato público de serviços para a prestação de atividades de compras centralizadas a uma central de compras, sem aplicar os procedimentos previstos na presente diretiva.*

Esses contratos públicos de serviços podem também incluir a prestação de atividades de aquisição auxiliares”. Por fim, cabe sublinhar que a Diretiva prevê no n.º 2 do artigo 39.º que *“os Estados-Membros não podem proibir as suas autoridades adjudicantes de recorrer a atividades de compras centralizadas oferecidas por centrais de compras situadas noutro Estado-Membro.*

No que diz respeito às atividades de compras centralizadas oferecidas por uma central de compras situada num Estado-Membro que não o da autoridade adjudicante, os Estados-Membros podem, no entanto, optar por especificar que as respetivas autoridades adjudicantes só podem recorrer às atividades de compras centralizadas definidas no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alíneas a) ou b)”.

4. Questões que se podem colocar a propósito das formas de cooperação entre entidades adjudicantes

Podia pensar-se que pelo facto de estarmos perante contratos celebrados em cooperação, tais contratos não colocariam problemas de resolução de litígios.

Há desde logo as questões relativas ao procedimento de formação desses mesmos contratos e as questões de legitimidade na intervenção nesse procedimento.

4.1. Procedimentalização

A formação dos contratos entre entidades adjudicantes está sujeito a procedimento de formação da vontade de ambas as partes. Trata-se de um procedimento interno a cada uma das partes contratuais, pelo que haverá tantos procedimentos internos quantas as partes⁸⁴, variando a natureza de tal procedimento com a natureza das entidades envolvidas.

Ora esta específica circunstância aumenta a possibilidade de litigiosidade, na medida em que em cada procedimento podem surgir atos suscetíveis de impugnação judicial. O que nos reconduz de imediato à questão da legitimidade para o efeito. Ora a legitimidade impugnativa está, por sua vez, implicada na legitimidade de intervenção no procedimento. Dependendo do tipo de cooperação, haverá, na perspetiva da legitimidade procedimental, que ter em consideração a nova regulamentação da relação procedimental que consta do CPA, designadamente dos artigos 65.º e ss.:

Artigo 65.º Sujeitos da relação jurídica procedimental

1 - São sujeitos da relação jurídica procedimental:

- a) Os órgãos das entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º, quando competentes para a tomada de decisões ou para a prática de atos preparatórios;*
- b) Os particulares legitimados nos termos do n.º 1 do artigo 68.º;*
- c) Pessoas singulares e coletivas de direito privado, em defesa de interesses difusos, segundo o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 68.º;*
- d) Os órgãos que exerçam funções administrativas, nas condições previstas no n.º 4 do artigo 68.º*

2 - Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se interessados no procedimento os sujeitos da relação jurídica procedimental referidos nas alíneas b), c) e d) do número anterior que como tal nele se constituam, ao abrigo de um dos títulos de legitimação previstos no artigo 68.º

(...)

Artigo 68.º Legitimidade procedimental

⁸⁴ Estes contratos podem integrar mais do que duas partes. Pense-se na modalidade de acordos endoprocedimentais, por exemplo.

1 - *Têm legitimidade para iniciar o procedimento ou para nele se constituírem como interessados os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins.*

2 - *Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural:*

a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;

b) As associações e fundações representativas de tais interesses;

c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respetivas circunscrições.

3 - *Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e de autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localizado o bem defendido.*

4 - *Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões.*

Portanto, na formação dos contratos que concretizam cooperação entre entes públicos, designadamente as que seja entidades adjudicantes na perspetiva do CCP, e em tudo o que não contenda com regimes especiais, deverão ter-se em consideração as novas formulações de legitimidade. Em particular, a prevista na alínea d) do n.º 1 do artigo 65.º e depois concretizada no n.º 4 do artigo 68.º

De qualquer modo, há acordos de cooperação, por exemplo no domínio de transferência de atribuições/competências que implicam interesses tutelados pela lei de participação procedimental e ação popular (educação, saúde, urbanismo, ambiente) que deverão acolher a participação de titulares de interesses deste tipo.

Do mesmo passo, os acordos de cooperação ao nível do procedimento, designadamente os relativos à concretização de conferências procedimentais.

Estas questões são da maior relevância porquanto a legitimidade procedimental será importante para determinar a legitimidade processual.

Nos contratos de cooperação que implicam relações multipolares, a complexidade do procedimento de formação transmite-se à execução do contrato e à eventual litigiosidade do mesmo.

Apesar de, como diz ALEXANDRA LEITÃO, a “formação dos contratos interadministrativos tem sido marcada, desde sempre, por uma significativa informalidade”⁸⁵, a verdade é que os ventos de mudança em sede procedimental quanto à proteção dos sujeitos da relação jurídica, ditarão a necessidade de algum cuidado naqueles procedimentos. Veja-se por exemplo os contratos previstos na Lei 75/2013.

Acresce que após a formação “interna” da vontade de uma das entidades contratantes, pode surgir a fase de controlo extrínseco, formalizada por atos de aprovação ou autorização de cabimento orçamental. Estamos no domínio das relações de tutela e superintendência. Trata-se de atos que tem consequências ao nível da eficácia.

Quanto ao procedimento externo, a maior parte destes contratos, como vimos, têm uma natureza intrinsecamente pessoal, pelo que fora dos casos em que os contratos entre entidades públicas estão submetidas as regras da Parte II do CCP, há, como vimos, uma certa informalidade procedimental.

Contudo, o artigo 5.º do CCP, no seu n.º 6, impõe que os contratos excluídos da aplicação do CCP, entre outros, se sujeitem às regras do CPA. Continua o legislador a querer evitar que o recurso ao contrato signifique a tentativa de subtração às regras procedimentais ou ao cumprimento de regras que, não fora a opção de escolha de formas de atuação, sempre teriam de ser cumpridas. E há terceiros a ser protegidos. Tem particular aplicabilidade a contratos que substituam atos administrativos ou sobre o exercício de poderes públicos ou contratos que concretizam a doutrina Teckal ou Hamburg.

Ora é precisamente pelo facto de terceiros poderem ser afetados que se deve permitir que intervenham no procedimento – trata-se da concretização do critério de legitimidade procedimental que o CPA veio alargar não só a associações, independentemente dos interesses que prossigam, mas também a órgãos *“pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões.”*

4.2. Exemplos de questões sobre contratos de cooperação⁸⁶

⁸⁵ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 314.

⁸⁶ Socorremo-nos para ilustração deste § da obra de ALEXANDRA LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 528 e ss.

- a) Uma das mais pertinentes questões prende-se com a questão da legitimidade processual ativa para as ações administrativas comuns (sobre validade ou execução) relativas a contratos interorgânicos. Pode um órgão propor ação contra outro órgão?
- b) Nos contratos relativos à conclusão de uma conferência procedimental, ALEXANDRA LEITÃO coloca a dúvida de saber se as partes participantes podem impugná-lo⁸⁷. Como as conferências procedimentais não são identificáveis como órgãos, não haverá razões para não poder o resultado contratual de tal instrumento ser impugnado como contrato que é;
- c) Contratos celebrados no domínio da doutrina Teckal ou Hamburg: os particulares afastados de um procedimento pré-adjudicatário podem impugnar o procedimento por falta de preenchimento dos pressupostos daquela doutrina. No mesmo universo, ainda que perfeitamente admissível a celebração do contrato, podem colocar-se outras questões de validade do contrato celebrado;
- d) Contratos sobre o exercício de poderes públicos (para a produção de atos administrativos e contratos normativos), podem terceiros impugnar o próprio contrato se lesados pelo ato ou norma? E quem são terceiros? Não serão só particulares, podendo ser entidades públicas (exemplo, os municípios nos contratos de concessão de gestão de resíduos nos sistemas multimunicipais)⁸⁸;
- e) Contratos de transferência de atribuições: terceiros encontrarão fonte de legitimidade? Talvez à luz das regras da ação popular.

4.3. Contencioso destes contratos

A abordagem à luz deste tópico destina-se em exclusivo a tentar fazer a ligação entre as questões de legitimidade procedimental às soluções presentes e, brevemente futuras, de legitimidade processual aquando da existência de litígios provenientes de contratos entre entidades adjudicantes do tipo que temos vindo a falar.

A questão de legitimidade processual nesta sede releva nas ações sobre contratos – artigo 40.º do CPTA:

“1 - Os pedidos relativos à validade, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos:

- a) Pelas partes na relação contratual;*

⁸⁷ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 531.

⁸⁸ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 533.

- b) Pelo Ministério Público e pelas demais pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;⁸⁹*
- c) Por quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adotado o procedimento pré-contratual legalmente exigido;*
- d) Por quem tenha impugnado um ato administrativo relativo à formação do contrato;*
- e) Por quem, tendo participado no procedimento que precedeu a celebração do contrato, alegue que o clausulado não corresponde aos termos da adjudicação;*
- f) Por quem alegue que o clausulado do contrato não corresponde aos termos inicialmente estabelecidos e que justificadamente o tinham levado a não participar no procedimento pré-contratual, embora preenchesse os requisitos necessários para o efeito;*
- g) Pelas pessoas singulares ou coletivas titulares ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos aos quais a execução do contrato cause ou possa previsivelmente causar prejuízos.*

2 - Os pedidos relativos à execução de contratos podem ser deduzidos:

- a) Pelas partes na relação contratual;*
- b) Pelas pessoas singulares e coletivas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas.*
- c) Pelo Ministério Público, quando se trate de cláusulas cujo incumprimento possa afetar um interesse público especialmente relevante;*
- d) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;*
- e) Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato.*

Portanto, o legislador diferencia a legitimidade em função do pedido: mais amplo se o pedido disser respeito à validade; mais restrita no caso de pedidos relativos à execução.

De qualquer dos modos, há remissão expressa para o artigo 9.º do CPTA que disciplina genericamente a questão da legitimidade e que deve ser lido com a legitimidade procedimental.

⁸⁹ No sentido de que esta alínea “mais não faz, portanto, do que consagrar a ação popular no âmbito das ações relativas à validade dos contratos”, ALMEIDA & CADILHA, 2010, p. 265.

Claro que há fontes de legitimidade que não se aplicarão. Por exemplo, nos contratos que caíam nas exceções de aplicação das regras de contratação pública, designadamente os contratos celebrados no domínio das relações *in house*, parece não ser aplicável às posições de legitimidade que decorrem da existência de um procedimento pré-contratual (externo).

Contudo, como sustenta ALEXANDRA LEITÃO, na sequência do entendimento de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA⁹⁰, parece que será de aplicar a regra do artigo 37.º, n.º 2, alínea j), do CPTA⁹¹. Nos contratos interorgânicos, afirma-se a legitimidade dos órgãos envolvidos no artigo 55.º, n.º 1, alínea d), em relação a atos administrativos e que hoje deve ser lida em relação à legitimidade procedimental prevista no artigo 68.º, n.º 4, do CPA. A legitimidade dos órgãos releva por exemplo para efeitos dos contratos que podem ser firmados no âmbito de conferências procedimentais⁹².

No projeto de revisão do CPTA, constante da página do Governo, o artigo 77.ºA regula a questão da legitimidade para os contratos:

“Artigo 77.º-A Legitimidade 1 – Os pedidos relativos à validade, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos:

a) Pelas partes na relação contratual;

b) Pelo Ministério Público, em situações de grande relevância jurídica ou social ou de ilegalidade grave e ostensiva;

c) Por quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adotado o procedimento pré-contratual legalmente exigido;

d) Por quem tenha impugnado um ato administrativo relativo ao respetivo procedimento e alegue que a invalidade decorre das ilegalidades cometidas no âmbito desse procedimento;

e) Por quem, tendo participado no procedimento que precedeu a celebração do contrato, alegue que o clausulado não corresponde aos termos da adjudicação;

f) Por quem alegue que o clausulado do contrato não corresponde aos termos inicialmente estabelecidos e que justificadamente o tinham levado a não participar no procedimento pré-contratual, embora preenchesse os requisitos necessários para o efeito;

g) Pelas pessoas singulares ou coletivas titulares ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos aos quais a execução do contrato cause ou possa causar prejuízos;

⁹⁰ ALMEIDA & CADILHA, 2010, p. 251.

⁹¹ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 530. No sentido da legitimidade dos órgãos, GONÇALVES, 2002, n.º 35; em sentido contrário, ANDRADE, 2014, p. 199.

⁹² Colocando esta hipótese, LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 531. A favor da legitimidade dos órgãos, GONÇALVES, 2002, n.º 35.

h) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º.

(...)

3 – Os pedidos relativos à execução de contratos podem ser deduzidos:

a) Pelas partes na relação contratual;

b) Pelas pessoas singulares e coletivas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas;

c) Pelo Ministério Público, quando se trate de cláusulas cujo incumprimento possa afetar um interesse público especialmente relevante;

d) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;

e) Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato”.

5. Os agrupamentos de entidades adjudicantes e as questões da fase do procedimento - nótulas

A propósito desta forma de cooperação, as questões que se podem vir a colocar relacionam-se com a formação do contrato público e com as imposições que resultam ainda hoje do artigo 39.º do CCP.

Vamos então enunciá-las:

a) *“A decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a decisão de qualificação dos candidatos e a decisão de adjudicação devem ser tomadas conjuntamente pelos órgãos competentes de todas as entidades adjudicantes que integram o agrupamento” – n.º 3 do artigo 39.º;*

A doutrina aponta no sentido do exercício da competência ser por unanimidade. Este agrupamento, por força das razões que levaram à sua formação, ainda que informal, apresenta-se como uma única entidade face aos opositores do concurso. Daí, inclusive, a existência de um responsável que representa o agrupamento no procedimento.

A propósito de cada ato (que funciona na minha perspetiva como ato pressuposto da adjudicação), todas as questões de vícios quanto ao sujeito (atribuições, competência e legitimação – e aqui a problemática da regularidade de formação de vontade de órgãos colegiais) se colocam: para a decisão de contratar, decisão de escolha do procedimento, qualificação de candidatos (quando aplicável) e adjudicação.

b) Decisão de contratar: prevista no artigo 36.º do CCP⁹³. Nesta situação em concreto, há exigências específicas de fundamentação – a decisão há-de demonstrar o tal propósito comum que justifica o agrupamento; *quid iuris*, se não existir o dito fundamento [artigo 39.º, n.º 1, alínea a)];

c) Escolha do procedimento: existem desde logo as limitações imperativas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 39.º

Mas releva aqui também a escolha dos documentos do suporte do procedimento, uma vez que estamos a falar de uma decisão complexa. Se tradicionalmente é uma decisão objetivamente complexa, pelo que implica de decisões, na situação de agrupamento, junta-se-lhe a complexidade subjetiva. Não há apenas a decisão de escolha do procedimento mas também dos documentos do concurso onde poderá constar, por exemplo, o regime da responsabilidade de cada entidade integrante do agrupamento.

Este tipo de atos – administrativos, na minha perspetiva, mesmo perante a nova noção de ato administrativo constante do artigo 148.º do CPA – se não cumprirem os requisitos legais, em particular o do tipo de procedimento, estarão sujeitos à regra da nulidade da adjudicação, por preterição do procedimento devido – cfr. o disposto na alínea j) do n.º 2 do artigo 161.º.

Ora a verificação da invalidade de atos do procedimento pré-contratual depende de meio processual específico e a questão da legitimidade processual ativa será resolvida pelo artigo 55.º (são atos administrativos) e a passiva, questão aqui mais complexa, pelo artigo 10.º do CPTA⁹⁴. A legitimidade prevista no processo é já alargada, indo nesta matéria ao encontro das opções do legislador do procedimento.

Por exemplo, se outro órgão de uma pessoa coletiva que integra o agrupamento entender que deve reagir contra algum destes atos, poderá fazê-lo se houver conexão com as suas competências. Mas já não o órgão que integra, em representação da entidade, o agrupamento, uma vez que todos têm de participar efetivamente na tomada de decisão. A complexidade será ainda mais evidente quando estamos a falar de órgãos colegiais ou em pessoas coletivas onde operam fenómenos de delegação de poderes.

No projeto de revisão do CPTA disponível na página do Governo, a questão da legitimidade processual quanto aos atos administrativos está tratada da seguinte forma:

“1 - Tem legitimidade para impugnar um ato administrativo:

a) *Quem alegue ser titular de um interesse direto e pessoal, designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos;*

⁹³ “1 - O procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, podendo essa decisão estar implícita nesta última. 2 - Quando o contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, a decisão de contratar cabe ao órgão desta que for competente para o efeito nos termos da respectiva Lei Orgânica ou dos seus estatutos”.

⁹⁴ Cfr. o disposto no artigo 100.º, n.º 1.

b) O Ministério Público, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º;

c) Entidades públicas e privadas, quanto aos direitos e interesses que lhes cumpra defender;

d) Órgãos administrativos, relativamente a atos praticados por outros órgãos da mesma pessoa coletiva pública que alegadamente comprometam as condições do exercício de competências legalmente conferidas aos primeiros para a prossecução de interesses pelos quais esses órgãos sejam directamente responsáveis;

e) Presidentes de órgãos colegiais, em relação a atos praticados pelo respetivo órgão, bem como outras autoridades, em defesa da legalidade administrativa, nos casos previstos na lei;

f) Pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º.

2 - A qualquer eleitor, no gozo dos seus direitos civis e políticos, é permitido impugnar as decisões e deliberações adoptadas por órgãos das autarquias locais sediadas na circunscrição onde se encontre recenseado, assim como das entidades instituídas por autarquias locais ou que destas dependam.

3 - A intervenção do interessado no procedimento em que tenha sido praticado o ato administrativo constitui mera presunção de legitimidade para a sua impugnação”.

6. Conclusões

- 1.^a A questão da cooperação entre entidades adjudicantes é muito complexa;
- 2.^a Em ordem a esclarecer alguma dessa complexidade, importa situar a reflexão nos conceitos de entidade adjudicante e cooperação;
- 3.^a O conceito de entidade adjudicante (ou autoridade adjudicante) resulta da construção comunitária e foi recebida na legislação nacional no artigo 2.º do CCP;
- 4.^a A nova Diretiva não pretende alterar o conceito já implementado mas apenas reforçar os respetivos contornos;
- 5.^a O conceito de cooperação pode ser analisado – foi esta a opção – numa dupla vertente: a cooperação entre entidades adjudicantes e a cooperação como entidade adjudicante;
- 6.^a Cada um dos tipos de cooperação coloca diferentes problemas;
- 7.^a A cooperação entre entidades adjudicantes foi a que mais atenção recebeu na nova Diretiva;
- 8.^a Quanto à cooperação entre entidades adjudicantes, importa identificar tipos de contratos:
 - a. Contratos sobre competências;
 - b. Contratos procedimentais;
 - c. Contratos normativos;
 - d. Contratos-Plano;
 - e. Contratos institucionais
 - f. Contratos sujeitos à concorrência de mercado;
 - g. Contratos sobre imóveis.
- 9.^a A reflexão centrou-se nos contratos entre entidades que as Diretivas excluem a aplicação das suas regras;
- 10.^a Foi analisada então a doutrina jurisprudencial sobre as relações *in house*, cooperação vertical; as relações de cooperação horizontal; os contratos sobre a transferência de competências; os contratos sobre direitos exclusivos e as centrais de compras;

11.ª A Diretiva 2014/24 veio, num esforço de certeza e segurança jurídicas, detalhar os requisitos de aplicação das exceções, no artigo 12.º;

12.ª Trata-se da consagração da doutrina Teckal nos n.ºs 1 a 3 do artigo 12.º; da doutrina Hamburg no n.º 4 do artigo 12.º;

13.ª O n.º 6 do artigo 1.º regula os contratos sobre exercício de competências;

14.ª As centrais de compras estão reguladas no artigo 37.º;

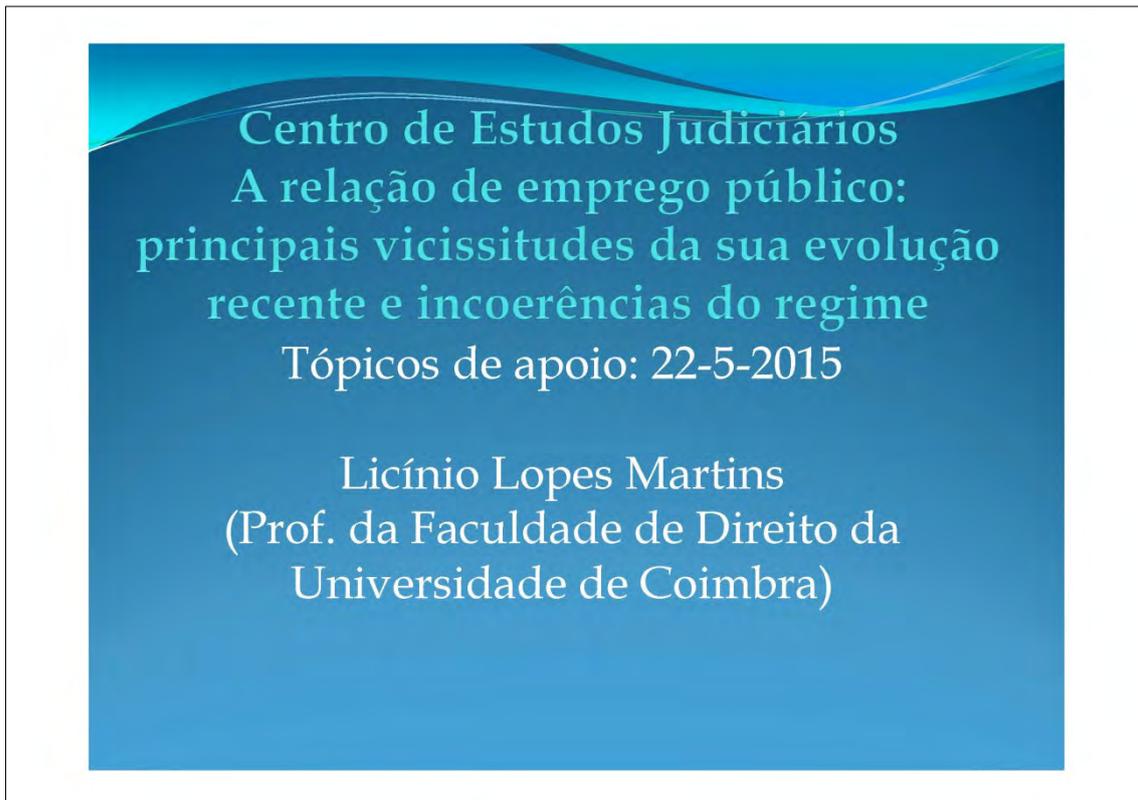
15.ª Tentou-se por fim identificar as questões jurídicas, em particular de validade, que estas formas de cooperação podiam levantar;

16.ª Permitiu concluir que são muitas, complexas e diversificadas consoante o tipo de cooperação de que estejamos a falar que ficaram muitas outras questões por identificar.



4. Relações Laborais da Administração Pública

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO ¹**Licínio Lopes*****Apresentação em PowerPoint**

¹ O presente texto corresponde à versão apresentada na ação de formação “Temas de Direito Administrativo”, com o tema “A responsabilidade civil da Administração por erros e deficiências de projeto e construção”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 22 de maio de 2015.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1 - O regime "clássico" da relação de emprego público

1. A relação jurídica de emprego na Administração Pública constituía-se por nomeação ou por contrato de pessoal: artigos 5.º do Decreto-Lei n.º 184/89 e 3.º do Decreto-Lei n.º 427/89

1.1. O regime-base de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública no direito anterior à Lei n.º 12-A/2008 constava:

- Do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, 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, que definiam o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública;

- E do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, estabelecia os princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da função pública

1.1.1. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o regime destes diplomas

"os princípios fundamentais do regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública são definidos pelo Decreto-Lei 184/89, de 2 de Junho e pelo Decreto-Lei 427/89, de 7 de Dezembro, que se configuram, em conjunto, como verdadeira lei-quadro nesta matéria, abrangendo a disciplina básica neles estabelecida grande parte da Administração - mesmo descentralizada - integrada pelos institutos públicos, nas modalidades de serviços personalizados do Estado e de fundações públicas" (cfr. os Acórdãos n.ºs 36/96 e 129/99 do Tribunal Constitucional)

1.2. O contrato de pessoal na Administração podia assumir as seguintes modalidades - artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 184/89, sobre o “Contrato de pessoal”:

“1 - O contrato de pessoal é um acto bilateral, nos termos do qual se constitui uma relação transitória de trabalho subordinado.

2 - As formas de contrato de pessoal admitidas eram:

- a) O contrato administrativo de provimento;
- b) O contrato de trabalho a termo certo”

1.2.1. O contrato de trabalho a termo certo - artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 184/89

i) A natureza excepcional da utilização do contrato a termo: o exercício transitório de funções de carácter subordinado de duração previsível que não pudessem ser desempenhadas por nomeados ou contratados em regime de direito administrativo poderia, excepcionalmente, ser assegurado por pessoal a contratar segundo o regime do contrato de trabalho a termo certo

ii) A remissão para o regime da lei geral do trabalho: o contrato a termo obedecia ao disposto na lei geral do trabalho sobre contratos de trabalho a termo, salvo no que respeita à renovação, a qual deveria ser expressa e não podia ultrapassar os prazos estabelecidos na lei geral quanto à duração máxima dos contratos a termo

1.3. Não obstante a afirmada excepcionalidade da admissibilidade do contrato, admitia-se, entretanto, por legislação especial ou avulsa, o contrato individual de trabalho na Administração Pública. Alguns exemplos de diplomas legislativos que viriam a admitir a opção pelo regime do contrato individual de trabalho:

- O Decreto-Lei 133/98, de 15 de Maio, que criou o Instituto Nacional de Aviação Civil;
- Decreto-Lei n.º 342/99, de 25 de Agosto, que criou o Instituto Português de Conservação e Restauro e extinguiu o Instituto de José de Figueiredo;

- O Decreto-Lei 59/2002 de 15 de Março, que criou o Instituto Geográfico Português;
- O Decreto-Lei 96/2003 de 7 de Maio, que criou o Instituto do Desporto de Portugal

1.4. Nesta sequência, pouco tardaria a generalização do contrato individual de trabalho às entidades com o formato de instituto público, através da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro - Lei quadro dos institutos públicos -, que, no seu artigo 34.º, sob a epígrafe “Pessoal”, viria a dispor:

“1 - Os institutos públicos podem adoptar o regime do contrato individual de trabalho em relação à totalidade ou parte do respectivo pessoal, sem prejuízo de, quando tal se justificar, adoptarem o regime jurídico da função pública”.

1.5. E pouco tardaria ainda a generalização do contrato individual de trabalho a toda a Administração Pública: foi o que sucedeu com a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública

1.6. E, neste contexto evolutivo, a problemática do “estatuto constitucional” da função pública e o contrato individual de trabalho na Administração pública celebrado sem a precedência de concurso público de acesso à função pública: a jurisprudência do Tribunal Constitucional

i) A jurisprudência do Tribunal Constitucional, nomeadamente através dos Acórdãos n.ºs 68/99 e 368/00, afirmou a relevância da regra constitucional do concurso como forma de acesso à função pública, pelo que a celebração dos contratos individuais de trabalho deveria ser precedida de um procedimento concursal. Igual jurisprudência seria emitida nos Acórdãos n.º 406/03 e n.º 61/2004

ii) Contudo, no Acórdão n.º 556/99, entendeu que, não obstante o imperativo constitucional do recurso ao concurso público para preenchimento de lugares nos quadros da função pública, o artigo 22º do Decreto-Lei n.º 46/88 surgia como uma derrogação a este regime, a qual, porém, obedecia a imperativos de interesse público, pelo que a desigualdade no tratamento legislativo das situações - ou seja, no caso, na fixação dos critérios de acesso aos quadros de funcionários do Ministério da Defesa Nacional - tinha uma base constitucionalmente aceitável, que justificava a exceção à regra da realização do concurso público. Igual jurisprudência foi firmada no Acórdão n.º 683/99, fixando o entendimento segundo o qual a postergação da regra de concurso carece de uma justificação material

1.7. Ainda outra questão: a regra do concurso e a proibição da conversão do contrato a termo em contrato de duração indeterminada

i) O regime do contrato a termo - Decretos-Lei n.º 184/89, de 2-6, e n.º 427/89, de 7-12 - remetia para o regime jurídico da lei geral do trabalho (p. ex., para o regime da cessação do contrato individual de trabalho e da celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo). Com esta remissão para o regime do contrato de trabalho, que prescrevia a conversão do contrato a termo em contrato de duração indeterminada estava aberta a possibilidade de aplicar ao emprego público este regime da conversão do contrato. Só com o Decreto-Lei n.º 218/99, de 17-6, é que viria a ser estabelecida expressamente a impossibilidade dessa conversão

Mas, entretanto, surgiram problemas:

ii) A jurisprudência do Tribunal Constitucional

O Tribunal Constitucional viria a pronunciar-se diversas vezes no sentido da **inconstitucionalidade das normas** dos Decretos-Lei n.º 184/89, de 2-6, e n.º 427/89, de 7-12, por violação do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, **quando interpretadas no sentido de que os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertiam em contratos de trabalho sem termo**. Assim sucedeu nos Acórdãos n.ºs 683/99, 73/00, 82/00, 84/00, 190/00, 191/00, 201/00, 434/00, 150/01, 172/01, n.º 404/01 e n.º 368/00 (este último, o único com força obrigatória geral)

iii) A proibição de conversão estabelecida no Decreto-Lei n.º 218/99, de 17-6, seria replicada na Lei n.º 23/2004 e, depois, no artigo 92.º, n.º 2, do RCTFP:

“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” - n.º 2 do artigo 92.º do ANEXO I à Lei n.º 59/2008

II - Foi na sequência deste processo que se chegou à já referida generalização do contrato individual de trabalho na Administração Pública - Lei n.º 23/2004, de 22-7, que aprovou o regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública.

Com este regime, as entidades públicas empregadoras passariam a ter dois quadros de pessoal:

- i) Um quadro residual para o pessoal com a qualidade de funcionário público, a extinguir quando vagar;**
- ii) Um quadro de pessoal próprio para os trabalhadores no regime do contrato individual de trabalho**

III - E quatro anos depois, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabeleceu os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas: a generalização do contrato de trabalho em funções públicas

- 1. Os regimes de transição - artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008**
 - a) Os trabalhadores contratados por tempo indeterminado que, à data, exercessem funções nas condições referidas no artigo 10.º transitaram para a modalidade de nomeação definitiva**
 - b) Os trabalhadores contratados por tempo indeterminado que, à data, exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º mantiveram o contrato por tempo indeterminado, mas agora um contrato de trabalho em funções públicas de natureza administrativa**

c) Os trabalhadores nomeados definitivamente que, à data, exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º, mantiveram os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial próprios da nomeação definitiva e transitaram para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado

2. A duplicidade de regimes do contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, na parte relativa às causas de cessação da relação de emprego público:

a) Contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado com causas de cessação próprias do regime da nomeação anterior à Lei 12-A/2008;

b) E contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado com as causas de cessação previstas no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP);

c) Duplicidade que a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que Aprova o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, viria a replicar, na parte dedicada ao **regime de transição entre modalidades de relação jurídica de emprego público** (artigo 17.º): as disposições do Capítulo VII do Título II do Regime, **sobre cessação do contrato, não são aplicáveis aos trabalhadores nomeados definitivamente que**, nos termos do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, **transitaram para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado**

IV - E cerca de seis anos depois, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho - LGTFP)

1. A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas e as “Bases do regime e âmbito da função pública” - artigo 3.º

1.1. Artigo 165.º da CRP (Reserva relativa de competência legislativa), n.º 1, alínea f) “Bases do regime e âmbito da função pública”: **a LGTFP constitui, entre nós, a primeira lei de bases do regime e âmbito da função pública, pois, como aí se diz, constituem normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público - artigo 3.º “Bases do regime e âmbito”:**

a) Os artigos 6.º a 10.º, sobre as **modalidades de vínculo e prestação de trabalho para o exercício de funções públicas**;

b) Os artigos 13.º a 16.º, relativos às fontes e participação na legislação do trabalho;

c) Os artigos 19.º a 24.º, relativos às garantias de imparcialidade;

d) O artigo 33.º, sobre o **procedimento concursal**;

e) Os artigos 70.º a 73.º, sobre direitos, deveres e garantias do trabalhador e do empregador público;

f) Os artigos 79.º a 83.º, relativos às **disposições gerais sobre estruturação das carreiras**;

- g) Os artigos 92.º a 100.º, sobre a **mobilidade**;
- h) Os artigos 144.º a 146.º, sobre **princípios gerais relativos às remunerações**;
- i) Os artigos 176.º a 240.º, sobre o exercício do poder disciplinar;
- j) Os artigos 245.º a 275.º, relativos à **reafecção e requalificação dos trabalhadores**;
- k) Os artigos 288.º a 313.º, relativos à **extinção do vínculo**;
- l) Os artigos 347.º a 386.º, sobre a negociação colectiva.

1.1.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as bases gerais da função pública

- i) Acórdão n.º 142/85 (sobre a reserva de competência legislativa em matéria de bases do regime jurídico da função pública)

ii) Acórdão n.º 794/2013 (sobre o horário de trabalho na Administração Pública);

iii) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013 (sobre a requalificação);

iv) E designadamente o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 793/2013, sobre o horário da função pública nos Açores, no qual se considerou que:

- **por bases do regime da função pública**, devem entender-se aquelas que, num acto legislativo, **definem as opções político-legislativas fundamentais cuja concretização normativa se justifique que seja ainda efectuada por via legislativa de reserva do legislador do Estado**;

- A exigência constitucional de uniformidade de regime em matéria de duração do tempo de trabalho dos trabalhadores em funções públicas constitui uma dessas opções fundamentais;

- Pelo que, se o Governo ou as Assembleias Legislativas das regiões autónomas aprovarem actos legislativos, seja no exercício da sua competência legislativa primária, seja no exercício da sua competência legislativa complementar, que tenham por objecto a modificação ou a definição de opções político-legislativas correspondentes a bases integradas na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, tais actos enfermarão, nessa medida, de inconstitucionalidade orgânica.

1.2. Uma regulamentação exaustiva da relação de emprego público na LGTFP. No entanto, a ampla e exemplificativa remissão para o Código do Trabalho (artigo 4.º da LGTFP):

“1 – É aplicável ao vínculo de emprego público, sem prejuízo do disposto na presente lei e com as necessárias adaptações, o disposto no Código do Trabalho e respectiva legislação complementar com as exceções legalmente previstas, nomeadamente em matéria de: a) Relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação coletiva e entre aquelas fontes e o contrato de trabalho em funções públicas; b) Direitos de personalidade; c) Igualdade e não discriminação; d) Parentalidade; e) Trabalhador com capacidade reduzida e trabalhadores com deficiência ou doença crónica; f) Trabalhador estudante; g) Organização e tempo de trabalho; h) Tempos de não trabalho; i) Promoção da segurança e saúde no trabalho, incluindo a prevenção; j) Comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho; k) Mecanismos de resolução pacífica de conflitos coletivos; l) Greve e *lock-out*”.

1.2.1. A utilização do advérbio “nomeadamente” significa que a remissão para o Código do Trabalho abrange não apenas as matérias indicadas nas alíneas a) a l) do n.º 1 do artigo 4.º da LGTFP, mas quaisquer outras, designadamente as que constem de remissões específicas:

- Artigos 16.º, n.º 2, 26.º, n.º 2, 56.º, n.º 2 e 4, 68.º, n.º 1, 101.º, 106.º, n.º 1, 107.º, n.º 2, 120.º, n.º 1, 122.º, 126.º, n.º 1, 134.º, n.º 4, alínea a), 274.º, n.º 4, alínea a), 293.º, n.º 3, 294.º, n.º 4, 312.º, n.º 1, 314.º, n.º 2, 315.º, 322.º, 324.º, n.º 2, 330.º, 337.º, n.º 2, 341.º, n.º 4 e 394.º, n.º 2

E, depois disto:

1.2.2. O que significa aplicar o Código do Trabalho “*sem prejuízo do disposto na presente lei e com as necessárias adaptações*” e “*com as exceções legalmente previstas*” (artigo 4.º, n.º 1)?

1.2.3. E ainda remissões expressas para o Código do Trabalho que podem suscitar dúvidas:

a) Art.º 26.º da LGTFP (noção de pluralidade de empregadores públicos)

“1 – Os empregadores públicos podem celebrar contratos de trabalho em regime da pluralidade de empregadores nos termos do Código do Trabalho.

2 – Para efeitos do regime referido no número anterior, os empregadores públicos consideram-se sempre em relação de colaboração”

b) A conjugação do “pluriemprego público” com a tendencial impossibilidade de acumulação do exercício de funções públicas (artigo 21.º da LGTFP)

2. A incoerência estrutural do regime: a LGTFP afirma-se como definidora das bases gerais do regime da função pública, mas, simultaneamente, exclui expressamente do seu âmbito sectores da Administração Pública, isto é, pessoas colectivas públicas, embora originariamente abrangidas pela Lei n.º 12-A/2008 - artigo 2.º da LGTFP

2.1. As entidades reguladoras independentes e o Banco de Portugal (artigo 32.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo: aos trabalhadores das entidades reguladoras é aplicado o regime do contrato individual de trabalho)

2.2. E as associações públicas profissionais? Artigo 41.º, n.º 1, da Lei-Quadro das Associações Públicas Profissionais (Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro): aos *“trabalhadores das associações públicas profissionais é aplicável o regime previsto no Código do Trabalho e o disposto nos números seguintes”*

2. A incoerência conceptual do regime: a investidura em algumas funções públicas exigem o acto administrativo de nomeação (artigo 8.º da LGTFP), por, expressa ou implicitamente, pressuporem o exercício de poderes de autoridade, mas outras, que implicam o exercício de semelhantes poderes, já têm por título constitutivo o contrato individual de trabalho

Por isso, será legítima a interrogação: se a “investidura” no exercício de funções que faça apelo a elementos de autoridade deve ser feita por acto administrativo de nomeação (artigo 9.º da LGTFP), não se compreende que outros trabalhadores da Administração Pública com iguais poderes - e, em alguns casos, até talvez mais intensos - sejam “investidos” no seu exercício de funções públicas por acto privado (o contrato individual de trabalho): os trabalhadores - trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho - mandatados pelas respectivas entidades reguladoras para efectuar uma inspecção ou auditoria são equiparados a agentes da autoridade - n.º 2 do artigo 42.º da Lei n.º 67/2013

4. Algumas consequências de regime

N.º 4 do artigo 4.º da LGTFP: o regime do Código do Trabalho e legislação complementar, em matéria de acidentes de trabalho e doenças profissionais, é aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas nas entidades referidas nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 2.º (ou seja, os trabalhadores das entidades reguladoras independentes e das entidades públicas empresariais, excepto – entendemos – quanto aos trabalhadores destas entidades que se tenham mantido no regime do contrato de trabalho em funções públicas)

5. Em síntese, a LGTFP, para diversas matérias, contém normas base definidoras do regime e âmbito da função pública, mas, ela própria, exclui dessas bases entidades da Administração Pública e trabalhadores dessas entidades. Esta exclusão tem justificação constitucional?

V - A “deslegalização” regulamentar e convencional de aspectos essenciais – procedimentais e substantivos – do regime de exercício de funções públicas (relações de emprego fundadas em contrato de trabalho e não na nomeação): ainda a duplicidade de regimes

1. A remissão para regulamento

As entidades reguladoras estabelecem, nos respectivos regulamentos internos, regras sobre as seguintes matérias (n.º 2 do artigo 10.º da Lei-Quadro das entidades reguladoras independentes):

- O regime do pessoal, incluindo avaliação de desempenho e mérito;
- O regime de carreiras;
- O estatuto remuneratório do pessoal;
- O regime de protecção social aplicável ao pessoal.

2. A remissão para instrumentos de regulamentação colectiva (artigo 13.º da LGTFP “Fontes específicas do contrato de trabalho em funções públicas” e não da nomeação)

2.1. Princípio geral: o contrato de trabalho em funções públicas pode ser regulado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho

2.1.1. Acordo colectivo de carreira (convenção colectiva aplicável no âmbito de uma carreira ou de um conjunto de carreiras, independentemente do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções)

2.1.2. Acordo colectivo de empregador público (convenção colectiva aplicável no âmbito do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções)

2.2. Matérias que podem ser objecto de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (artigo 355.º da LGTFP)

Para além de outras matérias previstas na LGTFP ou em norma especial, os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho só podem dispor sobre:

- Suplementos remuneratórios;
- Sistemas de recompensa do desempenho;
- Sistemas adaptados e específicos de avaliação do desempenho;
- Regimes de duração e organização do tempo de trabalho;
- Regimes de mobilidade;
- Acção social complementar

2.2.1. Um exemplo de matérias que podem ser objecto de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho: a duração do trabalho

a) Período normal de trabalho: 8h diárias e 40h semanais (artigo 105.º, n.º 1, da LGTFP)

b) No entanto, a possibilidade de redução desses limites por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, desde que não haja diminuição da retribuição do trabalhador (artigo 105.º, n.º 3, da LGTFP):

i) Por acordo colectivo de carreiras;

ii) E por acordo colectivo de entidade empregadora pública (artigo 14.º, n.º 2, da LGTFP)

c) Possibilidade de aumentar o trabalho suplementar, por trabalhador, de 150 horas para 200 horas por ano (artigo 120.º, n.º 4, da LGTFP)

2.3. Limites aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho

2.3.1. Impossibilidade de afastamento das normas sobre remunerações por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, mesmo quando relativas a recompensa por avaliação de desempenho, excepto se existir expressa previsão legal nesse sentido (artigo 144º, n.º 1)

4.3.2. Excepção: em matéria de suplementos remuneratórios, que podem ser objecto de regulamentação por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho IRCT (artigo 159.º, n.º 6, da LGTFP: os suplementos remuneratórios são criados por lei, podendo ser regulamentados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”).

2.4. Acordos colectivos de trabalho, autonomia local e liberdade sindical

2.4.1. O período normal de trabalho pode ser objecto de acordos colectivos de trabalho: 8h diárias e 40h semanais (artigo 105.º, n.º 1, da LGTFP)

2.4.2. Procedimento de elaboração/celebração: os acordos colectivos são assinados pelos representantes das associações sindicais, bem como pelos membros do Governo e representantes do empregador público, ou respectivos representantes (n.º 6 do artigo 364.º da LGTFP)

2.4.3. Acordos colectivos de trabalho celebrados pelas autarquias locais e legitimidade da participação/representação do Estado, através do Governo. Algumas razões justificativas:

a) Embora o horário de trabalho não conste expressamente entre as matérias que constituem as bases gerais a que se refere o artigo 3.º da LGTFP, deverá, no entanto, nesta matéria, ter-se sempre em conta a doutrina constante do já referido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 793/2013, sobre o horário da função pública nos Açores, no qual se considerou que:

- por bases do regime da função pública, devem entender-se aquelas que, num acto legislativo, definem as opções político-legislativas fundamentais cuja concretização normativa se justifique que seja ainda efectuada por via legislativa de reserva do legislador do Estado;

- A exigência constitucional de uniformidade de regime em matéria de duração do tempo de trabalho dos trabalhadores em funções públicas constitui uma dessas opções fundamentais;

b) **Esta doutrina do Tribunal Constitucional tem por subjacente um facto incontestável:** a matéria do horário de trabalho na Administração pública não é uma questão meramente regional ou local; é uma matéria, prioritária e prevalentemente, de carácter e âmbito nacional;

c) Consequentemente, na celebração de acordos colectivos de trabalho pelas autarquias locais não estão apenas presentes interesses meramente locais; estão também presentes interesses de carácter e âmbito nacional. Por dever constitucional, é ao Estado, através do Governo, que cabe salvaguardar estes interesses;

d) A negociação de horários de trabalho, diário e semanal, inferiores aos previstos na lei (artigo 105.º, n.º 1, da LGTFP) significa um desvio ao princípio geral do horário normal de trabalho na Administração Pública;

e) Este desvio ao princípio geral do horário normal de trabalho na Administração Pública significa simultaneamente um desvio ao princípio geral da uniformidade - ou, pelo menos, da tendencial uniformidade - afirmado na citada jurisprudência do Tribunal Constitucional;

f) Esta, pelo menos, tendencial uniformidade surge como uma garantia da observância, a nível nacional, do princípio da igualdade no exercício de funções públicas quanto ao regime do horário normal de trabalho (sem prejuízo, naturalmente, de regimes especiais);

g) Por isso, impõe-se que os desvios àquele princípio também tenham uma justificação constitucional aceitável, mesmo no quadro de acordos colectivos de trabalho. Assegurar que esta justificação existe e é real, é um dever constitucional do Estado, o qual não pode, naturalmente, ser aniquilado pelo princípio da autonomia local (ou pelo da liberdade sindical). Daí a legitimidade da presença do Estado no processo de celebração de tais acordos;

i) É, naturalmente, legítimo aos municípios a consideração dos seus interesses locais, mas isso não pode significar a absolutização do princípio da autonomia local, com a postergação do interesse nacional, projectado, como acentuou o Tribunal Constitucional no citado Acórdão, em opções legislativas fundamentais em matéria de duração do tempo de trabalho dos trabalhadores em funções públicas.

2.4. Apenas mais uma nota sobre a eficácia dos acordos colectivos de trabalho (artigo 370.º da LGTFP)

a) Supressão do princípio da filiação, ainda vigente no Código do Trabalho

b) Alargamento do alcance dos acordos colectivos de trabalho a trabalhadores não filiados em qualquer sindicato e mesmo aos filiados noutros sindicatos não outorgantes do acordo, salvo oposição expressa do trabalhador não sindicalizado ou de associação sindical interessada e com legitimidade para celebrar o acordo colectivo de trabalho, relativamente aos seus filiados (n.º 3 do artigo 370.º da LGTFP)

Nota: questão da possível inconstitucionalidade, por violação do princípio da liberdade sindical, ao permitir-se que, por via legal, uma norma seja aplicada a trabalhadores filiados num sindicato que (legitimamente) entenda não subscrever um acordo colectivo de trabalho?

VI- Extinção do vínculo: a diferenciação de regimes

1. O despedimento por causas objectivas: a requalificação (artigos 245.º a 275.º da LGTFP)

“É causa específica de cessação do contrato de trabalho em funções públicas a extinção do vínculo na sequência de processo de requalificação de trabalhadores em caso de reorganização de serviços ou racionalização de efetivos na Administração Pública em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 245.º” – n.º 2 do artigo 289.º da LGTFP

1.1 A inconstitucionalidade da solução legislativa proposta em 2013 (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de Agosto)

a) A fundamentação em critérios orçamentais e a discricionariedade daí resultante

b) A cláusula de salvaguarda contida no artigo 88.º, n.º 4, da Lei n.º 12-A/2008 e impossibilidade de aplicação aos trabalhadores nomeados definitivamente antes de 2009

1.2. Posterior aprovação da Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro, que não previa a possibilidade de despedimento

1.3. Artigos 245.º e segs. da LGTFP: voltam a permitir o despedimento no seguimento de um processo de requalificação, sempre que este termine sem que, até essa data, o trabalhador não reinicie o exercício de funções públicas

1.4. Possíveis dúvidas de constitucionalidade

a) **Quanto aos motivos que presidem à colocação dos trabalhadores em situação de requalificação:** a norma em causa tem uma redacção muito similar à que foi julgada inconstitucional, ou seja, prevê que essa possa ocorrer por razões orçamentais

“A racionalização de efetivos tem lugar nos termos de legislação especial, podendo ainda ocorrer por motivos decorrentes de desequilíbrio económico-financeiro estrutural e continuado do órgão ou serviço, e após demonstração, em relatório fundamentado e na sequência de processo de avaliação, de que os seus efetivos se encontram desajustados face às necessidades das actividades que prossegue e aos recursos financeiros que estruturalmente lhe possam ser afetos” – n.º 2 do artigo 245.º da LGTFP

b) **Impossibilidade de despedimento dos trabalhadores com vínculo definitivo constituído antes de 1 de Janeiro de 2009:** estes trabalhadores podem ficar eternamente em requalificação, mas com reduções salariais acentuadas, podendo auferir apenas 60% (1.ª fase) ou 40% (2.ª fase) da sua remuneração base mensal (artigo 261.º), pois:

“São apenas abrangidos pela segunda fase do processo de requalificação os trabalhadores nomeados e os referidos no n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de fevereiro” – n.º 1 do artigo 259.º da LGTFP.

(Nota: n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008 referia-se aos trabalhadores nomeados definitivamente que exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º, mas que mantiveram os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial próprios da nomeação definitiva e transitaram para a modalidade de contrato por tempo indeterminado”

c) Para os **“trabalhadores em regime de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado não abrangidos pelo número anterior, finda a primeira fase do processo de requalificação, aplica-se o disposto na secção III do capítulo IX” – n.º 2 do artigo 259.º da LGTFP (ou seja, a extinção da relação de trabalho).**

1.5 Consequentemente, também aqui critérios diferenciados entre trabalhadores que exercem funções públicas:

a) Os trabalhadores admitidos após 2009, ainda que, porventura, sejam os mais qualificados e com melhor avaliação de desempenho, serão os primeiros a ser sacrificados, pois:

“O contrato de trabalho em funções públicas cessa na sequência de processo de reorganização de serviços ou de racionalização de efetivos realizado nos termos da presente lei, se, após o decurso da primeira fase do processo de requalificação, o trabalhador não abrangido pela segunda fase não tiver reiniciado funções em órgão ou serviço” – n.º 1 do artigo 311.º da LGTFP

b) Os trabalhadores nomeados, independentemente da data em que tenham começado a exercer as suas funções, também ficam a salvo do despedimento

1.5.1. Ou seja, em termos procedimentais: processo de requalificação e os seus efeitos

a) **Reafecção:** integração do trabalhador num outro órgão ou serviço, a título transitório ou por tempo indeterminado (artigo 256.º da LGTFP)

b) **1.ª fase de requalificação, que é aplicável a qualquer trabalhador, nomeado ou contratado, independentemente da data de início de funções públicas:** tem a duração de 12 meses, durante a qual o trabalhador é enquadrado num programa de formação específico (artigo 258.º, n.º 1, alínea a) e n.º 3, da LGTFP), recebendo 60% do salário (artigo 261.º, n.º 1, da LGTFP)

c) **2ª fase de requalificação, aplicável aos trabalhadores nomeados e aos contratados protegidos pelo n.º 4 do artigo 88º da Lei n.º 12-A/2008** (artigo 258.º, n.º 1, alínea b), da LGTFP): após o fim da 1.ª fase sem o reinício de funções públicas podem permanecer eternamente em requalificação, recebendo 40% o salário (artigo 261.º, n.º 2, da LGTFP), cessando a situação de requalificação com o início de funções públicas por tempo indeterminado (artigo 269.º da LGTFP) ou suspendendo-se com o exercício das mesmas funções por tempo determinado (artigo 268.º da LGTFP)

d) **Os outros trabalhadores:** são notificados da extinção do vínculo por falta de postos de trabalho disponíveis, cessando o contrato 30 dias após tal notificação (artigo 311.º da LGTFP), com direito a uma indemnização equivalente à concedida aos trabalhadores alvo de um despedimento por extinção do posto de trabalho, nos termos do Código do Trabalho (artigo 312.º da LGTFP e o artigo 12.º da Lei n.º 35/2014, relativo à compensação)

1.5.2. O critério de selecção dos trabalhadores a colocar em situação de requalificação (artigo 253.º da LGTFP): baseia-se apenas na última avaliação do trabalhador, ignorando todas as anteriores

2. Não previsão de qualquer outra causa objectiva de cessação do vínculo: p. ex., despedimentos colectivo, por extinção do posto de trabalho ou inadaptação ou caducidade em razão da extinção da entidade empregadora pública

a) A incongruência da solução: estas figuras já se encontravam previstas na lei desde 2004 (artigos 16.º a 18.º da Lei n.º 23/2004, mantidas em vigor pelo artigo 16.º da Lei n.º 59/2009 e artigos 260.º a 270.º do RCTFP)

b) Consequentemente, considerando os fundamentos da requalificação: poderão ser despedidos trabalhadores com excelente avaliação (porque integrados num serviço com excesso de trabalhadores), mas não trabalhadores com avaliação suficiente ou medíocre (porque integrados num serviço deficitário em termos de recursos humanos)

c) Possibilidade de aplicação à extinção de órgãos ou serviços, mas não à extinção de pessoas colectivas públicas (p. ex., pode aplicar-se em caso de extinção de uma Direcção-Geral, mas não de um instituto público ou autarquia local)

3. Em síntese, há trabalhadores da Administração Pública que, comparativamente a outros, não gozam da mesma “estabilidade” do vínculo laboral

a) Os admitidos após 1 de Janeiro de 2009 por contrato de trabalho em funções públicas

b) Os que estejam ao serviço de entidades públicas (ou de “entidades de mão pública”), mas sujeitas ao Código do Trabalho - artigos 1.º e 2.º da LGTFP (é o que sucede, por exemplo, com os trabalhadores das empresas públicas - estaduais e municipais - e das entidades públicas empresariais)

c) E, simultaneamente, encontram-se sujeitos às mesmas reduções remuneratórias

Muito obrigado pela Vossa Atenção!

CEJ-22-5-2015

Licínio Lopes Martins

Vídeos da apresentação

Parte 1

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo
Licínio Lopes, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório
Mesa Redonda: Relação jurídica de emprego público 22.05.2015 14:30

DATAJURIS JUSTIÇA TA

Centro de Estudos Judiciários
A relação de emprego público:
principais vicissitudes da sua evolução
nos entes orgânicos do regime
Tópicos de apoio: 22-5-2015
Licínio Lopes Martins
(Prof. da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra)

Lisboa
Licínio Lopes
Mesa Redonda: Relação jurídica de emprego público

00:00:33 - 00:25:20

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/rsz93thwh/flash.html>

Parte 2

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo
Licínio Lopes, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório
Mesa Redonda: Relação jurídica de emprego público 22.05.2015 15:00

DATAJURIS JUSTIÇA TA

5. A expressão "entidade do regime da LGTTP" abrange as entidades definidas das bases gerais do regime da função pública e, simultaneamente, inclui, especificamente, de um âmbito sectorial da Administração Pública, isto é, pessoas colectivas públicas, embora originariamente abrangidas pela Lei n.º 12-A/2008 - artigo 2.º da LGTTP.

2.1. As entidades reguladoras independentes e o Serviço de Portugal (artigo 32.º n.º 1, da Lei n.º 67/2013, de 26 de Agosto, aprovado das entidades administrativas independentes, com funções de regulação da actividade económica dos sectores privados públicos e cooperativas dos trabalhadores das entidades reguladoras e aplicável o regime de contrato individual trabalho).

2.2. E as associações públicas profissionais? Artigo 41.º n.º 1, das "Leis" das Associações Públicas Profissionais (Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro) nos "trabalhadores das associações públicas profissionais e aplicável o regime previsto no Código do Trabalho e o disposto nos sectores seguintes".

Lisboa
Licínio Lopes
Mesa Redonda: Relação jurídica de emprego público

Na: Na: Na - Na: Na: Na

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1x48rzgwsr/flash.html>

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

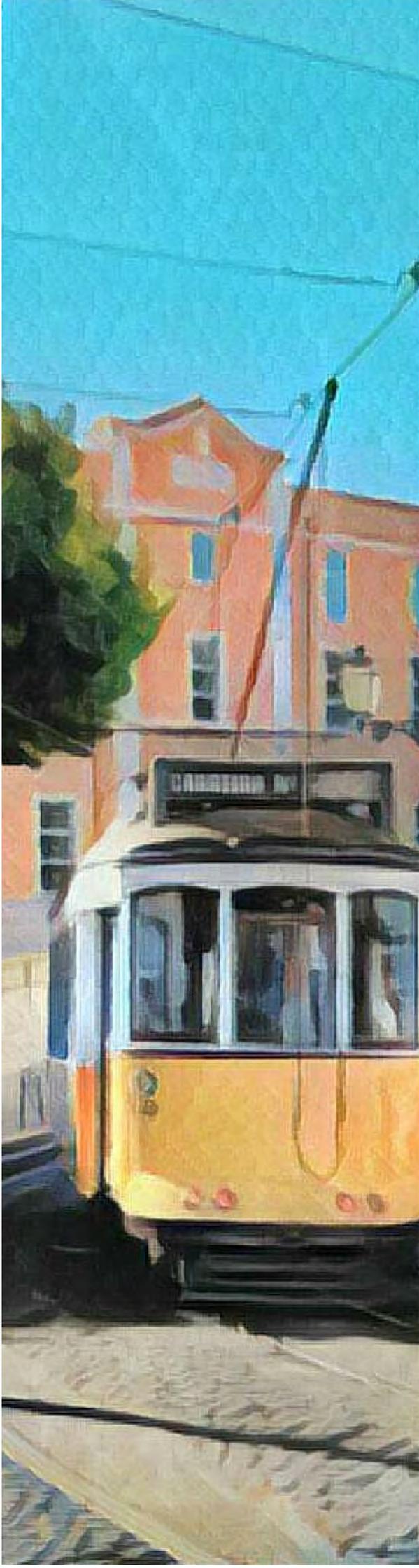
Temas de Direito Administrativo - 2015

- Invalidades no contencioso administrativo
- Procedimento disciplinar
- Relação jurídica de emprego público
- Processo equitativo e procedimento equitativo



* Trabalho elaborado pelo Núcleo de Apoio Documental e Informação Jurídica do Tribunal Constitucional.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



B.
DIREITO
PROCESSUAL
ADMINISTRATIVO

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. Princípios do processo administrativo

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPORTÂNCIA E APLICAÇÃO PRÁTICA ¹

Carlos Carvalho*

1. Introdução.
2. Dos princípios do processo administrativo - assento e dimensão prática.
3. Nota final.

1. Introdução

Conhecem certamente a frase ou máxima de Joaquim Gomes Canotilho “diz-me se um tribunal aplica princípios e eu digo-te que tipo de justiça ele faz”.

Na verdade, os princípios gerais de direito, mormente, os princípios processuais, constituem aquilo que, na terminologia informática, denominaria como o “hardware” do ordenamento jurídico, o esqueleto, a estrutura do mesmo, onde todo o demais quadro normativo, as regras jurídicas precisas e densas assentam e encontram seu sustentáculo.

Se o Direito não pode ser todo de princípios o mesmo não deve, nem pode ser reduzido às regras.

Importa ter sempre presente que o processo, seja ele judicial, administrativo, tributário ou outro, não é um fim em si mesmo, mas um meio, um instrumento para a dicção do direito, para a realização ou efetivação da justiça do caso, na certeza de que se cada processo tem um número que lhe é atribuído, o mesmo não se esgota nele, na sua mera e simples estatística da baixa que arrasta a sua decisão.

No mesmo mostram-se envolvidas uma ou mesmo várias pessoas que têm um nome e cujas vivências são marcadas pelo seu desfecho, cabendo ao julgador não esquecer tal realidade e o impacto da sua decisão. E isso não só quando profere a decisão final, mas, também, quando está a tramitar o processo, já que na interpretação e aplicação de princípios e regras uma boa dose de bom senso e de humanidade se revela essencial e basilar a um juiz ou a uma juíza.

Atente-se que não há hoje quem não esteja consciente do papel criativo e constitutivo do juiz a quando da prolação da decisão judicial e, bem assim, daquilo que esta representa em termos da tensão criadora do direito para o caso concreto, sendo certo que o julgador hoje é chamado a ser agente não apenas pacificador, arbitrador e regulador de conflitos sociais, mas também de agente fator de “*redução da complexidade*”.

¹ O presente texto corresponde à versão apresentada na ação de formação “Temas de Direito Administrativo”, com o tema “Articulação dos procedimentos de licenciamento zero com os procedimentos urbanísticos”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 15 de maio de 2015.

* Juiz Conselheiro no STA.

Os princípios jurídicos dão lastro e sentido às regras, devendo estas ser lidas, interpretadas e aplicadas à sua luz, impondo-se aferir se a solução/decisão a que se chega no processo e suas consequências se mostram adequadas ou em coerência com os objetivos prosseguidos pelos princípios que foram plasmados nas normas legais do processo convocadas.

Mas passemos, sem mais delongas, à abordagem essencialmente prática do tema dos princípios do processo administrativo que nos propusemos trazer nesta comunicação, cientes que além dos mesmos relevam nos domínios da justiça administrativa outros princípios, que José Carlos Vieira de Andrade, denomina de “princípios da juridicidade substancial”² [como, por exemplo, os princípios da legalidade, da justiça, da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé, da racionalidade, da proteção da confiança, que respeitam diretamente à atuação administrativa] e os “princípios sistêmicos, estruturantes do Estado de Direito” [como o princípio da separação e interdependência de poderes (com reflexos claros, desde logo, nas soluções vertidas, nomeadamente, nos arts. 3.º e 71.º, n.º 2, do CPTA), ou o princípio de acesso ao direito e à justiça e à proteção/tutela jurisdicional efetiva - arts. 20.º e 268.º, n.º 4, da CRP, 2.º do CPTA, 1.º e 2.º do CPC/2013³].

Este princípio constitucional da plenitude da garantia jurisdicional administrativa não só opera uma parificação entre as diversas pretensões que podem ser requeridas em contencioso administrativo, como impede que umas se encontrem subalternizadas face a outras, assim, como formula uma indicação meramente exemplificativa dos meios processuais admissíveis, já que nada obsta a que o legislador ordinário possa prever e regular outras providências judiciárias (declarativas/executivas, principais/cautelares).

2. Dos princípios do processo administrativo - assento e dimensão prática

Os princípios jurídicos não podem ter existência apenas num plano abstrato, no que seja um mundo ideal e perfeito.

Os mesmos devem ter existência no plano concreto, naquilo que é a vivência real na qual o julgador se posiciona, cabendo a este, na sua função, com os mesmos viver e conviver.

Os princípios jurídicos, positivos e transpositivos, estruturam, perpassam e moldam todo o processo administrativo, encontrando-se no mesmo afirmados e consagrados princípios gerais de outros processos [v.g., do processo civil], como o princípio do dispositivo ou da autorresponsabilidade das partes ou o princípio do inquisitório, da oficiosidade ou da oficialidade, princípios esses que se combinam e se articulam em função das diversas formas de ação, das relações processuais que nas mesmas se estabelecem, numa tarefa de equilíbrio, por vezes, difícil.

² In: “Justiça Administrativa - Lições”, 12.ª edição, pág. 421.

³ Na redação introduzida pela Lei n.º 41/2013, redação essa a que se reportarão todas as demais citações de normativos daquele Código sem expressa referência em contrário.

Os mesmos encontram-se plasmados em vários âmbitos e fases, sendo que alguns deles perpassam, aliás, todo o processo.

Passemos, então, em revista os vários âmbitos e fases, pondo em evidência os princípios que aí se mostram consagrados, sua dimensão, comandos enunciados e respectivas implicações.

2.1. No quadro da ***promoção ou da iniciativa processual*** importa destacar:

i) O ***princípio da necessidade do pedido*** [cfr. n.º 1 do art. 3.º do CPC];

ii) O ***princípio da promoção alternativa (particular ou pública)***, em que a iniciativa cabe, normalmente, aos particulares em decorrência do princípio do dispositivo, do princípio da liberdade de iniciativa [“iniciativa particular”] a que se soma “iniciativa popular” [individual ou coletiva] na dedução de ações para defesa dos seus direitos e interesses, mas a que se juntam os poderes de iniciativa do MP e das entidades e dos órgãos administrativos - princípio da oficialidade [cfr., entre outros, os arts. 9.º, 40.º, 55.º, 68.º, 73.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 141.º todos do CPTA].

2.2. Já no quadro da definição do ***âmbito do processo ou da determinação do objeto e limites de pronúncia*** importa considerar:

i) O ***princípio da resolução global da situação litigiosa e da agilização processual*** [através dum regime generoso da cumulação pedidos (originário e sucessivo - modificação objetiva da instância) - cfr. arts. 4.º, 5.º, 62.º, 63.º do CPTA -; da apensação de processos - cfr. arts. 28.º, n.º 1 (geral) e 61.º (impugnações) do CPTA -; do regime de processos em massa - cfr. art. 48.º -; do reenvio prejudicial para o STA nos termos do art. 93.º do CPTA; da permissão de emissão de decisão sumária (em 1.ª instância - art. 94.º, n.º 3 do CPTA - em sede de recurso jurisdicional - art. 656.º do CPC); do conhecimento oficioso de ilegalidades - cfr. art. 95.º, n.º 2, do CPTA -; ou da plenitude da execução - cfr. arts. 164.º, n.º 3, 167.º, n.º 1, 176.º, n.º 5 e 179.º, n.º 2, do CPTA];

ii) O ***princípio da vinculação do juiz ao pedido*** [congruência ou correspondência entre decisão e pedido - arts. 94.º, n.º 1 e 95.º, n.º 1, do CPTA, 608.º, n.º 2, 609.º do CPC cujo incumprimento é sancionado com a nulidade da decisão - art. 615.º, n.º 1, als. c), d) e e), do CPC], sendo que o mesmo implica, mormente, nas ações administrativas especiais [AAE] de impugnação de atos e de normas que o tribunal não poderia conhecer da legalidade de ato ou de norma diferente dos que se mostram impugnados, sendo que o mesmo princípio sofre, todavia, várias limitações ou compressões [v.g., na impugnação de atos em que é pedida tão-só a sua anulação não está o juiz limitado ou impedido de declarar a nulidade do ato; na possibilidade de conhecimento de novos fundamentos de ilegalidade nos termos do n.º 2 do art. 95.º do CPTA; nos regimes previstos nos arts. 45.º e 102.º, n.º 5, ambos do CPTA; ou mesmo no quadro dos processos cautelares as situações de não adstrição à providência concretamente requerida - art. 120.º, n.º 3, do CPTA - e de antecipação da decisão principal no processo cautelar - art. 121.º do CPTA];

iii) O princípio da limitação do juiz pela causa de pedir (princípio da substanciação) nos termos do qual o tribunal só pode basear a sua decisão nos factos principais/essenciais e nos fundamentos concretos do efeito jurídico pretendido que foram invocados no processo - arts. 95.º, n.º 1, do CPTA, 5.º, 608.º, n.º 2, do CPC -, mas que sofre compressões ou não vale no quadro das ações administrativas de impugnação de normas [cfr. art. 75.º do CPTA - no qual o juiz pode decidir com fundamento na ofensa de princípios ou normas jurídicas diversos daqueles cuja violação haja sido invocada] e nas ações administrativas de impugnação de atos administrativos [cfr. art. 95.º, n.º 2, do CPTA];

iv) O princípio da estabilidade objetiva da instância enquanto decorrência tradicional do princípio dispositivo, implicando que pedido e causa de pedir, conjuntamente com o objeto, delimitam a instância no início desta e assim a mesma se mantém até à decisão final [cfr. arts. 259.º e 260.º do CPC]. Se é certo que este princípio no processo civil não vale em termos absolutos temos que também no contencioso administrativo o mesmo sofre de limitações várias, mormente, com a generosa possibilidade de ampliação e substituição do pedido nos processos de impugnação de atos [vide arts. 63.º e 64.º do CPTA] e nos de condenação à prática do ato devido [art. 70.º do CPTA] enquanto afirmação/manifestação dum princípio da flexibilização processual; com o convite do juiz ao autor para substituir a petição inicial formulando pedido de condenação à prática do ato devido nos casos de impugnação de ato indeferimento [cfr. art. 51.º, n.º 4, do CPTA]; com a possibilidade de alteração da causa de pedir (ampliação/redução) quando se tragam ao processo factos supervenientes ou de conhecimento superveniente [cfr. arts. 86.º e 91.º, n.º 5, do CPTA]; com a modificação objetiva da instância prevista nos arts. 45.º [ampliada às AAE pelo art. 49.º] e 102.º, n.º 5, do CPTA, enquanto também afirmação/manifestação do referido princípio da flexibilização processual;

v) O princípio da plena jurisdição dos tribunais administrativos, já que em decorrência ou concretização da garantia jurisdicional efetiva de que a todo o direito corresponde uma ação exige-se, também, o reforço dos poderes do juiz ao nível do conteúdo da decisão, implicando que este possa emitir injunções e pronúncias condenatórias relativamente à Administração, sendo nesta outra perspetiva que se pode falar do princípio de plena jurisdição dos tribunais administrativos e que surge consagrado no já citado art. 3.º do CPTA.

2.3. Por sua vez, no quadro da **prosseção processual** (decorso, condução e extinção do processo) impõe-se ter em consideração:

i) O princípio da tipicidade dos trâmites processuais o qual, enquanto reflexo do princípio da tipicidade das formas processuais, do mesmo decorre a imposição de que os trâmites e sua respetiva sequência se mostrem fixados por lei [v.g., arts. 10.º, 131.º, 144.º, 195.º, 552.º e segs. do CPC, 35.º, 78.º e segs. do CPTA];

ii) O princípio da compatibilidade processual [cfr. arts. 5.º, n.º 1, do CPTA e 37.º, n.ºs 2 e 3, do CPC], através do qual se pretende facilitar a cumulação de pedidos e, assim, determinando a compatibilidade entre as diversas formas de processo, optando-se pela aplicação da forma da ação administrativa especial com as adaptações que se revelem necessárias;

iii) O princípio da adequação formal da tramitação [cfr. art. 547.º do CPC aplicável e válido no contencioso administrativo *ex vi* arts. 1.º e 42.º do CPTA] nos termos do qual o “juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo. Aliás, o próprio CPTA contém uma regra de adequação processual para o caso especial da cumulação de pedidos, prevista como regra geral no art. 4.º, já que no seu art. 5.º, como vimos, se define um critério de compatibilização processual destinado a permitir que o processo possa prosseguir como ação administrativa especial, com as adaptações que se revelem necessárias⁴, quando aos pedidos cumulados correspondam diferentes formas de processo;

iv) O princípio do dispositivo ou da autorresponsabilidade das partes, o qual, no segmento relativo à condução do processo, determina que cabe às partes interessadas a dinamização do processo e não ao juiz, como seria próprio do princípio do inquisitório, sendo que tem manifestações várias no nosso contencioso, nomeadamente, na absolvição da instância em caso de falta de suprimento de exceções ou de correção de irregularidades do articulado [cfr. art. 88.º, n.º 4, do CPTA], ou na possibilidade de desistência da instância ou do pedido [cfr. arts. 62.º do CPTA, 283.º do CPC], ou, ainda, na aceitação no âmbito do processo executivo do estabelecimento, por acordo entre a Administração e o exequente, da existência duma causa legítima de inexecução de decisão judicial [cfr. art. 159.º, n.º 1, do CPTA]. Também o mesmo não vale em termos absolutos já que sofre **limitações e compressões**, nomeadamente, nas ações administrativas especiais de impugnação de atos e nas ações populares sociais, em que o princípio da oficialidade também se afirma, mormente, através da atribuição ao Ministério Público de poderes de prossecução do processo iniciado por particular e que havia terminado por desistência deste [cfr. arts. 62.º do CPTA e 16.º, n.º 3, da Lei n.º 83/95 - diploma que disciplina o direito de participação procedimental e a ação popular]; na impossibilidade de confissão do pedido por parte da Administração como forma de por termo ao processo de impugnação de ato⁵, tudo sem prejuízo da possibilidade de, por decisão administrativa unilateral de anulação do ato impugnado [denominada «revogação anulatória» - arts. 64.º CPTA e 165.º e segs. do CPA/2015⁶], operar a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide decorrente da “satisfação” da pretensão invalidatória que havia sido deduzida; nas ações administrativas especiais de impugnação de ato com a **atribuição ao juiz do poder de conhecer de novos fundamentos de ilegalidade não invocados pelas partes** [cfr. art. 95.º, n.º 2, do CPTA]; na **acentuação dos poderes de direção e condução do processo pelo juiz** numa afirmação do princípio do inquisitório associado ao princípio do favorecimento do processo [cfr. arts. 6.º, 411.º e 590.º do CPC, 88.º do CPTA];

v) O princípio da igualdade das partes [cfr. art. 6.º do CPTA], o qual impõe que o julgador assegure um estatuto de igualdade efetiva das partes no processo, tanto no que se refere ao

⁴ Por exemplo, realização de audiência prévia; não limitação constante do art. 90.º, n.º 2, do CPTA quanto à admissão de requerimentos probatórios valendo em pleno regras do CPC.

⁵ Será admissível, todavia, a transação no quadro do contencioso administrativo, mormente, na ação administrativa comum, salvo nas situações respeitantes à validade de atos cuja prática seja imposta por lei ou respeitem a obrigações legais ou direitos irrenunciáveis [cfr. arts. 283.º e segs. CPC].

⁶ Publicado em anexo ao DL n.º 04/2015, de 07.01.

exercício de faculdades e meios de defesa, como no plano da aplicação de cominações ou de sanções processuais, o que envolve a ausência dum ideia de privilégio ou de favorecimento, nomeadamente, da Administração face ao juiz [já este dispõe atualmente de poderes de intimação, condenação e sanção - vide arts. 3.º, 71.º e 95.º, n.º 3, todos do CPTA] e ao particular ou na sua comparação com ele, bem como na sujeição do pagamento de custas e na suscetibilidade de sancionamento por litigância de má-fé.

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz pelo que as partes devem merecer deste um tratamento igualitário, paritário, de molde a que, em termos substanciais e não meramente formais, tenham ou gozem das mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões, de apresentar a sua causa, incluindo, mormente, o uso de meios de defesa e aplicação de cominações/sanções processuais, ou ao nível da admissão da prova e da apreciação do seu valor de molde a que não se coloque uma parte em situação de nítida desvantagem em relação à contraparte.

Este princípio da igualdade das partes impõe que a ambas devem ser assegurados os mesmos direitos e onerados com os mesmos deveres, ou seja, devem ser/estar colocadas em permanente igualdade de posições como sujeitos processuais, posicionando-se em plena paridade entre si e perante o tribunal, sendo que, como afirmam Jorge Miranda e Rui Medeiros, tal princípio “postula equilíbrio entre as partes na perspectiva dos meios processuais de que para o efeito dispõem e, embora não implique uma identidade formal absoluta de meios (...) exige que o autor e o réu tenham direitos processuais idênticos e estejam sujeitos também a ónus e cominações idênticos, sempre que a sua posição no processo for equiparável”, sendo que o mesmo princípio “impede, à partida, a introdução de discriminações em função da natureza subjetiva da parte em causa”⁷.

Note-se, todavia, que este princípio não permite que o julgador possa afastar regimes processuais de carácter imperativo que legalmente se mostrem fixados enquanto garantem dum igualdade formal entre as partes, nem quer significar que estas estejam sempre e necessariamente numa posição de absoluta e estrita igualdade já que nem sempre é possível ultrapassar certas diferenças substanciais advinentes da sua posição processual na relação jurídica que se estabelece e dos quais deriva a atribuição/imposição de determinados direitos, deveres e ónus decorrentes do respetivo posicionamento [v.g., quanto ao momento da propositura da ação, à observância dos pressupostos processuais, ao ónus de prova dos factos necessários à obtenção de decisão favorável à pretensão deduzida - cfr. arts. 415.º CPC e 342.º e segs. do CC]⁸.

Este princípio e o do contraditório mostram-se intimamente associados visto o segundo derivar do primeiro, na certeza de que ambos derivam, em última instância, do princípio do Estado de Direito, encerrando uma particular garantia de imparcialidade do tribunal perante as partes, para além de que, como afirmava J. Castro Mendes, perante o julgador “tanto vale uma parte como a outra, ambas devem ter igual tratamento; e ambas devem ter por conseguinte

⁷ Vide in: “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, pág. 193.

⁸ Cfr., sobre a problemática, Miguel Teixeira de Sousa in: “Estudos sobre o Novo Processo Civil”, 2.ª edição, págs. 42/43.

iguais oportunidades de expor as suas razões, procurando convencer o tribunal a compor o litígio a seu favor” até porque “esta dialética, esta recíproca fiscalização de afirmações, é dos meios mais eficazes para assegurar a vitória da verdade e da justiça”⁹⁻¹⁰.

Refere ainda a este propósito C. Lopes do Rego que “a jurisprudência constitucional vem conferindo relevância fundamental ao princípio da igualdade processual, enquanto expressão da garantia da via judiciária, entendendo mesmo (...) que a própria exigência do contraditório radica, em última análise, no princípio da igualdade das partes” o que importa consequências em sede de proibição do arbítrio legislativo na definição das regras processuais, bem como deverão “as partes gozar de um estatuto processual idêntico sempre que a sua posição no processo seja equiparável, não sendo admissível a introdução de discriminações no uso dos diferentes meios processuais em função da natureza subjetiva da parte em causa”, sendo que “a qualificação da igualdade das partes como «substancial» mais não pretenderá significar que ela se não basta com uma pura simetria formal de estatutos processuais (...), mas que ambas devem beneficiar de idênticas oportunidades para alcançarem uma justiça substancial, traduzida na justa composição do litígio, em conformidade com o direito material aplicável e com a realidade dos factos, apurada no processo sem restrições ou limitações indevidas”¹¹.

De referir ainda que, tal como sustenta Miguel Teixeira de Sousa em sede de delimitação do princípio da igualdade no seu confronto com os poderes inquisitórios conferidos ao julgador, o “dever de procurar a verdade sobrepõe-se ao dever assistencial do juiz perante qualquer das partes, o que demonstra que os poderes instrutórios e inquisitórios não são concebidos como meios de promover a igualdade substancial entre elas. (...) a expressão do princípio da igualdade deve ser procurada fora daqueles poderes instrutórios ou inquisitórios, o que de modo algum exclui um amplo campo de aplicação desse princípio”¹², sendo que mais à frente sustenta ainda que “a «igualdade formal perante o juiz» necessita de ser completada por uma «igualdade substancial através do juiz». (...) o dever de assegurar a igualdade substancial das partes terá aplicação sempre que a lei imponha uma intervenção assistencial do tribunal”¹³, na certeza de que o “conteúdo negativo do princípio da igualdade substancial destina-se a impedir que o juiz crie situações de desigualdade substancial entre as partes. Assim, ..., este princípio obsta a que o tribunal fixe, para cada uma das partes, prazos diferentes para o exercício da mesma faculdade ou o cumprimento do mesmo ónus”¹⁴;

⁹ Vide in: “Direito Processual Civil”, 1.º volume, revisto e atualizado, pág. 195.

¹⁰ Nas palavras de Manuel de Andrade o princípio em análise consubstancia-se “em as partes serem postas no processo em perfeita paridade de condições, disfrutando, portanto, de idênticas possibilidades de obter a justiça que lhes seja devida” [in: “Noções Elementares de Processo Civil”, 2.ª edição, 1979, pág. 380] e, em concreto, defende J. Lebre de Freitas que o princípio exige ou impõe “o equilíbrio entre as partes ao longo de todo o processo, na perspectiva dos meios processuais de que dispõem para apresentar e fazer vingar as respetivas teses: não implicando uma identidade formal absoluta de todos os meios, que a diversidade das posições das partes impossibilita, exige, porém, a identidade de faculdades e meios de defesa processuais das partes e a sua sujeição a ónus e cominações idênticos, sempre que a sua posição perante o processo é equiparável, e um jogo de compensações gerador do equilíbrio global do processo, quando a desigualdade objectiva intrínseca de certas posições processuais leva a atribuir a uma parte meios processuais não atribuíveis à outra. Próximo do princípio constitucional da igualdade e não discriminação (art. 13.º CR), o princípio da igualdade de armas impõe um «estatuto de igualdade substancial das partes»” [in “Introdução ao Processo Civil ...”, 1996, págs. 105/106].

¹¹ Vide “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. I, 2.ª edição, 2004, págs. 35/36.

¹² In: ob. cit., pág. 44; no mesmo sentido, vide, ainda, C. Lopes do Rego in: ob. cit., págs. 38/39.

¹³ In: ob. cit., pág. 44.

¹⁴ In: ob. cit., pág. 45.

vi) Os **princípios da cooperação e da boa-fé processual**, em que o CPTA formula em termos gerais o princípio da cooperação de todos os interventores no processo [magistrados, mandatários judiciais e partes] de molde a que se obtenha, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio [cfr. art. 08.º do CPTA], importando registrar os especiais deveres de colaboração que recaem ou impendem sobre as entidades administrativas [vide n.º 4 do citado art. 8.º do CPTA] e que relevam, nomeadamente, para efeitos do art. 63.º, n.º 1, do CPTA [modificação objetiva da instância através da ampliação do objeto da AAE à impugnação de novos atos praticados no procedimento] e também no quadro do convite ao suprimento de deficiências e irregularidades dos articulados e de exceções [cfr. art. 88.º do CPTA], bem como da instrução probatória como iremos constatar mais à frente.

Também na mesma linha de igualdade de tratamento entre as partes se consagrou, no mesmo art. 8.º do CPTA, o princípio da boa-fé, o qual impõe às partes um dever de as mesmas usarem o meio processual e nele intervirem com lealdade e lisura, abstendo-se, nomeadamente, de requererem diligências inúteis e de adotarem expedientes dilatatórios [vide n.º 2 do citado preceito e bem assim o art. 8.º do CPC - dever de boa-fé processual - com correspondente sancionamento das partes incluindo a Administração em caso de incumprimento pelo arts. 542.º e segs. CPC e 6.º do CPTA - litigância de má fé].

Nessa medida, poderemos admitir a possibilidade de condenação da Administração como litigante de má-fé caso a mesma omita gravemente os deveres de comunicação previstos no art. 8.º, n.º 4 do CPTA ou se recuse a juntar aos autos o processo administrativo e isso sem prejuízo da sanção quer em termos previstos no n.º 4 do art. 84.º do CPTA [sanção pecuniária compulsória e apuramento de outro tipo de responsabilidades] quer em termos probatórios inserta no n.º 5 do mesmo artigo. Também a má-fé processual se mostra sancionada através da perda do efeito interruptivo do prazo de impugnação contenciosa nos termos que se mostram conjugados do disposto nos arts. 60.º, n.ºs 2 e 3, e 106.º, n.º 2, do CPTA;

vii) O **princípio do contraditório e da audiência**, o qual impõe que, por regra¹⁵, seja dada oportunidade de intervenção efetiva a todos os participantes no processo, de molde a permitir ao juiz uma decisão imparcial e fundada após ponderação das razões aduzidas por cada uma das partes em litígio.

Mas o mesmo princípio também constitui garantia de que não sejam admitidas provas, nem proferidas pelo tribunal quaisquer decisões desfavoráveis a um sujeito processual sem que o mesmo haja sido ouvido sobre a matéria e lhe tenha sido, previamente, facultada uma ampla e efetiva possibilidade de a discutir.

Tal como afirmava J. Castro Mendes o referido princípio traduz-se no comando segundo o qual “sendo formulado um pedido ou oposto um argumento a certa pessoa, deve-se dar a essa oportunidade de se pronunciar sobre o pedido ou argumento, não se decidindo antes de dar tal oportunidade”, sendo que o mesmo “não diz respeito apenas ao processo em globo, mas a

¹⁵ Atente-se na exceção prevista quanto ao julgamento das nulidades processuais inserta no art. 201.º do CPC quando ali se prevê que a “arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária, salvo caso de manifesta desnecessidade”.

cada questão no processo suscitada” e só pode ser afastado pela lei, com base em prementes razões de celeridade e de eficácia, e não pela vontade das partes porquanto é “nulo o pacto pelo qual certa pessoa se comprometa a não se defender numa ação futura”¹⁶.

Este princípio permite a cada uma das partes apresentar as suas razões de facto e de direito, oferecer as suas provas, controlar as provas da parte contrária, bem como emitir posição sobre o valor e resultado de umas e de outras¹⁷, sendo que o mesmo leva à proibição de convolações inesperadas ou da prolação de “decisões-surpresa”, na certeza, porém, que “no que à produção de prova se refere, o Tribunal Constitucional tem entendido que um tal direito não implica necessariamente a admissibilidade de todos os meios de prova permitidos em direito em qualquer tipo de processo e independentemente do objeto de litígio e não exclui em absoluto a introdução de limitações quantitativas na produção de certos meios de prova. Todavia, as limitações à produção de prova (...) não podem ser arbitrárias ou desproporcionadas”¹⁸.

Refere também a este propósito António S. Abrantes Geraldês que o princípio do contraditório “constitui, a par do (...) princípio dispositivo, pedra angular ou trave-mestra do sistema, sem a qual dificilmente as decisões seriam substancialmente justas. (...) só a audição de ambas as partes interessadas no pleito e a possibilidade que lhes é conferida de controlarem o modo de decisão dos tribunais permitirão que a verdade seja descoberta e que sejam acautelados os interesses dos litigantes”, sendo que “nenhum conflito é decidido sem que à outra parte seja dada a possibilidade de deduzir oposição”, na certeza ainda de que “a contraditoriedade impõem-se também, com excecional vigor, no capítulo fulcral do processo que tem a ver com a demonstração da prova dos factos. Por isso mesmo o art. 517.º determina que as provas não são admitidas ou produzidas sem audiência contraditória”¹⁹.

E J. Lebre de Freitas afirma que se instituiu “uma noção mais lata de contraditoriedade (...) entendida como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontram em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser de influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo ...”²⁰.

Ora no CPTA são abundantes as manifestações do princípio em análise, nomeadamente, quer no âmbito da ação administrativa especial com a obrigação de demandar a autoridade e os contrainteressados [cfr. arts. 57.º, 68.º, n.º 2, do CPTA], incluindo até com alargamento de

¹⁶ Vide ob. cit., págs. 194, 196 e 197; vide, ainda, C. Lopes do Rego in: ob. cit., pág. 30.

¹⁷ Cfr., entre outros, Ac. Tribunal Constitucional n.º 408/2010, de 09.11.2010 - Proc. n.º 263/2009 consultável in: «www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/»; J. C. Vieira de Andrade in: “A Justiça Administrativa - Lições”, 12.ª edição, págs. 438/439; Ireneu Cabral Barreto in: “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada”, 3.ª edição, págs. 133/134; J. Augusto Pais do Amaral in: “Direito Processual Civil”, 2013, 11.ª edição, pág. 16; Manuel Andrade in: ob. cit., pág. 379; Jorge Miranda e Rui Medeiros in: ob. cit., pág. 194.

¹⁸ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros in: ob. cit., pág. 195.

¹⁹ In: “Temas da Reforma do Processo Civil”, 1.º volume, 2.ª edição revista e ampliada, págs. 74/75 e 80.

²⁰ In: ob. cit., pág. 96.

prazo de contestação caso tenha ocorrido citação, por erro da petição, de órgão diferente do que praticou ou deveria ter praticado o ato ou tenha havido impossibilidade de consulta em tempo útil do processo administrativo [vide arts. 81.º, n.ºs 2 e 3, e 83.º, n.º 5, ambos do CPTA], com a intervenção do Ministério Público [cfr. art. 85.º do CPTA], com a pronúncia sobre matéria de exceção arguida pelos RR. e/ou suscitada pelo julgador [cfr. art. 87.º, n.º 1, al. a), do CPTA e, bem assim, em termos de tempestividade/caducidade do direito de ação quanto ao alargamento no quadro do n.º 4 do art. 58.º do CPTA], com as alegações complementares em caso de conhecimento oficioso de ilegalidades pelo juiz ou de liquidação de pedido de indemnização pelos danos em que faltem os elementos necessários para o efeito [cfr. art. 95.º, n.ºs 2 e 6, do CPTA], quer no quadro de outras formas de processo, nomeadamente, na ação administrativa comum [vide, v.g., arts. 3.º, 590.º, n.º 5, 597.º, al. a), do CPC *ex vi* arts. 01.º e 42.º do CPTA] e nos processos urgentes, sejam eles meios principais [impugnações e intimações urgentes - cfr. arts. 99.º, 102.º, 107.º, 110.º, 111.º todos do CPTA], sejam processos cautelares [cfr. arts. 366.º, 372.º, do CPC, 117.º - citação para dedução de oposição pelos requeridos - 121.º - antecipação juízo da causa - 123.º, n.º 3 e 124.º, n.º 2 - caducidade, alteração e revogação da providência cautelar - 131.º, n.º 4 - quanto ao pedido de decretamento provisório da providência - todos do CPTA].

E vale o mesmo princípio no quadro também da fase de recurso jurisdicional [cfr. art. 630.º, n.º 2 (admissibilidade de recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual quando contendam, nomeadamente, com o princípio do contraditório), 654.º, n.ºs 1 e 2 (alteração do efeito fixado ao recurso), 655.º (não conhecimento do objeto do recurso), 665.º, n.º 3 (no caso de julgamento em substituição ao tribunal recorrido - também o mesmo princípio no regime previsto no art. 149.º, n.º 5, do CPTA) todos do CPC aplicáveis *ex vi* art. 140.º do CPTA].

Importa atentar que perante defesa por exceção invocada na contestação ou na oposição, seja ela deduzida no quadro de ação administrativa principal [comum, especial, urgente ou não urgente] ou de processo cautelar, o princípio do contraditório exige e reclama que à parte contrária, no caso o autor/requerente, seja facultada a sua discussão, não podendo, sob pena de nulidade, o juiz sem prévia audição decidir da mesma e julgá-la procedente. Se a improceder ainda se poderá problematizar uma eventual inoperância do efeito invalidatório da nulidade processual cometida dada a eventual ausência de influência no exame ou na decisão da causa ou que seria no caso manifesta a desnecessidade por manifesta a improcedência da exceção ou questão prévia [cfr. arts. 195.º, n.º 1 e 201.º do CPC].

Nessa medida, importa que o juiz administrativo esteja atento na condução dos processos que lhe são distribuídos, controlando se o contraditório se mostra assegurado através da notificação das peças processuais produzidas nos mesmos pelas partes e, constatado o seu incumprimento, providenciar pelo seu suprimento, tal como deve se interrogar se a decisão que pretende tomar constitui ela uma “decisão surpresa”;

viii) o princípio da devolução facultativa ou da suficiência discricionária [cfr. art. 15.º do CPTA] do qual se extrai que o juiz administrativo, uma vez confrontado com uma questão prejudicial que seja da competência dum tribunal de outra jurisdição, pode escolher livremente entre sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie (devolução facultativa), ou então decidir a questão com base nos elementos de prova admissíveis e com

efeitos restritos àquele processo (suficiência discricionária). Frise-se que no caso do juiz sobrestar na sua decisão o mesmo é obrigado a decidir a questão se houver inércia dos interessados por mais de dois meses na instauração ou negligência no andamento do processo relativo à questão prejudicial tal como resulta do citado art. 15.º do CPTA. E articulando-se este princípio com o princípio da economia processual o juiz administrativo deverá optar por decidir a questão prejudicial se a mesma for simples e o processo contiver todos os elementos necessários à emissão do juízo sobre tal questão;

ix) o princípio pro actione ou do favorecimento do processo [cfr. arts. 7.º, 87.º, n.º 2, 88.º e 146.º, n.º 4, do CPTA] - valendo também no contexto do contencioso administrativo e nos seus processos aquilo que são as regras previstas nos arts. 6.º, n.º 2, 278.º n.º 3, 590.º, n.ºs 2, 3 e 4, 639.º, n.º 3, do CPC e em tudo o que não seja contrariado por regras especiais do CPTA - este princípio constitui um corolário normativo ou uma concretização do princípio constitucional do acesso efetivo à justiça e da tutela jurisdicional efetiva, apontando para uma interpretação e aplicação das normas processuais no sentido de promover a emissão de pronúncias sobre o mérito das pretensões formuladas, evitando-se que, por excessivo formalismo, ocorram situações que sejam de denegação de justiça, assim se querendo quebrar aquilo que eram queixas recorrentes no anterior contencioso administrativo.

Trata-se de princípio que tem como destinatário o juiz e destina-se a assegurar que, em caso de dúvida, o julgador efetue ou privilegie a interpretação das normas processuais mais favorável ao acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva. Constitui, pois, um critério de interpretação que o juiz deverá ter em atenção quando tenha de aplicar disposições que consagrem ónus e pressupostos processuais que possam pôr em causa o prosseguimento do processo.

Nessa medida, o juiz, respeitando é certo o disposto no art. 9.º do CC, deve afastar interpretações estritamente formalistas ou ritualistas das normas processuais e intervir de modo a ultrapassar deficiências meramente formais dos articulados para efeito de viabilizar o conhecimento da matéria de fundo.

Atente-se que também em sede de recurso jurisdicional essa preocupação não é esquecida face ao que se mostra previsto no art. 142.º, n.º 3, al. d), do CPTA e mesmo aquilo que constitui a matriz do objeto de pronúncia definido no seu art. 149.º quanto ao recurso de apelação;

x) Os princípios da economia e da celeridade processual [cfr. arts. 6.º e 590.º (dever de gestão processual) e 130.º (proibição prática de atos inúteis) do CPC, 8.º, n.º 2, do CPTA (dever de abstenção de formulação de pedidos de realização de diligências inúteis e da adoção de expedientes dilatórios)].

Ora à luz do princípio da economia processual *lato sensu* o processo terá de ser, tanto quanto possível, tramitado ou organizado, “gerido” na nova terminologia, em função do seu objetivo, eficiente e célere, eliminando-se ou evitando-se tudo o que sejam trâmites (atos/diligências)

desnecessários ou excessivamente complicados, comportamentos dilatatórios, bem como emissão de decisões inúteis, aliás proibidas.

Reclama este princípio um apelo constante ao bom senso do juiz e também das partes, a convocar para uma permanente aferição da concreta ação e pretensão que está a ser julgada, daquilo que são as efetivas questões que opõem as partes, na certeza de que a economia e celeridade processuais não sendo um valor absoluto não podem na sua invocação e aplicação material traduzir-se numa preterição do direito à tutela jurisdicional efetiva, sob pena de negação do Estado de Direito e dos valores que o mesmo enuncia.

Enquanto princípio geral o mesmo manifesta-se ou tem reflexos em vários dos processos do contencioso administrativo, quer através da consagração de processos que são tramitados e julgados sob forma urgente, quer através da definição de soluções que permitem a agilização da tramitação processual nos vários processos [v.g., cfr. arts. 6.º e 590.º do CPC, arts. 48.º (processos em massa), 78.º, n.º 4, 83.º, n.º 2, 91.º e 102.º, n.º 5, do CPTA (favorecimento da dispensa de alegações e o carácter facultativo destas), 87.º, n.º 1, al. b), do CPTA (a possibilidade de decisão do mérito da causa no saneador, com dispensa de alegações), art. 90.º, n.º 2 e 118.º, n.º 3, do CPTA (possibilidade do juiz indeferir requerimentos relativos à prova, por desnecessidade), art. 91.º do CPTA (audiência oral da matéria de facto e de alegações), arts. 121.º e 132.º, n.º 7, do CPTA (decisão da causa principal no processo cautelar, por convolação), bem como as soluções para a extensão dos efeitos da decisão judicial [cfr. art. 161.º do CPTA].

Apenas uns exemplos do que em meu entendimento não deverá ser feito sob pena de infração destes princípios.

Imaginem uma AAE em que inegavelmente foi deduzida defesa por exceção e em que o A. notificado da contestação veio deduzir articulado de resposta no qual tomou posição unicamente sobre tal matéria [não se tratava duma situação patológica em que foi deduzido articulado de resposta sem que tivesse existido defesa por exceção ou suscitada qualquer questão prévia, nem que a resposta tivesse excedido o seu âmbito e o A. tivesse tomado posição sobre matéria relativa a defesa por impugnação]. Seguiu-se, então, despacho do Sr. Juiz a determinar o desentranhamento da resposta já que intempestiva, condenando a parte nas custas do incidente, mas na mesma decisão foi ordenado que o A. viesse, agora, deduzir articulado de resposta para se pronunciar sobre a defesa por exceção!!!

Ou mesmo aquela situação em que é interposto recurso jurisdicional sem apresentação das alegações conjuntamente com tal requerimento e em que ainda no prazo para a sua apresentação o recorrente o vem fazer através de novo requerimento e em que, uma vez concluso o processo, o Sr. Juiz despacha não admitindo o recurso pelo facto de as alegações não terem acompanhado o requerimento de interposição do recurso!!!

2.4. No que diz respeito à *prova ou à instrução* chamaria à atenção para:

i) O princípio do inquisitório, da investigação ou da busca da verdade material [cfr. arts. 90.º, n.ºs 1 e 2, do CPTA, 176.º, n.º 4 (determinar a comparência na audiência final de quem devia prestar depoimento através de carta não cumprida), 411.º (princípio do inquisitório que determina que o juiz deve realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer), 417.º (dever de cooperação das pessoas, sejam ou não partes na causa, para a descoberta da verdade), 436.º (requisição de documentos necessários à descoberta da verdade em poder de organismos oficiais, das partes ou de terceiros), 476.º, n.º 2 (fixação do objeto da perícia e determinação da sua realização), 487.º, n.º 2 (realização de segunda perícia), 516.º, n.º 4 (interrogatório das testemunhas), 601.º (requisição ou designação de técnico), 604.º, n.º 8 (alterar a ordem da produção de prova quando o considere conveniente para a descoberta da verdade) todos do CPC aplicáveis *ex vi* arts. 1.º, 42.º e 90.º, n.º 2, do CPTA].

Assumindo o processo administrativo, em certa medida, um carácter objetivista, sobretudo no que respeita à impugnação de atos e de normas, é natural que o princípio da verdade material adquira uma especial relevância, conferindo-se poder ao julgador de ordenar as diligências instrutórias que se revelem necessárias ao apuramento da verdade material, na certeza de que tal poder terá como fronteira natural ou limite aquilo que é o âmbito do processo, determinado pelo pedido e pela causa de pedir (limites externos) tanto para mais que as diligências a ordenar se destinam a provar os factos que foram alegados como fundamentos do pedido.

Note-se que no que diz respeito aos processos de impugnação de atos e, sobretudo, de normas, considerando os seus momentos objetivistas, serão de entender dum modo mais amplo os poderes do juiz, sobretudo quanto a possibilidade de estender a instrução a “factos instrumentais” [cfr. art. 5.º do CPC], sendo certo que o juiz tem o poder/dever de conhecer oficiosamente as causas de invalidade do ato impugnado não alegadas, bem como de qualificar as ilegalidades/vícios invocados.

ii) O princípio da universalidade dos meios de prova [cfr. arts. 410.º e segs. do CPC e 90.º, n.º 2, do CPTA], já que com a reforma do contencioso o princípio da verdade material só sofre a limitação dos meios de prova decorrente das proibições de prova determinadas por normas constitucionais, designadamente, as relativas aos direitos, liberdades e garantias, pelo que por força do n.º 6 do art. 32.º da CRP, são nulas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Na verdade, importa ter presente que com a Lei n.º 15/2002, que aprovou o CPTA, se procedeu à revogação dos diplomas que disciplinavam a tramitação, poderes instrutórios e de julgamento nos processos do anterior contencioso²¹, mormente, os normativos que nos mesmos regulavam tais matérias e fases [v.g., arts. 12.º e 24.º da Lei Processo Tribunais

²¹ Cfr. o art. 6.º da referida Lei.

Administrativos (abreviadamente «LPTA») (*aprovada pelo DL n.º 267/85*), 817.º²², 845.º e 847.º do Código Administrativo (*aprovado pelo DL n.º 31.095, de 31.12.1940*) e 20.º²³ da Lei Orgânica Supremo Tribunal Administrativo (vulgo «LOSTA») (*aprovado pelo DL n.º 40.768, 08.09.1956*)²⁴.

Assim, passou a disciplinar-se no art. 90.º do CPTA que no “*caso de não poder conhecer do mérito da causa no despacho saneador, o juiz ou relator pode ordenar as diligências de prova que considere necessárias para o apuramento da verdade*” [n.º 1], podendo o juiz/relator “*indeferir, mediante despacho fundamentado, requerimentos dirigidos à produção de prova sobre certos factos ou recusar a utilização de certos meios de prova quando, o considere claramente desnecessário, sendo, quanto ao mais, aplicável o disposto na lei processual civil no que se refere à produção de prova*” [n.º 2].

Nessa medida e através da remissão operada pela parte final do n.º 2 do citado preceito mostram-se hoje afastadas as limitações de instrução probatória e de meios de prova²⁵ legalmente admissíveis no contencioso administrativo e que, como vimos, existiam no anterior contencioso já que as ações administrativas especiais previstas e reguladas no CPTA²⁶ passaram, nesse âmbito, a ser disciplinadas pelo regime decorrente dos arts. 410.º a 526.º do CPC²⁷, atribuindo-se ao julgador administrativo poderes de controlo e de instrução nesse mesmo domínio, quer em 1.ª instância quer mesmo em sede de recurso jurisdicional [cfr. arts. 90.º, n.º 1, e 149.º, n.º 2, ambos do CPTA], o que aporta, como referimos supra, claras consequências para e no julgamento de facto a realizar [cfr. arts. 91.º do CPTA, 607.º, n.ºs 4, 5 e 6, do CPC] e mais amplamente, no nosso entendimento, no objeto do processo e da pronúncia a emitir.

iii) O princípio da aquisição processual [cfr. art. 413.º do CPC aplicável *ex vi* arts. 1.º e 90.º, n.º 2, do CPTA], o mesmo trata-se de uma decorrência normal do princípio da verdade material, em cujos termos o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, independentemente da parte que as juntou e das mesmas serem ou não favoráveis a essa mesma parte.

Este princípio tem como limite o princípio do dispositivo já que não é admissível considerar as provas coligidas no processo que não tenham adequada correspondência com os factos

²² No qual se disciplinava que nos “*recursos de decisões proferidas em processos disciplinares os tribunais do contencioso administrativo não poderão conhecer da gravidade da pena aplicada nem a existência material das faltas imputadas aos arguidos, salvo quando se alegue desvio de poder ou quando a lei fixe expressamente quer a pena, quer as condições de existência da infração*”.

²³ Em que se previa que nos “*recursos das decisões proferidas em processos disciplinares em que sejam arguidos agentes administrativos, o Tribunal não poderá conhecer da gravidade da pena aplicada nem da existência material das faltas imputadas aos arguidos, salvo quando a lei fixar expressamente quer a pena quer as condições de existência da infração ou quando se alegue desvio de poder*”.

²⁴ De referir que o art. 20.º da «LOSTA» veio a ser, aliás, julgado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 8/99 consultável em «www.tribunalconstitucional.pt».

²⁵ Definidos por Michele Taruffo como “*qualquer elemento que possa ser usado para estabelecer a verdade acerca dos factos da causa*” (em “*La prueba*”, 2008, pág. 15).

²⁶ Cfr. os arts. 46.º e seguintes do CPTA.

²⁷ Vide neste sentido, mas reportando-se contudo à versão do CPC então vigente, J. C. Vieira de Andrade in: ob. cit., pág. 445; Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha in: “*Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*”, 3.ª edição, págs. 602/603.

substanciadores da causa de pedir/factos principais/factos essenciais que tenham sido alegados por qualquer uma das partes [cfr. art. 5.º, n.º 1, do CPC - “às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”] salvo no que tange à possibilidade, prevista no n.º 2 do art. 5.º do CPC, de além dos factos articulados pelas partes serem ainda considerados pelo juiz: “a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa”; “b) Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar”; e “c) Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções”.

iv) O princípio da livre apreciação das provas [cfr. art. 607.º, n.º 5, do CPC]. Ao invés do que acontece nos sistemas da prova legal em que a conclusão probatória está prefixada legalmente, nos sistemas da livre apreciação da prova, como o nosso, o julgador detém a liberdade de formar a sua convicção sobre os factos, objeto de discussão em sede de julgamento, com base apenas no juízo que se fundamenta no mérito objetivamente concreto do caso, na sua individualidade histórica, adquirido representativamente no processo.

Note-se, contudo, que este sistema não significa puro arbítrio por parte do julgador. É que este, pese embora, livre no seu exercício de formação da sua convicção não está isento ou eximido de indicar os fundamentos onde aquela assentou por forma a que, com recurso às regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquele processo de formação da convicção sobre a prova ou não prova daquele facto, permitindo, desta feita, sindicá-lo ao processo racional da própria decisão.

Aliás, a nossa lei processual determina e faz impender sobre o julgador um ónus de objetivação da sua convicção, através da exigência da fundamentação da matéria de facto [da factualidade provada e da não provada], devendo aquele analisar criticamente as provas e especificar os fundamentos que foram decisivos para a sua convicção [cfr. art. 607.º, n.ºs 4 e 5, do CPC].

É que não se trata de um mero juízo arbitrário ou de simples intuição sobre veracidade ou não de uma certa realidade de facto, mas antes duma convicção adquirida por intermédio dum processo racional, objetivado, alicerçado na análise crítica comparativa dos diversos dados recolhidos nos autos na e com a produção das provas e na ponderação e maturação dos fundamentos e motivações, sendo que aquela convicção carece de ser enunciada ou explicitada por expressa imposição legal como garante da transparência, da imparcialidade e da inerente assunção da responsabilidade por parte do julgador na administração da justiça.

Aliás e segundo os ensinamentos de M. Teixeira de Sousa “o tribunal deve indicar os fundamentos suficientes para que, através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquela convicção sobre o julgamento do facto provado ou não provado. A exigência da motivação da decisão não se destina a obter a exteriorização das razões psicológicas da convicção do juiz, mas a permitir que o juiz convença os terceiros da

correção da sua decisão. Através da fundamentação, o juiz passa de convencido a convincente”²⁸.

No entanto, a lei contenciosa administrativa determina algumas compressões a este princípio, estabelecendo presunções de prova em determinadas situações, como ocorre no âmbito da ação administrativa especial, quando a autoridade administrativa não envie o processo administrativo e tal facto tomar a prova impossível ou de considerável dificuldade, situação em que se consideram provados os factos alegados pelo autor [cfr. art. 84.º, n.º 5, do CPTA], ou ainda no quadro dos processos cautelares, em que na falta de oposição se presumem verdadeiros os factos invocados pelo requerente [cfr. art. 118.º, n.º 1, do CPTA].

v) O **princípio da repartição do ónus da prova objetivo** - cfr. arts. 342.º e segs. do CC e a necessidade da sua adequação àquilo que são especificidades das formas e processos do contencioso administrativo, bem aquilo que são os objetos de cada umas dessas formas/meios de processuais, os tipos de atos administrativos que estejam a ser impugnados .

2.5. Por fim, e no quadro da **forma processual** frisaria:

i) Os **princípios da forma escrita e da oralidade**, já que, tradicionalmente, o processo administrativo organiza-se através de peças escritas [cfr., v.g., arts. 23.º, 24.º, 78.º e segs., 91.º, n.º 4, do CPTA, 131.º e segs., 146.º, 147.º, 150.º, 153.º, 155.º, 157.º, 159.º a 161.º do CPC], sendo que, em matéria de oralidade, importa atentar na audiência pública destinada à discussão oral da matéria de facto e às alegações sobre a matéria de direito [cfr. art. 91.º, n.ºs 1 e 3, do CPTA], na audiência pública na impugnação urgente de contencioso pré-contratual [cfr. art. 103.º do CPTA] e na audiência oral prevista na intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias em situações de especial urgência [cfr. art. 111.º do CPTA];

ii) O **princípio da publicidade das decisões** [cfr. art. 30.º do CPTA], do qual dimana que, além da notificação às partes, aquelas estão sujeitas a publicação no Diário da República quando declarem a ilegalidade de normas com força obrigatória geral ou concedam provimento à impugnação de atos aí publicados [cfr. n.ºs 7 e 8 do referido art. 30.º do CPTA]. De referir, que a generalidade dos acórdãos dos tribunais superiores estão sujeitos a uma publicidade especial, seja a publicação em apêndice ao Diário da República, seja a divulgação informática em bases de dados;

iii) O **princípio da fundamentação obrigatória das decisões judiciais** [cfr. arts. 154.º, 607.º, n.ºs 3 e 4, CPC e 94.º do CPTA], do qual decorre que as decisões judiciais proferidas nos processos administrativos, tal como se passa nos outros processos, carecem de fundamentação contextual, que há-de discriminar as razões de facto e de direito em que se estribam, isto é, os factos provados e a indicação, interpretação e aplicação das normas jurídicas correspondentes, cumprindo-se, assim, aquilo que é o comando constitucional vertido no art. 205.º, n.º 1, da CRP.

²⁸ Vide: “Estudos sobre o novo Processo Civil”, pág. 348.

3. Nota final

É já tempo de encerrar estas notas que se foram soltando em torno do tema que me foi proposto.

Os princípios jurídicos do processo administrativo são múltiplos e variados, influenciando toda a atividade dos vários intervenientes e atores processuais, marcando toda as fases e momentos que um processo comporta ou encerra.

Os tribunais administrativos num Estado de Direito no exercício das suas competências e funções prosseguem um duplo desígnio: a defesa da juridicidade do agir administrativo e a proteção dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos em face de eventuais abusos da Administração.

Para o assegurar daquele duplo desígnio a boa interiorização e utilização/aplicação dos referidos princípios revela-se essencial, ditando da qualidade da justiça que se realiza.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



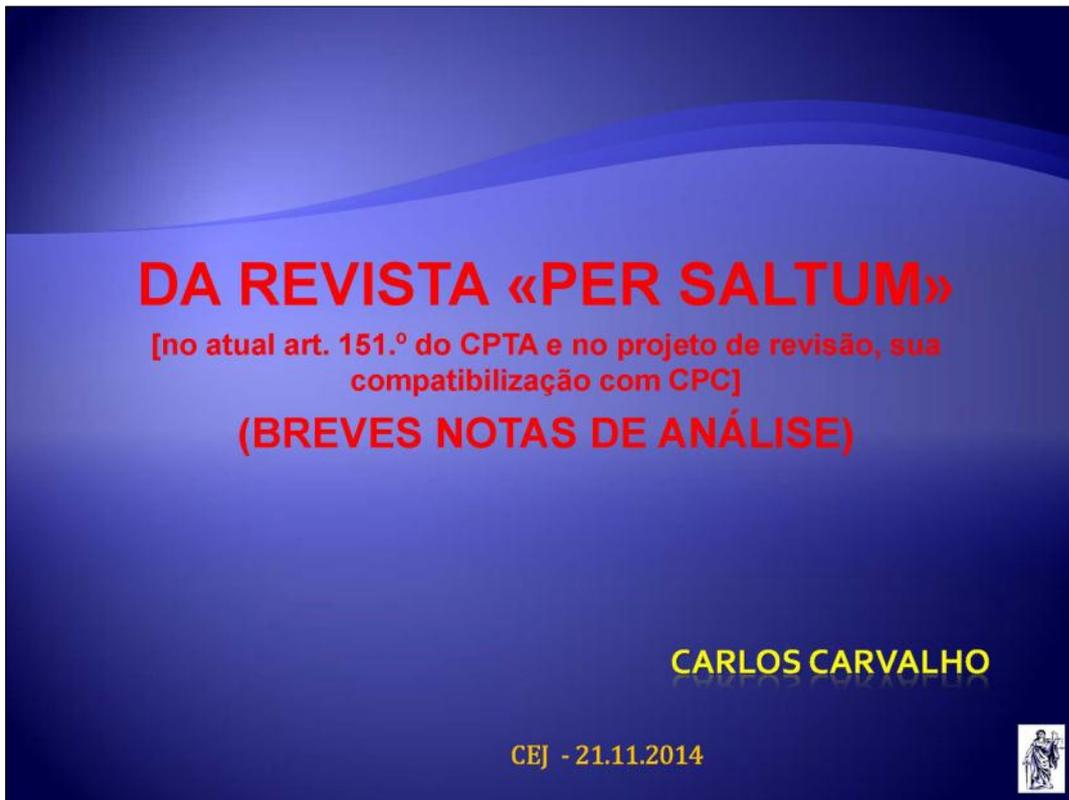
2. Recursos em processo administrativo e tributário

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DA REVISTA “PER SALTUM”

Carlos Carvalho*

Apresentação em *PowerPoint*



* Juiz Conselheiro no STA.

ESQUEMA

- ✓ ENQUADRAMENTO - CONSIDERANDOS INTRODUTÓRIOS
- ✓ ASSENTO LEGAL
- ✓ QUALIFICAÇÃO
- ✓ LEGITIMIDADE
- ✓ DECISÃO JUDICIAL OBJETO RECURSO e REQUISITOS ESPECÍFICOS DO MESMO
- ✓ EFEITO
- ✓ PRAZO INTERPOSIÇÃO/OPOSIÇÃO
- ✓ TRAMITAÇÃO e DECISÃO ADMISSÃO/RECUSA
- ✓ JULGAMENTO
- ✓ NOTAS FINAIS/QUESTÕES



ENQUADRAMENTO

CONSIDERANDOS INTRODUTÓRIOS



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 151.º

P/CPTA

Revista per saltum para o Supremo Tribunal Administrativo

- 1 - Os recursos interpostos de decisões de mérito proferidas por tribunais administrativos de círculo são da competência do Supremo Tribunal Administrativo quando as partes, nas alegações, suscitem apenas questões de direito e o valor da causa seja superior a 500.000 € ou seja indeterminada, designadamente nos processos de declaração de ilegalidade de norma ou de declaração de ilegalidade por omissão de norma.
- 2 - O disposto no número anterior não se aplica a processos respeitantes a atos administrativos em matéria de emprego público ou relacionados com formas públicas ou privadas de protecção social. ↑
- 3 - Os recursos previstos no n.º 1 são julgados como revista, sendo-lhes aplicável o disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo anterior.
- 4 - Se, remetido o processo ao Supremo Tribunal Administrativo, o relator entender que as questões suscitadas ultrapassam o âmbito da revista, determina, mediante decisão definitiva, que o processo baixe ao Tribunal Central Administrativo, para que o recurso aí seja julgado como apelação, com aplicação do disposto no artigo 149.º.
- 5 - Se o relator admitir o recurso, pode haver reclamação para a conferência, nos termos gerais.



DOS RECURSOS JURISDICIONAIS

Podemos falar em sede de contencioso administrativo da existência de um direito ao recurso jurisdicional?



DOS RECURSOS JURISDICIONAIS

- A CRP não garante o direito à interposição dum recurso relativamente a todos os processos e a todas as decisões jurisdicionais, dispondo o legislador de ampla liberdade de conformação.
- O legislador não está obrigado a assegurar que possa haver lugar à emissão de duas decisões por parte de tribunais hierarquicamente distintos por forma a que a segunda possa ser diversa da primeira.



DOS RECURSOS JURISDICIONAIS

- A previsão, admissibilidade e tramitação dos recursos jurisdicionais em sede dos processos não cobertos pela garantia do art. 32.º da CRP, tem sido entendimento reiterado do TC o de que não se extrai do art. 20.º, n.º 1, nem mesmo do art. 268.º, n.º 4 ambos da CRP um direito geral a um duplo grau de jurisdição.

(Cfr., entre outros, os Acs. do Tribunal Constitucional n.ºs 31/87, 340/90, 211/93, 40/2008, 44/2008, 244/2008, 197/2009 e 846/2013)





QUADRO LEGAL CONSIDERAR

ETAF

✓ **ARTS. 06.º (alçadas), 12.º (funcionamento e poderes cognição do STA), 24.º, n.ºs 1, al. g) e 2 e 25.º (competência do STA para julgamento recursos)**

CPTA

✓ **ARTS. 27.º, 48.º, n.º 5, 140.º a 148.º e 151.º**

CPC

✓ **ARTS. 108.º (regra incompetência no tribunal recurso), 268.º (apensação de processos em sede recurso), 281.º (deserção instância e recursos), 531.º (taxa sancionatória excepcional), 627.º, 628.º, 629.º, 631.º a 639.º, 641.º, 642.º, 652.º a 661.º, 667.º, 674.º, 677.º, 678.º, 679.º a 685.º**

RCP

✓ **ARTS. 06.º, n.ºs 2 e 5, 07.º, n.º 2, 12.º, n.º 2**



DA REVISTA «PER SALTUM»

QUALIFICAÇÃO: RECURSO ORDINÁRIO

LEGITIMIDADE: ART. 141.º CPTA

DECISÃO JUDICIAL OBJETO RECURSO e

REQUISITOS ESPECÍFICOS: ARTS. 151.º, 31.º a 34.º e 142.º (??) CPTA, 06.º ETAF, 44.º LOSJ

EFEITO: ART. 143.º/1, 3, 4 e 5 CPTA

PRAZO INTERPOSIÇÃO/CONTRA-ALEGAÇÃO:

ARTS. 144.º, 145.º e 147.º CPTA

DECISÃO ADMISSÃO/RECUSA: ART. 151.º/3 e 4 CPTA

TRAMITAÇÃO: ARTS. 151.º, 146.º e 150.º, n.ºs 2 a 4 CPTA

JULGAMENTO: ARTS. 151.º e 148.º CPTA, 16.º, 17.º e 23.º/2 ETAF



QUALIFICAÇÃO



DA REVISTA «PER SALTUM»

DISTINÇÃO RECURSOS ORDINÁRIOS

≠

EXTRAORDINÁRIOS

- DECISÃO OBJETO IMPUGNAÇÃO MOSTRAR-SE OU NÃO TRANSITADA EM JULGADO
- P/CPTA - introduz acerto dogmático ao Título VI relativo aos Recursos jurisdicionais - ver seu art. 140.º

P/CPTA

Artigo 140.º

Espécies de recursos e regime aplicável

1 - Os recursos das decisões proferidas pelos tribunais administrativos são ordinários ou extraordinários, sendo ordinários a apelação e a revista e extraordinários o recurso para uniformização de jurisprudência e a revisão.

2 - Só existe recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo nos casos e termos previstos no capítulo seguinte.

3 - Os recursos das decisões proferidas pelos tribunais administrativos regem-se pelo disposto na lei processual civil, salvo o disposto no presente Título.



DA REVISTA «PER SALTUM»

QUALIFICAÇÃO:

- RECURSO ORDINÁRIO

- DE USO **NÃO OBRIGATÓRIO/VINCULADO** - a parte vencida discordando da decisão apenas quanto a «questões de direito» e reunidos os demais requisitos legais não está ou não lhe é imposto a dedução de recurso de revista «per saltum», nos termos do art. 151.º do CPTA, já que pode optar pela dedução de recurso de apelação e, uma vez inconformada, fazer uso do recurso de revista previsto no art. 150.º CPTA [recurso excecional]. **(DOCTRINA NÃO É UNÂNIME!!!)**

- Feita a opção entre um recurso e outro por impossibilidade lógica e prática decidido o recurso de apelação não poderá a parte vencida pretender lançar mão do recurso de revista «per saltum»



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 140.º Regime aplicável

Os recursos ordinários das decisões jurisdicionais proferidas pelos tribunais administrativos regem-se pelo disposto na lei processual civil, com as necessárias adaptações, e são processados como os recursos de agravo, sem prejuízo do estabelecido na presente lei e no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.



Hoje remissão é para o regime do recurso de **apelação** [arts. 644.º a 670.º do NCPC] face à abolição do recurso de agravo operada pelo DL 303/07 [art. 04.º/1/a) do DL 303/07]



LEGITIMIDADE RECURSIVA



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 141.º
Legitimidade

CPTA

1 - Pode interpor recurso ordinário de uma decisão jurisdicional proferida por um tribunal administrativo quem nela tenha ficado vencido e o Ministério Público, se a decisão tiver sido proferida com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais.

2 - Nos processos impugnatórios, considera-se designadamente vencido, para o efeito do disposto no número anterior, o autor que, tendo invocado várias causas de invalidade contra o mesmo acto administrativo, tenha decaído relativamente à verificação de alguma delas, na medida em que o reconhecimento, pelo tribunal de recurso, da existência dessa causa de invalidade impeça ou limite a possibilidade de renovação do acto anulado.

3 - Ainda que um acto administrativo tenha sido anulado com fundamento na verificação de diferentes causas de invalidade, a sentença pode ser impugnada com base na inexistência de apenas uma dessas causas de invalidade, na medida em que do reconhecimento da inexistência dessa causa de invalidade dependa a possibilidade de o acto anulado vir a ser renovado.



DA REVISTA «PER SALTUM»

- LEGITIMIDADE RECURSIVA NÃO DIVERGE DA REGRA GERAL:
- **“QUEM NELA TENHA FICADO VENCIDO”**
[PARTES PRINCIPAIS (A./R./
CONTRAIINTERESSADOS/ INTERVENIENTES
PRINCIPAIS / INTERVENIENTE ACESSÓRIO -
CHAMADO - ARTS. 323.º/4 e 332.º NCPC)]
- **M.ºP.º** - independentemente de ser parte ou não no processo com fundamento na *“violação de disposições e princípios constitucionais ou legais”*
- ARTS. 141.º CPTA e 3.º/1/O) EMP
- **“TERCEIROS”** - ART. 631.º/2 NCPC (art. 141º/4 P/CPTA)

Artigo 631.º
Quem pode recorrer

N/CPC

1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, os recursos só podem ser interpostos por quem, sendo parte principal na causa, tenha ficado vencido.
~~2 -~~ As pessoas direta e efetivamente prejudicadas pela decisão podem recorrer dela, ainda que não sejam partes na causa ou sejam apenas partes acessórias.



DA REVISTA «PER SALTUM»

“PARTE VENCIDA” - AQUELA A QUEM A DECISÃO JUDICIAL CAUSA PREJUÍZO/SE MOSTRA DESFAVORÁVEL EM FUNÇÃO SENTIDO DECISÃO (PROCEDÊNCIA/IMPROCEDÊNCIA PEDIDO: - NOS PROCS. IMPUGNATÓRIOS (importa atentar nas várias causas invalidade invocadas - conjugar arts. 141.º/2 e 3 e 95.º/2 e 3 CPTA); e QUANTO AO R. INDEPENDENTEMENTE DE HAVER DEDUZIDO OPOSIÇÃO OU NÃO NO PROCESSO



DA REVISTA «PER SALTUM»

VENCIMENTO/DECAIMENTO:

- **PEDIDOS CUMULADOS OU EM RELAÇÃO DE SUBSIDIARIEDADE** - DECISÃO JUDICIAL QUE OS HAJA IMPROCEDIDO, OU QUE HAJA DENEGADO UM DOS PEDIDOS CUMULADOS OU AQUELA QUE HAJA PROCEDIDO PEDIDO SUBSIDIÁRIO E IMPROCEDIDO PEDIDO PRINCIPAL - CONSTITUEM DECISÕES DESFAVORÁVEIS QUE LEGITIMAM A DEDUÇÃO RECURSO



DA REVISTA «PER SALTUM»

- **PEDIDOS ALTERNATIVOS** - procedendo um deles não existe prejuízo/vencimento para o A. já que a decisão corresponde a uma das soluções jurídicas possíveis
- VALEM REGRAS CPC RELATIVAS RECURSO INDEPENDENTE/SUBORDINADO (ART. 633.º NCPC), EXTENSÃO RECURSO (ART. 634.º NCPC), DELIMITAÇÃO SUBJETIVA/OBJETIVA RECURSO (ART. 635.º NCPC) e AMPLIAÇÃO ÂMBITO (ART. 636.º NCPC ressalvada segmento relativo julgamento facto)



DECISÃO JUDICIAL OBJETO E REQUISITOS ESPECÍFICOS RECURSO



DA REVISTA «PER SALTUM»

À PERGUNTA SOBRE QUE DECISÕES
PODEM SER OBJETO DESTE RECURSO
REVISTA TEMOS QUE A SUA RESPOSTA
IMPORTA CONJUGAR ARTS. 151.º/1 e 2
e 142.º (??)/1 e 4, 06.º ETAF, 31.º a 34.º
CPTA

Artigo 151.º

Revista per saltum para o Supremo Tribunal Administrativo

CPTA



- 1 - Quando o valor da causa seja superior a 3 milhões de euros ou seja indeterminável e as partes, nas suas alegações, suscitem apenas questões de direito, o recurso interposto de decisão de mérito proferida por um tribunal administrativo de círculo sobe directamente ao Supremo Tribunal Administrativo, como revista à qual é aplicável o disposto nos n.os 2 a 4 do artigo anterior.
- 2 - O disposto no número anterior não se aplica a processos respeitantes a questões de funcionalismo público ou relacionadas com formas públicas ou privadas de protecção social.



DA REVISTA «PER SALTUM»

CPTA

Artigo 142.º

Decisões que admitem recurso

**PARA RECURSOS APELAÇÃO
E NÃO PARA REVISTA - cfr. n.º
4 deste artigo e arts. 150.º e
151.º CPTA**

1 - O recurso das decisões que, em primeiro grau de jurisdição, tenham conhecido do mérito da causa é admitido nos processos de valor superior à alçada do tribunal do qual se recorre.

2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, consideram-se incluídas nas decisões sobre o mérito da causa as que, em sede executiva, declarem a existência de causa legítima de inexecução, pronunciem a invalidade de actos desconformes ou fixem indemnizações fundadas na existência de causa legítima de inexecução.

3 - Para além dos casos previstos na lei processual civil, é sempre admissível recurso, seja qual for o valor da causa, das decisões:

- De improcedência de pedidos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias;
- Proferidas em matéria sancionatória;
- Proferidas contra jurisprudência uniformizada pelo Supremo Tribunal Administrativo;
- Que ponham termo ao processo sem se pronunciarem sobre o mérito da causa.

4 - O recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo só é admissível nos casos e termos previstos no capítulo seguinte.

5 - As decisões proferidas em despachos interlocutórios devem ser impugnadas no recurso que venha a ser interposto da decisão final, excepto nos casos de subida imediata previstos no Código de Processo Civil.

**REVISTA ART. 150.º CPTA e REVISTA «PER SALTUM» ART. 151.º
CPTA - NÃO SE LHES APLICAM OS CRITÉRIOS GERAIS DE
ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS**



DA REVISTA «PER SALTUM»

**DECISÕES OBJETO DE RECURSO REVISTA
«PER SALTUM»:**

**- NÃO DECISÕES TAC QUE PONHAM TERMO
AO PROCESSO FUNDADAS QUESTÕES
ADJETIVAS/PROCESSUAIS, NÃO DECISÕES
PROC. CAUTELARES** (Ac. STA 29.6.2005 - P. 608/05 - não são

decisões de mérito definitivas que julguem a causa: J.C. Vieira de Andrade) e

NÃO DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.



DA REVISTA «PER SALTUM»

DECISÕES OBJETO DE RECURSO REVISTA «PER SALTUM»:

- APENAS DECISÕES DE **MÉRITO** [saneador (conhecimento total/parcial objeto processo e julgamento de exceção perentória)/decisão final] **PROFERIDAS PELO TAC EM PROCS.** [AAC/AAE/IMPUG.-INTIMAÇÕES URGENTES, MAS NÃO PC] **COM OBJETO NÃO ABRANGIDO PELO N.º 2 ART. 151.º CPTA**
- **NÃO OBVIAMENTE AS DECISÕES MÉRITO PROFERIDAS PELO TCA em 1.ª instância** [art. 151.º decisões “TAC”, sendo que daquelas decisões TCA cabe apenas recurso para STA como “apelação”].



DA REVISTA «PER SALTUM»

VALOR CAUSA RELEVA PARA ADMISSIBILIDADE DESTE RECURSO [ARTS. 151.º/1, 31.º a 34.º CPTA, 06.º ETAF] [REGIME DIVERSO DA REVISTA DO ART. 150.º CPTA QUE NÃO ESTÁ CONDICIONADA PELO VALOR AÇÃO/SUCUMBÊNCIA - v.g. Ac. STA 31.10.2013 - P. 01615/13 - “apesar de o valor da causa ou da sucumbência não constituírem critério de admissibilidade ou rejeição da revista prevista no art. 150.º do CPTA, a relevância social da questão não é indiferente à importância económica do litígio. Salvo se se tratar de questão de grande repercussão comunitária ou que verse sobre matéria de central importância no sistema jurídico ou na prática contenciosa, ou de decisão que aparente ser insuportavelmente errónea, não é razoável admitir a intervenção do órgão de cúpula da jurisdição em litígios de escassa expressão económica”]



DA REVISTA «PER SALTUM»

VALOR CAUSA RELEVA PARA ADMISSIBILIDADE DESTE RECURSO [ARTS. 151.º/1, 31.º a 34.º CPTA, 06.º ETAF, 44.º LOSJ]:

- SUPERIOR A 3 MILHÕES EUROS (superior a 500.000,00 € no P/CPTA)
- AÇÃO COM VALOR INDETERMINÁVEL - ARTS. 151.º, 34.º CPTA

- NÃO RELEVÂNCIA CRITÉRIO SUCUMBÊNCIA NESTE TIPO RECURSO ≠ REC. «PER SALTUM» **ART. 678.º CPC**



DA REVISTA «PER SALTUM»

VALOR CAUSA RELEVA PARA ADMISSIBILIDADE DESTE RECURSO [ARTS. 151.º/1, 31.º a 34.º CPTA, 06.º ETAF e 44.º LOSJ (LEI 62/2013)]:

Artigo 44.º

Alçadas

LOSJ

1 — Em matéria cível, a alçada dos tribunais da Relação é de € 30 000 e a dos tribunais de primeira instância é de € 5000.

2 — Em matéria criminal não há alçada, sem prejuízo das disposições processuais relativas à admissibilidade de recurso.

3 — A admissibilidade dos recursos por efeito das alçadas é regulada pela lei em vigor ao tempo em que foi instaurada a ação.

Artigo 6º

Alçada

ETAF

1 - Os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal têm alçada.

2 - A alçada dos tribunais tributários corresponde a um quarto da que se encontra estabelecida para os tribunais judiciais de 1.ª instância.

3 - A alçada dos tribunais administrativos de círculo corresponde àquela que se encontra estabelecida para os tribunais judiciais de 1.ª instância.

4 - A alçada dos tribunais centrais administrativos corresponde à que se encontra estabelecida para os tribunais da Relação.

5 - Nos processos em que exerçam competências de 1.ª instância, a alçada dos tribunais centrais administrativos e do Supremo Tribunal Administrativo corresponde, para cada uma das suas secções, respectivamente à dos tribunais administrativos de círculo e à dos tribunais tributários.

6 - A admissibilidade dos recursos por efeito das alçadas é regulada pela lei em vigor ao tempo em que seja instaurada a ação.



Artigo 678.º

Recurso per saltum para o Supremo Tribunal de Justiça

NCPC

1 - As partes podem requerer, nas conclusões da alegação, que o recurso interposto das decisões referidas no n.º 1 do [artigo 644.º](#) suba diretamente ao Supremo Tribunal de Justiça, desde que, cumulativamente:

- a) O valor da causa seja superior à alçada da Relação;
- b) O valor da sucumbência seja superior a metade da alçada da Relação;
- c) As partes, nas suas alegações, suscitem apenas questões de direito;
- d) As partes não impugnem, no recurso da decisão prevista no n.º 1 do [artigo 644.º](#), quaisquer decisões interlocutórias.

2 - Sempre que o requerimento referido no número anterior seja apresentado pelo recorrido, o recorrente pode pronunciar-se no prazo de 10 dias.

3 - O presente recurso é processado como revista, salvo no que respeita aos efeitos, a que se aplica o disposto para a apelação.

4 - A decisão do relator que entenda que as questões suscitadas ultrapassam o âmbito da revista e determine que o processo baixe à Relação, a fim de o recurso aí ser processado, é definitiva.

5 - Da decisão do relator que admita o recurso per saltum, pode haver reclamação para a conferência



DA REVISTA «PER SALTUM»

O QUE É A SUCUMBÊNCIA e SEU VALOR:
 reporta-se ao montante do prejuízo que a decisão recorrida importa para o recorrente, aferido pelo teor da alegação do recurso e pela pretensão nele formulada, equivalendo, pois, ao valor do recurso, traduzido na utilidade económica que, através dele, se pretende obter.



DA REVISTA «PER SALTUM»

Se a parte, tendo pugnado, nas instâncias, pela absolvição do pedido, ou um dos pedidos, sofre condenação de valor superior a metade da alçada do tribunal que proferiu a decisão, e interpõe recurso, em cuja alegação se conforma com o sentido da decisão, discordando, apenas, do quantum da condenação, o valor da sucumbência a atender, para efeito de admissibilidade do recurso, é o da diferença entre o montante fixado na decisão recorrida e o que pretende seja fixado na decisão do recurso - é essa diferença que consubstancia a medida do que na decisão a recorrente passou a considerar que lhe foi desfavorável.



DA REVISTA «PER SALTUM»

Compreende-se que assim seja, pois, subjacente à exigência da medida da sucumbência encontra-se a repercussão económica da decisão recorrida para a parte vencida, na perspetiva desta, que pode, no requerimento de interposição do recurso, restringi-lo a qualquer dos segmentos decisórios da decisão impugnada e, nas conclusões da alegação, restringir o objeto inicial do recurso, sendo que os efeitos do julgado, na parte não recorrida, não podem ser prejudicados pela decisão do recurso.



DA REVISTA «PER SALTUM»

VALOR SUCUMBÊNCIA [ART. 629/1 NCPC]: DECISÃO SER DESFAVORÁVEL AO RECORRENTE EM VALOR SUPERIOR A METADE DO VALOR DA ALÇADA DO TRIBUNAL DE QUE SE RECORRE; EM CASO DE DÚVIDA FUNDADA QUANTO A TAL VALOR ATENDE-SE SOMENTE AO VALOR DA CAUSA



DA REVISTA «PER SALTUM»

- NÃO RELEVÂNCIA **CRITÉRIO SUCUMBÊNCIA**
- **ART. 151.º CPTA NÃO O PREVÊ, NEM NA VERSÃO ORIGINÁRIA NEM NO PROJETO [CPC nas suas várias redações sempre o previu (art. 725º CPC/95-96; art. 725º/2008; art. 678.º NCPC)] o que aponta para que o legislador no contencioso administrativo não terá querido que o mesmo relevasse como critério redutor do direito ao recurso. Aliás, tal critério não se coadunará quando o valor da causa seja indeterminável - como definir a sucumbência nesse caso?!!! Ao invés da redação do art. 142.º/1 CPTA que apresenta regime em parte similar ao art. 629.º/1 NCPC, mostrando-se ambos conexionados de algum modo com a alçada do tribunal de cuja decisão se recorre, o art. 151.º/1 CPTA coloca acento tónico no valor do processo sem qualquer relação com a alçada do tribunal "a quo".**



DA REVISTA «PER SALTUM»

Questão não apreciada concretamente pelo STA mas...

Acs. de 29.05.2012 - P. 1069/11 e de 12.06.2012 - P. 071/12 referem a dado passo que o *critério da sucumbência* [art. 678.º/1 CPC - atual 629.º/1 NCPC] “estando relacionado com o valor da causa, só poderá, eventualmente, colocar-se relativamente aos casos em que o valor da causa releva para a admissibilidade do recurso no contencioso administrativo, como é o caso do art.142.º, n.º 1 e 2 do CPTA, que tem, porém, o seu campo de aplicação limitado às *decisões que, em primeiro grau de jurisdição, conheçam do mérito da causa*. Nesses casos, poderá questionar-se, se foi ou não intenção do legislador do CPTA afastar aquele critério. Já nos casos em que, nos termos do citado art.142.º, o recurso é sempre admissível *independentemente do valor da causa* (cf. por ex. o seu n.º 3), o critério da sucumbência nunca poderá ter aplicação, porque inequivocamente afastado pelo legislador”.



DA REVISTA «PER SALTUM»

Acs. de 29.05.2012 - P. 1069/11 e de 12.06.2012 - P. 071/12 [com votos de vencido quanto à caracterização da decisão que estava a ser objeto de impugnação se incluir ou não no art. 142.º/3/d) CPTA] sustentou-se que “tendo a sentença da 1.ª Instância, proferida nos autos, julgado extinta a instância, por impossibilidade superveniente da lide e, portanto, posto termo ao processo sem se pronunciar sobre o mérito da causa, o recurso dela interposto pela entidade demandada, embora restringido à fixação da responsabilidade pelas custas, é sempre admissível, independentemente do valor da causa, nos termos do art.142.º, n.º 3, d) do CPTA”.



DA REVISTA «PER SALTUM»

Notas à parte quanto do presente recurso revista:

- CRITÉRIO DA **SUCUMBÊNCIA** PODERÁ **VALER** NO QUADRO DO RECURSO DE **APELAÇÃO** [ARTS. 140.º, 142.º/1, 149.º CPTA e 629.º/1 NCPC] [doutrina, v.g., M. Aroso Almeida e Carlos Cadilha admitem-no...];
- **SUCUMBÊNCIA IMPOSSÍVEL DETERMINAR**: pedido ilícito (fica recurso dependente do valor dado à ação) ou mesmo em certos incidentes nominados/inominados (v.g., indef. arguição nulidade processual, impugnação de decisão admissão ou recusa inquirição testemunha ou outros meio de prova ...)



DA REVISTA «PER SALTUM»

Notas à parte quanto do presente recurso revista:

- **SUCUMBÊNCIA SITUAÇÕES DUVIDOSAS**:
 - a) **Ações apensas**
 - b) **Cumulação objetiva simples** (art. 555.º NCPC)
 - c) **Cumulação alternativa** (art. 553.º NCPC)
 - d) **Cumulação eventual** (art. 554.º/1 NCPC)
 - e) ...



DA REVISTA «PER SALTUM»

Nota à parte quanto ao presente recurso revista e a propósito do art. 142.º CPTA:

DECISÕES SOBRE QUESTÕES PROCESSUAIS, DEC. INTERLOCUTÓRIAS, DECISÕES SOBRE INCIDENTES E PROVID. CAUTELARES - estão sujeitas à alçada para efeitos de recurso ressalvadas aquelas decisões formais abarcadas pelo art. 142.º/3/d) CPTA - recorríveis sem dependência de valor



EFEITO RECURSO



DA REVISTA «PER SALTUM»

VALE APENAS
PARA I.P.D.L.G.

Artigo 143.º
Efeitos dos recursos

CPTA

- 1 - Salvo o disposto em lei especial, os recursos têm efeito suspensivo da decisão recorrida.
- 2 - Os recursos interpostos de intimações para protecção de direitos, liberdades e garantias e de decisões respeitantes à adopção de providências cautelares têm efeito meramente devolutivo.
- 3 - Quando a suspensão dos efeitos da sentença seja passível de originar situações de facto consumado ou a produção de prejuízos de difícil reparação para a parte vencedora ou para os interesses, públicos ou privados, por ela prosseguidos, pode ser requerido ao tribunal para o qual se recorre que ao recurso seja atribuído efeito meramente devolutivo.
- 4 - Quando a atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso possa ser causadora de danos, o tribunal pode determinar a adopção de providências adequadas a evitar ou minorar esses danos e impor a prestação, pelo interessado, de garantia destinada a responder pelos mesmos.
- 5 - A atribuição de efeito meramente devolutivo ao recurso é recusada quando os danos que dela resultariam se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua não atribuição, sem que a lesão possa ser evitada ou atenuada pela adopção de providências adequadas a evitar ou minorar esses danos.



PRAZO
INTERPOSIÇÃO/CONTRA-
ALEGAÇÃO



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 144.º

Interposição de recurso e alegações

CPTA

- 1 - O prazo para a interposição de recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão recorrida.
- 2 - O recurso é interposto mediante requerimento que inclui ou junta a respectiva alegação e no qual são enunciados os vícios imputados à sentença.

Artigo 147.º

Processos urgentes

CPTA

- 1 - Nos processos urgentes, os recursos são interpostos no prazo de 15 dias e sobem imediatamente, no processo principal ou no apenso em que a decisão tenha sido proferida, quando o processo esteja findo no tribunal recorrido, ou sobem em separado, no caso contrário.

P/CPTA MANTÉM REGIME LEGAL



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 145.º

Notificação dos recorridos e subida do recurso

CPTA

- 1 - Recebido o requerimento, a secretaria promove oficiosamente a notificação do recorrido ou recorridos para alegarem no prazo de 30 dias.
- 2 - Recebidas as contra-alegações ou expirado o prazo para a sua apresentação, o recurso sobe acompanhado de cópia impressa ou dactilografada da decisão recorrida, ou do correspondente suporte informático.

Artigo 147.º

Processos urgentes

CPTA

- 1 - Nos processos urgentes, os recursos são interpostos no prazo de 15 dias e sobem imediatamente, no processo principal ou no apenso em que a decisão tenha sido proferida, quando o processo esteja findo no tribunal recorrido, ou sobem em separado, no caso contrário.

P/CPTA MANTÉM REGIME LEGAL

(ARTS. 144º/1 e 3 e 147º/1)



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 638.º Prazos

N/CPC

- 1 - O prazo para a interposição do recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão, reduzindo-se para 15 dias nos processos urgentes e nos casos previstos no n.º 2 do [artigo 644.º](#) e no [artigo 677.º](#).
- 2 - Se a parte for revel e não dever ser notificada nos termos do [artigo 249.º](#), o prazo de interposição corre desde a publicação da decisão, exceto se a revelia da parte cessar antes de decorrido esse prazo, caso em que a sentença ou despacho tem de ser notificado e o prazo começa a correr da data da notificação.
- 3 - Tratando-se de despachos ou sentenças orais, reproduzidos no processo, o prazo corre do dia em que foram proferidos, se a parte esteve presente ou foi notificada para assistir ao ato.
- 4 - Quando, fora dos casos previstos nos números anteriores, não tenha de fazer-se a notificação, o prazo corre desde o dia em que o interessado teve conhecimento da decisão.
- 5 - Em prazo idêntico ao da interposição, pode o recorrido responder à alegação do recorrente.
- 6 - Na sua alegação, o recorrido pode impugnar a admissibilidade ou a tempestividade do recurso, bem como a legitimidade do recorrente.
- 7 - Se o recurso tiver por objeto a reapreciação da prova gravada, ao prazo de interposição e de resposta acrescem 10 dias.
- 8 - Sendo requerida pelo recorrido a ampliação do objeto do recurso, nos termos do [artigo 636.º](#), pode o recorrente responder à matéria da ampliação, nos 15 dias posteriores à notificação do requerimento.
- 9 - Havendo vários recorrentes ou vários recorridos, ainda que representados por advogados diferentes, o prazo das respetivas alegações é único, incumbindo à secretaria providenciar para que todos possam proceder ao exame do processo durante o prazo de que beneficiam.



REQUISITOS ESPECÍFICOS RECURSO



Artigo 151.º **CPTA**

Revista per saltum para o Supremo Tribunal Administrativo

1 - Quando o valor da causa seja superior a 3 milhões de euros ou seja indeterminável e as partes, nas suas alegações, suscitem apenas questões de direito, o recurso interposto de decisão de mérito proferida por um tribunal administrativo de círculo sobe directamente ao Supremo Tribunal Administrativo, como revista à qual é aplicável o disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo anterior.

2 - O disposto no número anterior não se aplica a processos respeitantes a questões de funcionalismo público ou relacionadas com formas públicas ou privadas de protecção social.

3 - Se, remetido o processo ao Supremo Tribunal Administrativo, o relator entender que as questões suscitadas ultrapassam o âmbito da revista, determina, mediante decisão definitiva, que o processo baixe ao Tribunal Central Administrativo, para que o recurso aí seja julgado como apelação, com aplicação do disposto no artigo 149.º

4 - Se o relator admitir o recurso, pode haver reclamação para a conferência, nos termos gerais.



DA REVISTA «PER SALTUM»

EM SUMA:

REQUISITOS POSITIVOS:

A) DECISÃO MÉRITO PROFERIDA POR TAC

B) FUNDAMENTO RECURSO CONSISTA APENAS NA VIOLAÇÃO DE LEI SUBSTANTIVA/PROCESSUAL - «QUESTÕES DE DIREITO»

C) VALOR DA CAUSA SER SUPERIOR A 3 MILHÕES EUROS [500 MIL EUROS na versão P/CPTA] ou CAUSA SER DE VALOR INDETERMINÁVEL

REQUISITO NEGATIVO:

D) CAUSA NÃO VERSAR SOBRE QUESTÕES DE FUNCIONALISMO PÚBLICO/SEGURANÇA SOCIAL

[EMPREGO PÚBLICO/FORMAS PÚBLICAS OU PRIVADAS DE PROTEÇÃO SOCIAL na versão P/CPTA]



TRAMITAÇÃO RECURSO



REQUERIMENTO ALEGAÇÕES



DA REVISTA «PER SALTUM»

CPTA

Artigo 144.º Interposição de recurso e alegações

- 1 - O prazo para a interposição de recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão recorrida.
- 2 - O recurso é interposto mediante requerimento que inclui ou junta a respectiva alegação e no qual são enunciados os vícios imputados à sentença.



O FUNDAMENTO DE RECURSO DEVE SER MENCIONADO QUANDO SE PRETENDA QUE O MESMO SEJA ADMITIDO INDEPENDENTEMENTE DE VALOR OU QUANDO SE MOSTRE NECESSÁRIO JUSTIFICAR A ADMISSÃO DO RECURSO COMO REVISTA [QUER NO QUADRO DO ART. 150.º QUER DO ART. 151.º AMBOS CPTA] OU COMO RECURSO ART. 152.º CPTA



DA REVISTA «PER SALTUM»

N/CPC

Artigo 637.º Modo de interposição do recurso

- 1 - Os recursos interpõem-se por meio de requerimento dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida, no qual se indica a espécie, o efeito e o modo de subida do recurso interposto.
- 2 - O requerimento de interposição do recurso contém obrigatoriamente a alegação do recorrente, em cujas conclusões deve ser indicado o fundamento específico da recorribilidade; quando este se traduza na invocação de um conflito jurisprudencial que se pretende ver resolvido, o recorrente junta obrigatoriamente, sob pena de imediata rejeição, cópia, ainda que não certificada, do acórdão fundamento.



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 639.º
Ônus de alegar e formular conclusões

N/CPC

- 1 - O recorrente deve apresentar a sua alegação, na qual conclui, de forma sintética, pela indicação dos fundamentos por que pede a alteração ou anulação da decisão.
- 2 - Versando o recurso sobre matéria de direito, as conclusões devem indicar:
 - a) As normas jurídicas violadas;
 - b) O sentido com que, no entender do recorrente, as normas que constituem fundamento jurídico da decisão deviam ter sido interpretadas e aplicadas;
 - c) Invocando-se erro na determinação da norma aplicável, a norma jurídica que, no entendimento do recorrente, devia ter sido aplicada.
- 3 - Quando as conclusões sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas se não tenha procedido às especificações a que alude o número anterior, o relator deve convidar o recorrente a completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las, no prazo de cinco dias, sob pena de se não conhecer do recurso, na parte afetada.
- 4 - O recorrido pode responder ao aditamento ou esclarecimento no prazo de cinco dias.
- 5 - O disposto nos números anteriores não é aplicável aos recursos interpostos pelo Ministério Público, quando recorra por imposição da lei.



DA REVISTA «PER SALTUM»

ART. 146.º/4 CPTA

4 - Quando o recorrente, na alegação de recurso contra sentença proferida em processo impugnatório, se tenha limitado a reafirmar os vícios imputados ao acto impugnado, sem formular conclusões ou sem que delas seja possível deduzir quais os concretos aspectos de facto que considera incorrectamente julgados ou as normas jurídicas que considera terem sido violadas pelo tribunal recorrido, o relator deve convidá-lo a apresentar, completar ou esclarecer as conclusões formuladas, no prazo de 10 dias, sob pena de não se conhecer do recurso na parte afectada.

MINUTA RECURSO TERÁ DE CUMPRIR/OBSERVAR O EXIGIDO ARTS. 144.º/2, 146.º/4 CPTA, 637.º/2 e 639.º NCPC - INCUMPRIMENTO??? REMÉDIOS!! / CONSEQUÊNCIAS!! [ausência conclusões - procs. impugnatórios - art. 146º/4 CPTA e P/CPTA ≠ demais processos - art. 639º/3 NCPC, 140.º CPTA - ATENÇÃO com art. 145.º/1/b) P/CPTA passa a haver preceito expreso nesse sentido _ FARÁ SENTIDO ESTA DIFERENÇA DE REGIMES?? QUE JUSTIFICAÇÃO??]



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 145.º

Despacho sobre o requerimento

P/CPTA

1 - Findos os prazos concedidos às partes, o juiz ou relator aprecia os requerimentos apresentados e pronuncia-se sobre as nulidades arguidas e os pedidos de reforma, ordenando a subida do recurso se a tal nada obstar.

2 - O requerimento é indeferido quando:

a) Se entenda que a decisão não admite recurso, que este foi interposto fora do prazo ou que o requerente não tem as condições necessárias para recorrer;

b) Não contenha ou junte a alegação do recorrente ou quando esta não tenha conclusões.

3 - Do despacho do juiz ou relator que não admita o recurso pode o recorrente reclamar, segundo o disposto na lei processual civil, para o tribunal que seria competente para dele conhecer.

4 - Do despacho do relator que não receba o recurso interposto de decisão da Secção de contencioso administrativo do Supremo Tribunal Administrativo para o Pleno do mesmo Tribunal, ou o retenha, cabe reclamação para a conferência e da decisão desta não há recurso.



**DESPACHO TRIBUNAL «A
QUO» ADMISSÃO/NÃO
ADMISSÃO**



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 144.º Interposição de recurso e alegações

CPTA

3 - Salvo o disposto no número seguinte, do despacho que não admita o recurso ou o retenha pode o recorrente reclamar para o presidente do tribunal que seria competente para dele conhecer, segundo o disposto na lei processual civil, com as necessárias adaptações.

4 - Do despacho do relator que não receba o recurso interposto de decisão da secção de contencioso administrativo do Supremo Tribunal Administrativo para o pleno do mesmo Tribunal, ou o retenha, cabe reclamação para a conferência e da decisão desta não há recurso.

APLICÁVEL JÁ QUE REPORTADO A MOMENTO PROCESSUAL ANTERIOR AO PREVISTO NO ART. 151.º, N.ºs 3 e 4 CPTA - PROBLEMA (??): COMPETÊNCIA JULGAR RECLAMAÇÃO face ao art. 643.º NCP (PRESIDENTE STA OU JC RELATOR - sendo este último o competente fica "sem sentido" ou utilidade prática ou a reclamação ou o regime dos n.ºs 3 e 4 art. 151.º CPTA!!)



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 145.º Despacho sobre o requerimento

P/CPTA

1 - Findos os prazos concedidos às partes, o juiz ou relator aprecia os requerimentos apresentados e pronuncia-se sobre as nulidades arguidas e os pedidos de reforma, ordenando a subida do recurso se a tal nada obstar.

2 - O requerimento é indeferido quando:

a) Se entenda que a decisão não admite recurso, que este foi interposto fora do prazo ou que o requerente não tem as condições necessárias para recorrer;

b) Não contenha ou junte a alegação do recorrente ou quando esta não tenha conclusões.

3 - Do despacho do juiz ou relator que não admita o recurso pode o recorrente reclamar, segundo o disposto na lei processual civil, para o tribunal que seria competente para dele conhecer.

4 - Do despacho do relator que não receba o recurso interposto de decisão da Secção de contencioso administrativo do Supremo Tribunal Administrativo para o Pleno do mesmo Tribunal, ou o retenha, cabe reclamação para a conferência e da decisão desta não há recurso.

PROBLEMA PODERÁ AGRAVAR-SE COM A REDAÇÃO DO PROJETO JÁ QUE SE REMETE TOTALMENTE PARA O REGIME DO CPC NÃO SE PREVENDO NO CASO COMPETÊNCIA PARA DECISÃO RECLAMAÇÃO DO DESPACHO NÃO ADMISSÃO AO PRESIDENTE STA



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 145.º

Despacho sobre o requerimento

P/CPTA

- 1 - Findos os prazos concedidos às partes, o juiz ou relator aprecia os requerimentos apresentados e pronuncia-se sobre as nulidades arguidas e os pedidos de reforma, ordenando a subida do recurso se a tal nada obstar.
- 2 - O requerimento é indeferido quando:
 - a) Se entenda que a decisão não admite recurso, que este foi interposto fora do prazo ou que o requerente não tem as condições necessárias para recorrer;
 - b) Não contenha ou junte a alegação do recorrente ou quando esta não tenha conclusões.
- 3 - Do despacho do juiz ou relator que não admita o recurso pode o recorrente reclamar, segundo o disposto na lei processual civil, para o tribunal que seria competente para dele conhecer.
- 4 - Do despacho do relator que não receba o recurso interposto de decisão da Secção de contencioso administrativo do Supremo Tribunal Administrativo para o Pleno do mesmo Tribunal, ou o retenha, cabe reclamação para a conferência e da decisão desta não há recurso.

SOLUÇÃO SIMILAR AO NCPC - ART. 641º

VISA-SE CONSAGRAR SOLUÇÃO CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA PELO STA - AC. 11/12/2007 (P. 13/07) - FAZ SENTIDO ESTE REGIME?? QUAL A UTILIDADE, CELERIDADE E EFICÁCIA??



**REQUERIMENTO CONTRA-
ALEGAÇÕES**



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 145.º

CPTA

Notificação dos recorridos e subida do recurso

- 1 - Recebido o requerimento, a secretaria promove oficiosamente a notificação do recorrido ou recorridos para alegarem no prazo de 30 dias.
- 2 - Recebidas as contra-alegações ou expirado o prazo para a sua apresentação, o recurso sobe acompanhado de cópia impressa ou dactilografada da decisão recorrida, ou do correspondente suporte informático.

LEITURA E USO CORRETO DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS!!!! SUPORTE DA DECISÃO PODE SER OBTIDO EM TERMOS DE TRATAMENTO TEXTO DA APLICAÇÃO INFORMÁTICA?? ARQUIVOS/REGISTOS INFORMÁTICOS DAS DECISÕES??

P/CPTA ELIMINA ART. 145º/2 CPTA??!!



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 638.º

N/CPC

Prazos

- 1 - O prazo para a interposição do recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão, reduzindo-se para 15 dias nos processos urgentes e nos casos previstos no n.º 2 do [artigo 644.º](#) e no [artigo 677.º](#).
- 2 - Se a parte for revel e não dever ser notificada nos termos do [artigo 249.º](#), o prazo de interposição corre desde a publicação da decisão, exceto se a revelia da parte cessar antes de decorrido esse prazo, caso em que a sentença ou despacho tem de ser notificado e o prazo começa a correr da data da notificação.
- 3 - Tratando-se de despachos ou sentenças orais, reproduzidos no processo, o prazo corre do dia em que foram proferidos, se a parte esteve presente ou foi notificada para assistir ao ato.
- 4 - Quando, fora dos casos previstos nos números anteriores, não tenha de fazer-se a notificação, o prazo corre desde o dia em que o interessado teve conhecimento da decisão.
- 5 - Em prazo idêntico ao da interposição, pode o recorrido responder à alegação do recorrente.
- 6 - Na sua alegação, o recorrido pode impugnar a admissibilidade ou a tempestividade do recurso, bem como a legitimidade do recorrente.
- 7 - Se o recurso tiver por objeto a reapreciação da prova gravada, ao prazo de interposição e de resposta acrescem 10 dias.
- 8 - Sendo requerida pelo recorrido a ampliação do objeto do recurso, nos termos do [artigo 636.º](#), pode o recorrente responder à matéria da ampliação, nos 15 dias posteriores à notificação do requerimento.
- 9 - Havendo vários recorrentes ou vários recorridos, ainda que representados por advogados diferentes, o prazo das respetivas alegações é único, incumbindo à secretaria providenciar para que todos possam proceder ao exame do processo durante o prazo de que beneficiam.





DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 151.º

CPTA

Revista per saltum para o Supremo Tribunal Administrativo

1 - Quando o valor da causa seja superior a 3 milhões de euros ou seja indeterminável e as partes, nas suas alegações, suscitem apenas questões de direito, o recurso interposto de decisão de mérito proferida por um tribunal administrativo de círculo sobe directamente ao Supremo Tribunal Administrativo, como revista à qual é aplicável o disposto nos n.os 2 a 4 do artigo anterior.

2 - O disposto no número anterior não se aplica a processos respeitantes a questões de funcionalismo público ou relacionadas com formas públicas ou privadas de protecção social.

→ 3 - Se, remetido o processo ao Supremo Tribunal Administrativo, o relator entender que as questões suscitadas ultrapassam o âmbito da revista, determina, mediante decisão definitiva, que o processo baixe ao Tribunal Central Administrativo, para que o recurso aí seja julgado como apelação, com aplicação do disposto no artigo 149.º

→ 4 - Se o relator admitir o recurso, pode haver reclamação para a conferência, nos termos gerais.

REGIME IDÊNTICO ART. 678º/4 NCPC



DA REVISTA «PER SALTUM»

DECISÃO ADMISSÃO RECURSO
PROLATADA PELO JUIZ TRIBUNAL «A
QUO» OU MESMO PELO PRESIDENTE
STA, PROFERIDA EM SEDE DE
RECLAMAÇÃO, NÃO VINCULA RELATOR
TRIBUNAL RECURSO (STA) - ARTS. 641.º/5
NCPC e 151.º/3 e 4 CPTA



DA REVISTA «PER SALTUM»

FUNDAMENTOS DECISÃO NÃO
ADMISSÃO RECURSO:

- a) Para além de todos os demais previstos em termos gerais para os outros recursos (legitimidade, caducidade direito recurso, etc., etc.);
- b) Os que respeitam à falha dos requisitos especiais deste recurso - v.g., “questões suscitadas ultrapassam o âmbito da revista” - que abarca as situações de impugnação do julgamento de facto



Artigo 150.º
Recurso de revista

CPTA

1 - Das decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal Central Administrativo pode haver, excepcionalmente, revista para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito.

- ➔ 2 - A revista só pode ter como fundamento a violação de lei substantiva ou processual.
- ➔ 3 - Aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, o tribunal de revista aplica definitivamente o regime jurídico que julgue adequado.
- ➔ 4 - O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objecto de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova.
- ➔ 5 - A decisão quanto à questão de saber se, no caso concreto, se preenchem os pressupostos do n.º 1 compete ao Supremo Tribunal Administrativo, devendo ser objecto de apreciação preliminar sumária, a cargo de uma formação constituída por três juizes de entre os mais antigos da Secção de Contencioso Administrativo.



DA REVISTA «PER SALTUM»

DECISÃO NÃO ADMISSÃO RECURSO APENAS FUNDADA NA FALTA VERIFICAÇÃO REQUISITOS ART. 151.º CPTA - consequências:

- Remessa definitiva do processo ao TCA [não existe impugnação da decisão do Relator no STA ao invés do regime regra do art. 27.º/1/f) CPTA] - razões de celeridade;
- Processo segue para apreciação do recurso jurisdicional como de apelação, nos termos do art. 149.º CPTA, convolvando-se tal recurso revista em recurso de apelação



DA REVISTA «PER SALTUM»

**DECISÃO NÃO ADMISSÃO RECURSO
FUNDADA APENAS NA FALTA
VERIFICAÇÃO DOUTROS REQUISITOS**

ART. 151.º CPTA - consequências:

- Recebido o processo e se o despacho proferido nos termos do art. 151º/3 CPTA apenas se fundou nos requisitos especiais deste recurso cabe ainda ao Relator no TCA, parece-nos, apreciar da verificação no caso dos demais requisitos gerais exigidos para a legalidade da interposição de recurso e, eventualmente, não admitir o prosseguimento do recurso.



JULGAMENTO RECURSO



DA REVISTA «PER SALTUM»

NA AUSÊNCIA DE TRATAMENTO ESPECÍFICO E POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 140.º CPTA PARA O JULGAMENTO DO RECURSO VALEM AS REGRAS DOS ARTS. 665.º/2 (regra substituição tribunal recorrido) (ex vi art. 679.º NCPC), 680.º (junção documentos e pareceres), 681.º (alegações orais), 682.º (termos do julgamento tribunal revista), 683.º (novo julgamento tribunal «a quo») 666.º e 684.º (reforma acórdão no caso de nulidades) NCPC



DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 17º Formações de julgamento

ETAFA

- ➔ 1 - O julgamento em cada secção compete ao relator e a dois juizes.
- 2 - O julgamento no pleno compete ao relator e aos demais juizes em exercício na secção.
- 3 - O pleno da secção só pode funcionar com a presença de, pelo menos, dois terços dos juizes.
- 4 - O julgamento em plenário efectua-se nos termos da secção IV deste capitulo.
- ➔ 5 - As decisões são tomadas em conferência.

Artigo 24º Competência da Secção de Contencioso Administrativo

- 2 - Compete ainda à Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo conhecer dos recursos de revista sobre matéria de direito interpostos de acórdãos da Secção de Contencioso Administrativo dos tribunais centrais administrativos e de decisões dos tribunais administrativos de círculo, segundo o disposto na lei de processo.

REGIME NORMAL/REGRA DE JULGAMENTO

DA REVISTA «PER SALTUM»

Artigo 148.º

Julgamento ampliado do recurso

CPTA

- 1 - O Presidente do Supremo Tribunal Administrativo ou o do Tribunal Central Administrativo podem determinar que no julgamento de um recurso intervenham todos os juizes da secção quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência, sendo o quórum de dois terços.
- 2 - O julgamento nas condições previstas no número anterior pode ser requerido pelas partes e deve ser proposto pelo relator ou pelos adjuntos, designadamente quando se verifique a possibilidade de vencimento de solução jurídica em oposição com jurisprudência anteriormente firmada no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito.
- 3 - Determinado o julgamento por todos os juizes da secção, nos termos previstos nos números anteriores, o relator determina a extracção de cópia das peças processuais relevantes para o conhecimento do objecto do recurso, as quais são entregues a cada um dos juizes, permanecendo o processo, para consulta, na secretaria do tribunal.
- 4 - O acórdão é publicado na 1.ª ou na 2.ª série do Diário da República, consoante seja proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo ou pelo Tribunal Central Administrativo.

NÃO SE TRATA DUMA ESPÉCIE DE RECURSO, NEM SE CONFUNDE COM O RECURSO PREVISTO NO ART. 152.º CPTA CONSTITUI, TÃO SÓ, UMA MODALIDADE DE JULGAMENTO DO RECURSO (APELAÇÃO OU REVISTA - ARTS. 150.º e 151.º CPTA)



PROCESSOS EM MASSA

Artigo 48.º

Processos em massa

CPTA

- 1 - Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais.
- 2 - O tribunal pode igualmente determinar, ouvidas as partes, a suspensão dos processos que venham a ser intentados na pendência do processo seleccionado e que preencham os pressupostos previstos no número anterior.
- 3 - No exercício dos poderes conferidos nos números anteriores, o tribunal deve certificar-se de que no processo ou processos aos quais seja dado andamento prioritário a questão é debatida em todos os seus aspectos de facto e de direito e que a suspensão da tramitação dos demais processos não tem o alcance de limitar o âmbito da instrução, afastando a apreciação de factos ou a realização de diligências de prova necessárias para o completo apuramento da verdade.
- 4 - Ao processo ou processos seleccionados segundo o disposto no n.º 1 é aplicável o disposto neste Código para os processos urgentes e no seu julgamento intervêm todos os juizes do tribunal ou da secção.
- 5 - Quando, no processo seleccionado, seja emitida pronúncia transitada em julgado e seja de entender que a mesma solução pode ser aplicada aos processos que tenham ficado suspensos, por estes não apresentarem qualquer especificidade em relação àquele, as partes nos processos suspensos são imediatamente notificadas da sentença, podendo o autor nesses processos optar, no prazo de 30 dias, por:
 - a) Desistir do seu próprio processo;
 - b) Requerer ao tribunal a extensão ao seu caso dos efeitos da sentença proferida, deduzindo qualquer das pretensões enunciadas nos n.os 3, 4 e 5 do artigo 176.º;
 - c) Requerer a continuação do seu próprio processo;
 - d) Recorrer da sentença, se ela tiver sido proferida em primeira instância.
- 6 - Quando seja apresentado o requerimento a que se refere a alínea b) do número anterior, seguem-se, com as devidas adaptações, os trâmites previstos nos artigos 177.º a 179.º
- 7 - Se o recurso previsto na alínea d) do n.º 5 vier a ser julgado procedente, pode o autor exercer a faculdade prevista na alínea b) do mesmo número, sendo também neste caso aplicável o disposto no número anterior.

NOTAS FINAIS

QUESTÕES????



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AS ALTERAÇÕES RELEVANTES EM SEDE DE CPC, EM ESPECIAL, OS NOVOS CASOS DE IRRECORRIBILIDADE ALI PREVISTOS

Rui Pinto*

1. Introdução.
 2. Resenha geral das alterações.
 3. Os novos casos de irrecorribilidade.
 - 3.1. Inadmissibilidade de recurso de decisões de composição do procedimento ou sobre nulidades inominadas.
 - 3.2. O conhecimento eventual das decisões interlocutórias apeladas com a decisão final.
 4. O direito transitório.
 - 4.1. Regras comuns.
 - 4.2. Procedimentos cautelares.
 5. Bibliografia.
- Apresentação em PowerPoint.

1. Introdução

1. O objeto das presentes notas é apresentação de algumas das alterações à matéria dos recursos regulada nos artigos 627º ss. do Código de Processo Civil (CPC), trazidas pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho.

Como é sabido, as normas processuais civis têm uma aplicabilidade *subsidiária*, nuns casos, e por remissão, noutros, no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei nº 15/2002, de 22 de fevereiro).

Assim, a *regra da subsidiariedade* consta logo do artigo 1º CPTA, onde se determina que “O processo nos tribunais administrativos rege-se pela presente lei, pelo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e, supletivamente, pelo disposto na lei de processo civil, com as necessárias adaptações”.

Depois, apesar de os artigos 140º CPTA ss. encerrarem um regime especial de recursos jurisdicionais, tanto o artigo 140º, como o artigo 154º nº1 remetem para a lei processual civil. O primeiro quanto aos recursos ordinários: “regem-se pelo disposto na lei processual, com as necessárias adaptações” (artigo 140º CPTA); o segundo quanto ao *recurso extraordinário de revisão* de sentença transitada em julgado: é-lhe “subsidiariamente aplicável o disposto no Código de Processo Civil, no que não colida com o que se estabelece nos artigos seguintes” (artigo 154º, nº 1, CPTA).

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Finalmente, vários artigos *remetem diretamente* para regimes processuais civis (v.g., os artigos 142º n.ºs 3 e 5, 144º n.º 3, 155º, n.º 1).

2. Portanto, daqui resulta que nos espaços normativos deixados em branco pelo CPTA — e deve ser dito que nele se acha um regime muito completo — podem ser aplicados aos recursos em processo administrativo aspetos significativos dos recursos civis, nomeadamente, as regras gerais de irrecorribilidade.

É dessas que vamos aqui tratar, nomeadamente das alterações ao artigo 630º (*Despachos que não admitem recursos*). Iremos discutir ainda a aplicabilidade ao CPTA do novo artigo 660º (*Recorribilidade das decisões interlocutórias*). No final, abordaremos o *direito transitório*.

Mas antes, apresentaremos um resumo das principais inovações ao regime recursório constantes da Lei nº 41/2013, de 26 de junho.

2. Resenha geral das alterações

Após as alterações de fundo operadas pelo Decreto-Lei nº 303/2007, de 24 de agosto, a Lei nº 41/2013, de 26 de junho limitou-se a fazer correções e simplificações, salvo um ou outro ponto. Pelo meio, a renumeração dos artigos veio criar uma aparência de novidade e, ao mesmo tempo, algumas dificuldades iniciais de “leitura” do Código de Processo Civil¹.

As correções mais importantes foram as seguintes:

a) Concentração procedimental dos regimes da arguição de *nulidade, aclaração, retificação e reforma* da decisão (artigos 614º a 617º);

b) *No regime geral dos recursos:*

- a. Aumento das situações que admitem sempre recurso (artigo 629º, n.º 2, al. d));
- b. Atualização dos despachos que não admitem recurso (artigo 630º, n.º 2);
- c. Simplificação no modo de interposição do recurso (artigo 637º, n.º 2);
- d. Rearruração sistemática da matéria dos prazos para interposição de recurso (artigo 638º, n.º 1);
- e. Reforço dos ónus de especificação na impugnação da decisão sobre a matéria de facto (artigo 640º, n.º 1, al. c));
- f. Concentração e simplificação das normas sobre o despacho do tribunal *a quo* (artigo 641º);

c) *No regime do recurso de apelação:*

¹ Pertencem a esse Código os artigos sem identificação da fonte legal.

- a. Melhoria do regime das apelações imediatas e diferidas (artigo 644º);
- b. Alteração ao mecanismo da prestação de caução (artigo 650º);
- c. Atualização literal do regime da junção de documentos, incluindo a facilitação da junção de pareceres (artigo 651º);
- d. Clarificação do regime da impugnação do acórdão da conferência (artigo 652º nº 5);
- e. Introdução de uma regra de conhecimento eventual das decisões interlocutórias apeladas com a decisão final (artigo 660º);
- f. Importante reforço dos poderes da Relação de modificabilidade da decisão em matéria de facto (artigo 660º);

d) *No regime do recurso de revista:*

- a. Recondução das decisões que comportam revista às decisões material ou formalmente finais da Relação (artigo 671º nº 1);
- b. Admissão excepcional de revista de acórdãos da Relação sobre decisões interlocutórias (artigo 671º nº 2);
- c. Admissão de revista diferida e não autónoma de decisões interlocutórias da própria Relação (artigo 673º);
- d. Alteração do regime da dupla conforme, passando a relevar a desconformidade de fundamentação quando essencial (artigo 671º nº 3);

e) *No regime dos recursos extraordinários:*

- a. esclarecimento da tramitação do *recurso para uniformização de jurisprudência* após admissão pelo relator (artigo 692º nº 5);
- b. exclusão das decisões sobre direitos de personalidade do prazo de caducidade de 20 anos para requerer *revisão de sentença* (artigo 697º nº 2).

3. Os novos casos de irrecorribilidade

3.1. Inadmissibilidade de recurso de decisões de composição do procedimento ou sobre nulidades inominadas

1. Como é sabido, o artigo 679º era a sede das “tradicionais” irrecorribilidades dos despachos de *mero expediente*² e dos despachos proferidos no *uso legal de um poder discricionário*³. Deve ainda ser dito, com relevância para o que se vai tratar, que o despacho que declarava ou

² RL 19-1-2012/Proc. 5610/09.8TVLSB-F.L1-6 (OLINDO GERALDES): “O despacho, subsequente ao decretamento do arresto, que determina a apreensão material das ações [societárias], tendo a natureza de despacho de mero expediente, não admite recurso”.

³ STJ 18-11-1997/Proc. 96B957 (SAMPAIO DA NOVOA): “A inspeção judicial a determinado prédio é um acto irrecorrível quando proferido no uso legal de um poder discricionário”; mas já, segundo o ac. RL 14-12-2004/Proc. 9255/2004-7 (PIMENTEL MARCOS): “São no uso legal de um poder discricionário os despachos proferidos ao abrigo de uma disposição que, perante determinado circunstancialismo, lhe confere uma ou mais alternativas de opção, entre as quais deve escolher em seu prudente arbítrio e em atenção aos fins do processo civil. É admissível recurso do despacho do juiz que ordene a requisição de documentos nos termos do art. 535.º do CPC, por não se tratar de um acto proferido no uso legal de um poder discricionário”.

negava uma nulidade inominada (cf. artigo 201º nº 1 anterior, igual ao atual artigo 195º nº 1) não era de nenhuma destas categorias. Tampouco era de natureza discricionária o despacho de adequação formal do, então, artigo 265º-A, sendo recorrível⁴.

Pois no “novo” Código de Processo Civil o artigo 630º, recebendo no seu nº 1 o teor do anterior artigo 679º, vem aditar um nº 2. O seu conteúdo é o seguinte:

Não é admissível recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual, proferidas nos termos previstos no nº 1 do artigo 6º, das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no nº 1 do artigo 195º e das decisões de adequação formal, proferidas nos termos previstos no artigo 547º, salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios.

Em termos simples, trata-se de decisões de composição do procedimento: decisões de simplificação ou de agilização processuais, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º, decisões proferidas sobre as nulidades conforme o n.º 1 do artigo 195.º e decisões de adequação formal do artigo 547.º. Esses despachos não são discricionários quanto à *eventualidade* do seu decretamento: o juiz tem o “dever de gestão processual” (artigo 6.º n.º 1), “deve adotar a tramitação processual” (artigo 547.º) e deve decretar ou não decretar a nulidade (*i.e.*, não pode deixar de a decretar, existindo, ou de não a decretar, não existindo nulidade)⁵.

Não vemos razão para estes poderes não poderem ser usados pelo juiz da Justiça Administrativa.

2. Ora, a opção legislativa do n.º 2 é radical, não somente quanto aos novos despachos abrangidos no artigo 6.º e no artigo 547.º, mas também quanto à tradicional decisão de julgamento de arguição de nulidade: não podem ser objeto de recurso. Sacrifica-se a justiça perante a celeridade processual do rápido trânsito em julgado.

Naturalmente que podem ser objeto de reclamação, reforma ou retificação nos termos dos artigos 614º ss.

3. O legislador procurou, ainda assim, pela ressalva da segunda parte do preceito, garantir o respeito pelos *princípios da igualdade* (cf. artigo 4.º), *do contraditório* (cf. artigo 3.º), *da aquisição processual de factos* (cf. artigo 413º) e pelas regras de *admissibilidade de meios probatórios*.

No entanto, essa enumeração é insuficiente à luz do princípio da interpretação das normas em conformidade com a Constituição da República, nomeadamente o *acesso à tutela jurisdicional e de processo equitativo* do artigo 20.º CRP: é bom de ver que é sempre recorrível o despacho que viole as demais garantias constitucionais de *imparcialidade, fundamentação das decisões* (cf. artigo 205º), *publicidade do processo, proibição de decisões-surpresa*, ou *prazo razoável*,

⁴ No sentido da recorribilidade, PEDRO MADEIRA DE BRITO, O novo princípio da adequação formal, Aspectos do novo processo civil, Lisboa, Lex, 1997, 69.

⁵ O artigo não faz referência às decisões proferidas ao abrigo do artigo 597.º, de simplificação da forma processual de uma ação de valor não superior a metade da alçada da Relação. No entanto, uma delas cabe no presente n.º 2: a saber, a determinação de “adequação formal, a simplificação ou a agilização processual, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º”. As restantes decisões são recorríveis, se for o caso, parece-nos.

entre outras subgarantias. Aliás, aqueles poderes de gestão e adequação processual são justamente previstos pela lei para cumprirem uma funcionalidade da qual são subprincípios: “a justa composição do litígio em prazo razoável” (artigo 6.º n.º 1) por meio de um “processo equitativo” (artigo 547.º).

Mas mais: o princípio de interpretação conforme à Constituição dita ser nulo e, por isso, recorrível, um despacho que determine a “revogação” ou “supressão” de atos processuais de eficácia já consumada.

Tal conclusão é imposta pelo *princípio da segurança* jurídica que permite afirmar ser legítima a expectativa das partes de que os seus atos ou os do juiz se mantenham no processo tal como foram praticados, suportando a posterior atuação das partes ou tribunal. Apenas considerações muito excepcionais de ponderação proporcionada dos valores em presença, e sempre mediante prévia audição das partes, poderão permitir a substituição de um ato já praticado, por outro ato autorizado pelo juiz.

4. Seja como for, há um bom critério *prático* que pode ser usado para se aferir se um despacho de composição viola as garantias constitucionais, tanto as concretizadas no n.º 2 do artigo 630.º, como as demais.

Esse critério é o que está, desde há muito, enunciado no n.º 1 do artigo 195.º: é ilegal um despacho que determine a prática de um ato não previsto no direito positivo, ou a omissão de um ato ou de uma formalidade que o mesmo prescreva quando a *composição procedimental* “possa influir no exame ou na decisão da causa”. No fundo, nulo é um ato que prejudica a justiça da parte, venha ele tanto da lei, como do juiz.

5. Finalmente, deve ser dito que uma consequência secundária da restrição recursória do n.º 2 do artigo 630.º situa-se no plano do controle pelo Tribunal Constitucional.

Efetivamente, enquanto a conformidade constitucional de uma sequência procedimental expressamente prevista no CPC é passível de ser controlada pelo Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 280.º CRP e do artigo 70.º, n.º 1, LTC, já o *mérito* de uma concreta sequência procedimental judicialmente determinada (assim quanto às nulidades do artigo 195.º) ou decretada (assim quanto aos despachos dos artigos 6.º n.º 1 e 547.º) não o é.

Supomos, porém, que o recorrente poderá, *por ex.*, de alegar que o juiz na sua construção *ad hoc* do procedimento aplicou normas reputadas de inconstitucionais (cf., *por ex.*, als. b) ou g) do n.º 1 do artigo 70.º LTC) ou que o procedimento em si mesmo, naquilo que inova, viola princípios constitucionais, como os de tutela jurisdicional efetiva e de processo equitativo, do já referido artigo 20.º CRP.

6. Quando exceionalmente recorríveis, qualquer dos despachos referidos pelo n.º 2 é, em princípio, um despacho interlocutório, apenas impugnável afinal nos termos do artigo 644.º n.º 3 e em separado, conforme o n.º 2 do artigo 645.º.

3.2. O conhecimento eventual das decisões interlocutórias apeladas com a decisão final

1. Embora não seja, em rigor, uma irrecorribilidade, aproveitamos este ensejo para chamar a atenção para o “novo” preceito do artigo 660º.

O tribunal só dá provimento à impugnação das decisões interlocutórias, impugnadas conjuntamente com a decisão final nos termos do nº 3 do artigo 644º, quando a infração cometida possa modificar aquela decisão ou quando, independentemente dela, o provimento tenha interesse para o recorrente.

O artigo refere-se, pois, as decisões proferidas em **despachos interlocutórios** e que conhecem apelabilidade diferida e a final, tanto nos termos do artigo 142º, nº 5, CPTA, como, em matéria civil, nos termos do nº 3 do artigo 644º.

Por isso, pensamos que o seu regime é aplicável à apelação em processo administrativo, visto que o artigo 140º CPTA remete para o regime processual civil dos recursos ordinários.

2. Ora, aquele artigo vem, na realidade, recuperar o artigo 710.º n.º 2 anterior ao Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, relativo aos agravos retidos para, a final, subirem com a apelação. Nele se dispunha que “os agravos só são providos quando a infração cometida tenha influído no exame ou decisão da causa ou quando, independentemente da decisão do litígio, o provimento tenha interesse para o agravante”.

Esse enquadramento histórico permite-nos entender o que se quer dizer com “provimento”: é sinónimo de “conhecimento”; não é sinónimo de “procedência”. Portanto, o tribunal só conhece da impugnação se ela for útil para o resultado final da causa ou revestir de interesse autónomo; o tribunal não a julga *improcedente*. Nesse sentido, veja-se o ac. RL 16-1-2014/Proc. 4817/07.7TBALM.L2-6 (ANTÓNIO MARTINS).

Exemplo: tendo sido concedido à parte prazo de 5 dias para junção de certidão de assento de óbito e tendo a junção deste documento aos autos sido requerida em tempo não podia ser indeferida, mas, não tendo a decisão influído no exame ou decisão da causa e, por outro, não tendo o provimento do seu recurso interesse para os agravantes, deve ser negado provimento ao agravo (RC 6-5-2002/Proc. 0250134 (COUTO PEREIRA)).

3. Trata-se, em suma, de um modo de restrição *efetiva* da recorribilidade de certos despachos, mediante avaliação judicial discricionária. Por conseguinte, o respetivo despacho de recusa de conhecimento é *irrecorrível*, nos termos do nº 1 do artigo 630º.

3. O direito transitório

3.1. Regras comuns

1. As regras de direito transitório permitem-nos responder à questão: a que processos se aplicam as novas normas do Código de Processo Civil?

Na ausência de norma expressa, valerá, por força do artigo 12.º CC, o *princípio da aplicação imediata* do Código de Processo Civil aos processos pendentes. Idêntico princípio pode ser deduzido dos artigos 5.º, n.º 1, e 6.º, n.º 1, da Lei nº 41/2013, de 26 de junho, mas somente quanto às ações declarativas e executivas.

Todavia, no campo dos recursos, deve ser aplicado o disposto no artigo 7º da Lei nº 41/2013, de 26 de junho.

2. Ora, do dito artigo 7º resulta que o novo Código se aplica de imediato aos atos processuais recursórios nos termos seguintes.

Em primeiro lugar, aplica-se aos **atos processuais novos de recursos já interpostos de decisões proferidas em processos pendentes a 1 de setembro de 2013** — neste sentido, RC 11-3-2014/Proc. 1361/09.1TBVNO.C1 (FONTE RAMOS): “nos processos instaurados depois de 01.01.2008 (arts. 5.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 41/2013, de 26.6, [...] *poderão ser aplicadas, a tais processos, as normas do CPC de 2013 [sem prejuízo da validade dos actos que, até àquela data, foram praticados em conformidade com a lei processual vigente à data da sua prática]*”.

Mas há uma ressalva: se **as ações foram instauradas antes de 1 de janeiro de 2008** “aplica-se o regime de recursos decorrente do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, com as alterações agora introduzidas, com exceção do disposto no n.º 3 do artigo 671.º do Código de Processo Civil, aprovado em anexo à presente lei”. O alcance desta norma de direito transitório apenas pode ser compreendido se lembrarmos que a reforma dos recursos constante do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto, em vigor desde 1 de janeiro de 2008 (cf. artigo 12.º do mesmo diploma), por força do seu artigo 11.º n.º 1 não se aplicava aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor, mas somente aos processos novos. Portanto, o que se faz, agora, é estender esse regime de 2008 aos recursos novos mesmo daqueles processos “velhos”. Isso significa, nomeadamente estender aos processos mais antigos o regime do *monismo recursório*.

Essa extensão não é plena, pois faz-se “com as alterações agora introduzidas, com exceção do disposto no n.º 3 do artigo 671.º do Código de Processo Civil”. Desta forma as alterações introduzidas (embora menores na área recursória que noutras áreas, como a declarativa, *por ex.*) correspondem afinal ao próprio Código de Processo Civil, aprovado em anexo à presente lei. Dessa uniformização legal, fica, porém, ressalvada a alteração ao regime da dupla conforme (o “disposto no n.º 3 do artigo 671.º”); cf., neste sentido, STJ 30-1-2014/Proc. 1246/10.9TJLSB. L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS).⁶

⁶ Porém, esta solução não pode ser absoluta, dada a prevalência do princípio constitucional da segurança jurídica e em razão do âmbito de aplicação temporal do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto. Efetivamente, sempre

3. Em segundo lugar, o novo Código de Processo Civil aplica-se aos recursos a interpor de decisões em processos já pendentes a 1 de setembro, mas instaurados de 1 de janeiro de 2008 em diante — tanto decisões proferidas antes de 1 de setembro de 2013 (nesse sentido, RP 5- 5-2014/ Proc. 1869/09.9TBVRL-F.P1 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES) e RL 6-5-2014/Proc. 1978/12.7TVLSB.L1 (EURICO REIS); contra, STJ 10-12-2013/Proc. 675/08.2TBCBR.C1.S1 (GABRIEL CATARINO), pugnano pela aplicação do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)), **como de decisões a proferir depois de 1 de setembro de 2013** (assim, o ac. STJ 18-6-2015/ Proc. 623/10.T3SNT.L1.S1 (HELENA MONIZ) “O regime de (in)admissibilidade de recurso, em caso de dupla conforme, tem aplicação a todos os processos cíveis instaurados após o dia 01 de Janeiro de 2008, desde que as decisões recorridas tenham sido proferidas após a data da entrada em vigor da Lei n.º 41/2013, ocorrida no dia 01 de Setembro de 2013”.

4. Em terceiro lugar, o novo Código de Processo Civil aplica-se aos recursos a interpor de decisões a proferir em processos instaurados de 1 de setembro de 2013 em diante.

3.2. Procedimentos cautelares

1. Por seu turno, os procedimentos cautelares conhecem um regime próprio no n.º 2 do referido artigo 7º, tanto quanto aos seus atos de procedimento, como quanto o *regime especial de recorribilidade* do anterior artigo 387.º-A, agora artigo 370.º.

A regra é diversa daquela da aplicação imediata aos processos pendentes. Pelo contrário, no âmbito cautelar vão estar em vigor dois regimes diferentes: o Código velho vale para os processos cautelares instaurados até 31 de agosto de 2013; o novo Código vale para os processos instaurados de 1 de setembro de 2013 em diante.

2. Mas não está claro se esse regime dual também se abate sobre os *recursos comuns respetivos, i.e.*, fora do estrito âmbito do artigo 370.º. Pensamos que não.

A razão que preside é a seguinte: o legislador parece usar os termos “ação declarativa”, “ação executiva”, “procedimentos e incidentes” e “procedimento cautelar” respetivamente, nos arts. 5.º, n.º 1, 6.º, n.os 1 e 3, e 7.º, n.º 2, no sentido estrito de procedimento próprio e respetivo de 1.º instância (cf., nesse sentido, quanto aos procedimentos e incidentes declarativos, RP 5-5-2014/Proc. 1869/09.9TBVRL-F.P1 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES)).

Portanto, os recursos interpostos em procedimentos cautelares seguem as regras do nº 1 do artigo 7º.

que estivesse já pendente recurso a 1 de setembro de 2013 deve ser permitida a salvaguarda da tramitação processual que as partes esperariam que viesse a decorrer até final do recurso já interposto. Assim, a regra da concentração das alegações com a dedução do recurso não poderá valer retroativamente; i.e., o regime de alegações diferidas no tempo mantém-se o mesmo. Não se poderia cominar a parte por as ter deixado para mais tarde, quando fora a lei que assim o determinara inicialmente.

4. Bibliografia

PEDRO MADEIRA DE BRITO, O novo princípio da adequação formal, Aspectos do novo processo civil, Lisboa, Lex, 1997, 69;

RUI PINTO, Notas ao Código de Processo Civil I 2, 14 ss. e II 2, 94 ss., Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

Apresentação em PowerPoint

Professor Doutor Rui Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**-ACERTO DO SISTEMA RECURSÓRIO
- DIREITO TRANSITÓRIO**

Rui Pinto, 2014

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. Resenha geral

Rui Pinto, 2013

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

O CPTA E O CPC

Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro)

- ❑ **Artigo 1º** “O processo nos tribunais administrativos rege-se pela presente lei, pelo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e, supletivamente, pelo disposto na lei de processo civil, com as necessárias adaptações”
- ❑ **Artigo 140º** “os recursos ordinários das decisões jurisdicionais proferidas pelos tribunais administrativos regem-se pelo disposto na lei processual civil, com as necessárias adaptações”
- ❑ **Artigo 154º nº1** “A revisão de sentença transitada em julgado pode ser pedida ao tribunal que a tenha proferido, sendo subsidiariamente aplicável o disposto no Código de Processo Civil, no que não colida com o que se estabelece nos artigos seguintes”
- ❑ **Vários artigos remetem diretamente para regimes processuais civis** (v.g., os artigos 142º n.ºs 3 e 5, 144º n.º3, 155º n.º1;

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RESENHA GERAL – matérias alteradas

❑ REGIME DE NULIDADES (c/ACLARAÇÃO), RETIFICAÇÃO E REFORMA (614º-617)

❑ RESSUPOSTOS E REGIME COMUM

- Decisões que admitem sempre recurso [art. 629º (678º) nº 2 / d) e 3/c)]
- Decisões que não admitem recurso [art. 630º (679º) nº 2]
- Modo de interposição do recurso [art. 637º nº 2]
- Prazo para interposição de recurso [art. 638º nº 1]
- Ónus na impugnação da decisão sobre a matéria de facto [art. 640º nº 1/ al. c)]
- Despacho sobre o requerimento [art. 641º]

❑ APELAÇÃO

- Regime [art. 644º]
- Caução [art. 650º]
- Junção de documentos [art. 651º]

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RESENHA GERAL – matérias alteradas

- Função do relator [art. 652º]
- Recorribilidade das decisões interlocutórias [art. 660º]
- Modificabilidade da matéria de facto [art. 662º]

❑ REVISTA

- Objeto [arts. 671º nºs 1 + 2 e 673º]
- Dupla conforme e revista excecional [arts. 671º nºs 3 + 3 e 672º]

❑ RECURSOS EXTRAORDINARIOS

- Uniformização de jurisprudência: apreciação liminar [arts. 692º n5]
- Prazo [arts. 671º nºs 3 + 3 e 672º]

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2. Direito transitório

Rui Pinto, 2013

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DIREITO TRANSITÓRIO

Artigo 7.º LEI Nº 41/2013 (*Outras disposições*)

- 1 — **Aos recursos interpostos de decisões proferidas a partir da entrada em vigor da presente lei em ações instauradas antes de 1 de janeiro de 2008 aplica-se o regime de recursos decorrente do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, com as alterações agora introduzidas, com exceção do disposto no n.º 3 do artigo 671.º do Código de Processo Civil, aprovado em anexo à presente lei.**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DIREITO TRANSITÓRIO



recursos interpostos de decisões proferidas a partir da entrada em vigor da Lei nº 41/2013 em **AÇÕES INSTAURADAS ANTES de 1 de janeiro de 2008** aplica-se o regime de recursos do DL n.º 303/2007, de 24 de agosto, com as alterações agora introduzidas, com exceção do disposto no n.º 3 do artigo 671.º nCPC

Cons. ABRANTES GERALDES + STJ 21-5-2014/Proc. 44/1999-A.E2.S1 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA): sujeitam-se ao DL 303/2007, salvo quanto à dupla conforme (não estão sujeitos)

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DIREITO TRANSITÓRIO



A CONTRARIO, aos recursos interpostos de **TODAS AS RESTANTES DECISÕES** aplica-se o regime de recursos do DL n.º 303/2007, de 24 de agosto
-> **REGRA DA APLICABILIDADE IMEDIATA** – cf. art. 12º CC
[com exceção dos procedimentos cautelares ? (ver art. 7º nº 2, contraposto aos arts. 5º e 6º e Lei 41/2013)]

(a) recursos de decisões de **AÇÕES INSTAURADAS DEPOIS de 1 de janeiro de 2008 e ANTES de 1 de setembro de 2013** (proferidas antes ou depois de 1 de setembro)

(b) recursos de decisões de **AÇÕES INSTAURADAS DEPOIS de 1 de setembro de 2013**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RL 06-05-2014 / 1978/12.7TVLSB.L1 (EURICO REIS)

Tendo uma acção sido introduzida em Juízo no ano de 2012 e tendo a apelação sido admitida em data posterior à entrada em vigor do CPC aprovado por essa Lei Preambular, face ao estatuído nos art.ºs 5.º n.º 1 e 7.º n.º 1, este último por interpretação a contrario sensu, da Lei n.º 41/2013 de 26 de junho, é o ritual processual previsto nesse Código que passa a regular, em sede de recurso, a tramitação dessa acção.

RC 11-03-2014 / 11361/09.1TBVNO.C1 (FONTE RAMOS)

Perante a inexistência de um regime transitório quanto aos recursos das decisões proferidas até 31.8.2013 nos processos instaurados depois de 01.01.2008 (art.ºs 5.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 41/2013, de 26.6, que aprovou o actual CPC), e dado que, em princípio [exceptuando-se, por exemplo, as regras de competência e sobre os graus de jurisdição], poderão ser aplicadas, a tais processos, as normas do CPC de 2013, [sem prejuízo da validade dos actos que, até àquela data, foram praticados em conformidade com a lei processual vigente à data da sua prática], a Relação poderá determinar a realização de diligência probatória suplementar, ao abrigo do disposto no art.º 662, n.º 2, alínea b), do referido Código, se estiver em causa o esclarecimento de facto essencial para o desfecho da lide.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RC 10-12-2013 / 675/08.2TBCBR.C1.S1 (GABRIEL CATARINO)

A ausência de uma norma transitória que disponha especialmente para este feixe de acções – instauradas depois de 1 de Janeiro de 2008 e cuja decisão tenha sido proferida antes de 1 de Setembro de 2013 – poderia inculcar, inderrogavelmente, a ideia de que o regime de recurso aplicável a este feixe de acções é aquele que deriva do novo regime.

A questão carece, pensamos, de uma debate mais amplo e aprofundado (...) pelo que, sem prejuízo de uma ulterior tomada de posição mais consolidada e coesa, optamos, por ora, seguir a corrente constituída de que o regime de recursos aplicável a este tipo de acções – instauradas depois de 1 de Janeiro de 2008 e cuja decisão foi proferida antes da entrada em vigor da Lei 41/2013, de 26 de Junho (1 de Setembro de 2013) – é o instituído pelo Decreto-lei n.º 303/2007, de 4 de Agosto.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RP 05-05-2014 / 1869/09.9TBVRL-F.P1 (MANUEL FERNANDES)

- I - Quando no artigo 6.º, nº 4 da Lei 41/2013 de 26/6 (Lei que aprovou o NCPCivil) se faz referência a que o disposto no Código de Processo Civil relativamente aos procedimentos cautelares e incidentes de natureza declarativa (onde também se inserem os embargos de terceiro) apenas se aplica aos que sejam deduzidos a partir da data de entrada em vigor da presente lei, apenas tem em vista as normas específicas reguladoras desses incidentes e já não as normas referentes aos recursos dessas decisões.
- II - No que tange aos recursos interpostos de decisões proferidas durante a sua tramitação ou da respectiva decisão final, havemos de convocar as normas transitórias respectivas ou, quando estas não existam, fazer apelo às regras gerais referentes a aplicação das leis no tempo.
- III - Dado que a única norma transitória sobre recursos respeita somente às acções instauradas antes de 1 de Janeiro de 2008, relativamente às restantes temos, então, de convocar aquelas normas gerais.
- IV - Assim, aos recursos interpostos de decisões, em acções pendentes, proferidas a partir da entrada em vigor do novo CPC (1 de Setembro de 2013) aplica-se o regime de recursos decorrente deste novo diploma sempre que não estejam em causa normas que interfiram na relação substantiva.

3.A. Pressupostos

Rui Pinto, 2013

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ESPECIALIDADES DO CPTA

Artigo 142.º (*Decisões que admitem recurso*) CPTA

(...)

3 — Para além dos casos previstos na lei processual civil, é sempre admissível recurso, seja qual for o valor da causa, das decisões:

- a) De improcedência de pedidos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias;
- b) Proferidas em matéria sancionatória;
- c) Proferidas contra jurisprudência uniformizada pelo Supremo Tribunal Administrativo;
- d) Que ponham termo ao processo sem se pronunciarem sobre o mérito da causa.

VEJAM-SE OS “CASOS PREVISTOS NA LEI PROCESSUAL CIVIL”

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE ADMITEM SEMPRE RECURSO

Artigo 629.º (*Decisões que admitem recurso*)

(...)

2 — Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admissível recurso:

- a) Com fundamento na violação das regras de competência internacional, das regras de competência em razão da matéria ou da hierarquia, ou na ofensa de caso julgado;
- b) Das decisões respeitantes ao valor da causa ou dos incidentes, com o fundamento de que o seu valor excede a alçada do tribunal de que se recorre;
- c) Das decisões proferidas, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, contra jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça;
- d) Do acórdão da Relação que esteja em contradição com outro, dessa ou de diferente Relação, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, e do qual não caiba recurso ordinário por motivo estranho à alçada do tribunal, salvo se tiver sido proferido acórdão de uniformização de jurisprudência com ele conforme.

= anterior ART. 678.º N.º 4 CPC/2007

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE ADMITEM SEMPRE RECURSO

3 — Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admissível recurso para a Relação:

a) Nas ações em que se aprecie a validade, a subsistência ou a cessação de contratos de arrendamento, com exceção dos arrendamentos para habitação não permanente ou para fins especiais transitórios;

b) Das decisões respeitantes ao valor da causa nos procedimentos cautelares, com o fundamento de que o seu valor excede a alçada do tribunal de que se recorre;

c) Das decisões de indeferimento liminar da petição de ação ou do requerimento inicial de procedimento cautelar.



= anterior ART. 234-A ° N° 2 CPC/2012

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

Artigo 630.º (*Despachos que não admitem recurso*)

1 — Não admitem recurso os despachos de mero expediente nem os proferidos no uso legal de um poder discricionário.

2 — *Não é admissível recurso das*

- *decisões de simplificação ou de agilização processual, proferidas nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º, [incluindo no quadro do art. 597º nCPC]*

- *das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no n.º 1 do artigo 195.º*

- *e das decisões de adequação formal, proferidas nos termos previstos no artigo 547.º [incluindo no quadro do art. 597º nCPC]*

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ESPECIALIDADES DO CPTA

Artigo 35º (Formas de processo) CPTA

- 1 — **Aos casos previstos no título II deste Código** corresponde o **processo de declaração regulado no Código de Processo Civil**, nas formas ordinária, sumária e sumaríssima.
- 2 — **Os casos previstos nos títulos III e IV** regem-se pelas disposições aí previstas e pelas disposições gerais, sendo subsidiariamente aplicável **o disposto na lei processual civil**.

Artigo 42º (Tramitação) CPTA

- 1 — Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a **acção administrativa comum segue os termos do processo de declaração do Código de Processo Civil**, nas formas ordinária, sumária e sumaríssima.

ADEQUAÇÃO PROCESSUAL DA LEI PROCESSUAL CIVIL?

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

CÓDIGO NOVO: DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL (I)



Artigo 6.º (Dever de gestão processual)

PARTE NOVA

- 1 — **Cumpra ao juiz**, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, **dirigir ativamente o processo** e **providenciar pelo seu andamento célere**, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.
- 2 — O **juiz providencia** oficiosamente **pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção**, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

CÓDIGO NOVO: DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL (I)



Artigo 547.º (*Adequação formal*) = art. 265.º-A *Código velho*

O juiz deve **adotar a tramitação processual adequada** às *especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.*

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

CÓDIGO NOVO: DEVER DE GESTÃO PROCESSUAL (III)

Artigo 597.º (*Termos posteriores aos articulados nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação*)

Nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação, findos os articulados, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 590.º [despacho pré-saneador], o juiz, consoante a necessidade e a adequação do ato ao fim do processo:

- a) **Assegura o exercício do contraditório** quanto a exceções não debatidas nos articulados;
- b) **Convoca audiência prévia;**
- c) **Profere despacho saneador**, nos termos do no n.º 1 do artigo 595.º;
- d) **Determina**, após audição das partes, **a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual**, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 547.º [*Adequação formal*];
- e) **Profere o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596.º** [*Temas da prova*];
- f) **Profere despacho destinado a programar os atos a realizar na audiência final**, a estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e a designar as respetivas datas;
- g) **Designa logo dia para a audiência final**, observando o disposto no artigo 151.º.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RE 08-05-2014 / 1408/09.1TBFAR-B.E1 (ASSUNÇÃO RAIMUNDO)

I - Se a lei atribui ao juiz o poder de decidir sem sujeição a limites ou condicionalismos, confiando a decisão da matéria exclusivamente ao seu prudente arbitrio, estaremos perante um poder **discricionário.**

II - O despacho proferido ao abrigo da norma do art. 531 do Código de Processo Civil é-o no uso legal de um **poder discricionário, cabendo no entanto ao juiz fundamentar a sua decisão (art. 154 do Código de Processo Civil).**

Art. 531º : Por decisão fundamentada do juiz, pode ser excecionalmente aplicada uma taxa sancionatória quando a ação, oposição, requerimento, recurso, reclamação ou incidente seja manifestamente improcedente e a parte não tenha agido com a prudência ou diligência devida.

RC 08-04-2014 / 4135/12.9TBLRA-C.C1 (CARLOS MOREIRA)

O recurso sobre nulidades processuais está limitado, nos termos do artº 630º nº2 do NCPC, sendo assim, em princípio, irrecorível, a não inquirição de testemunhas apresentadas, máxime se a mesma foi deixada pelo apresentante ao critério do juiz

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

.....“salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios”

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

ÂMBITO

- ❑ **Enumeração é insuficiente à luz do princípio da interpretação das normas em conformidade com a Constituição da República, *maxime* o art. 20º CR (tutela jurisdicional e processo equitativo) e da segurança jurídica; aliás, os poderes de gestão e adequação processual são para cumprirem uma funcionalidade da qual são subprincípios: “a justa composição do litígio em prazo razoável” (artigo 6.º n.º 1) por meio de um “processo equitativo” (artigo 547.º).**
- é sempre recorrível o despacho que viole as demais garantias constitucionais de imparcialidade, fundamentação das decisões (cf. artigo 205), publicidade do processo, proibição de decisões-supresa, ou prazo razoável
- é nulo o despacho que determine um via procedimental que implique a “revogação” ou “supressão” de atos processuais de eficácia já consumada

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

- ❑ **Critério prático que pode ser usado para se aferir se um despacho de composição viola as garantias constitucionais, tanto as concretizadas no art. 630º n.º 2, como as demais: o CRITÉRIO DO ART. 195º N.º 1**



É NULO E RECORRÍVEL um despacho que determine a prática de um ato não previsto no direito positivo, ou a omissão de um ato ou de uma formalidade que o mesmo prescreva quando a composição procedimental “possa influir no exame ou na decisão da causa”.

Portanto, nulo é um ato que prejudica a justiça da parte, seja proferido por referência ao procedimento previamente previsto na lei ou seja proferido por referência ao procedimento determinado *ad hoc* pelo juiz.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RP 24-04-2014 / 1434/13.6TBVRL-A.P1 (TELES DE MENEZES)

Conquanto as alterações ao direito adjectivo civil continua válido o **princípio da auto-responsabilização das partes** que impõe aos interessados a condução do processo, devendo deduzir, atempadamente, os competentes meios para fazer valer os seus direitos, sob pena de sofrerem as consequências da sua omissão

RL 20-03-2014 / 710/11.7TCFUN-8 (ISOLETA ALMEIDA COSTA)

- I) O código de processo civil contém **mecanismos de agilização processual** mas cuja adopção está dependente de **prévio contraditório**.
- II) **Este resulta, expressamente, do disposto no artº 6º que prescreve: «cumpre ao juiz (...)providenciar pelo andamento célere (...) ouvidas as partes (...) e da conjugação do artº 547º com o nº2 do artº 630º ambos do CPC, enquanto este ultimo dispõe que «não é admissível recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual (...)nos termos previstos no nº 1 do artº 6º (...) das decisões de adequação formal proferidas nos termos do artº 547 salvo se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório(...)»**

JURISPRUDÊNCIA

RC 20-12-2011 / 545/09.7T2OVR-B.C1 (CARLOS QUERIDO)

1. **O princípio da adequação formal destinou-se a introduzir alguma flexibilidade na tramitação ou marcha do processo, permitindo adequá-la integralmente a possíveis especificidades ou peculiaridades da relação controvertida, encontrando-se no entanto a sua utilização condicionada ao respeito integral pelos princípios essenciais estruturantes do processo civil, nomeadamente o da igualdade das partes e o do contraditório.**
2. **Na aplicação do princípio processual em apreço, o juiz não pode interferir na estratégia processual livremente delineada pelos litigantes, suprimindo eventuais omissões destes.**
3. **Tendo sido notificada às partes a sentença que declarou extinta a instância executiva com fundamento na sua deserção, sem que as mesmas a tivessem impugnado, tal decisão transitou em julgado, constituindo caso julgado formal nos termos do artigo 672.º do CPC.**
4. **Carece de suporte legal o despacho posteriormente proferido na mesma execução que, invocando o princípio da adequação formal, dá sem efeito a sentença de extinção, declarando renovada a instância.**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RL 05-11-2013 / 1043/09.4T2AMD.L1-7 (ROSA RIBEIRO COELHO)

- I – **A decisão, aceite por ambas as partes, que considerou ser adequada a forma de processo comum sumário, e não a de expropriação que vinha sendo adotada, recaindo sobre a relação processual, concretamente sobre a forma de processo adequada para apreciar e decidir a pretensão deduzida, tem força obrigatória dentro do processo**, nos termos do nº 1 do art. 620º do CPC – idêntico ao art. 672º, nº 1 do CPC então vigente -, pelo que no seu âmbito não é admissível outro despacho sobre a matéria;
- III – **Vale a decisão proferida em primeiro lugar, por imposição do art. 625º, do CPC, sem prejuízo de, ao abrigo do princípio da adequação formal, instituído no art. 547º, se virem a adotar as medidas de tramitação processual que eventualmente se revelem adequadas às especificidades da causa.**

RL 04-06-2014 / 14509/13.2T2SNT-A.L1-4 (SERGIO ALMEIDA)

Ao avaliar a pertinência de um exame o juiz tem presente os deveres de busca da verdade material e de **gestão processual**. É impertinente, designadamente, o exame que não exige conhecimentos especiais, não respeita a factos, concerne a factos provados ou se revela, à partida, manifestamente inviável ou redundante, não trazendo elementos úteis para a boa decisão da questão controvertida no processo.

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

REGIME DO RECURSO (EVENTUAL) DAS DECISÕES DO ART. 630º/2

O nº 2 do art. 630º nada diz; depende das situações, mas em princípio

- será **DESPACHO INTERLOCUTÓRIO com apelação diferida e acessória** (cf. art. 644º nº 3) e subida em separado (cf. art. 645º nº 2)
 - será **DESPACHO INTERLOCUTÓRIO com apelação imediata e autónoma e subida em separado** (cf. art. 645º nº 2) se **AO ADEQUAR VIER CONSUMIR AO MESMO TEMPO** alguma das previsões do art. 644º nº 3, *maxime*
- decisão que decreta a suspensão da instância (al. c))
- despacho de admissão ou rejeição de algum articulado ou meio de prova (al. d))
- decisões cuja impugnação com o recurso da decisão final seria absolutamente inútil (al. h))

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

RECORRIBILIDADE PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Podem as decisões de adequação formal ser objeto de recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 280.º CRP e do artigo 70.º n.º 1 LTC, mas com os limites do n.º 2 do art. 70º (ausência ou esgotamento de recursos ordinárias)?

A adequação em sim mesma, i.e., o novo procedimento de fonte judicial (dos artigos 6.º n.º 1 e 547.º) ou a decisão sobre a nulidades do artigo 195.º não é uma norma jurídica mas uma **decisão judicial** pelo que **NÃO** pode ser objeto de recurso para o TC (cf. RIBEIRO MENDES, Recursos)

O USO/INTERPRETAÇÃO de normas reputadas de inconstitucionais (cf., *por ex.*, als. b) ou g) do n.º 1 do artigo 70.º LTC), *maxime* a constitucionalidade deste art. 630º n.º2 **pode ser sindicado pelo Tribunal Constitucional** no caso de acórdão da conferência que confirme decisão singular do relator de não admissão do recurso de apelação (pois esse acórdão em si não é *ipso factum* irrecorrível; i.e., não é o despacho de adequação em si mesmo)

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

REGIME DE RETIFICAÇÕES

Artigo 614.º (*Retificação de erros materiais*)

- 1 — Se a sentença omitir o **nome das partes, for omissa quanto a custas ou a algum dos elementos previstos no n.º 6 do artigo 607.º, ou contiver erros de escrita ou de cálculo ou quaisquer inexatidões** devidas a outra omissão ou lapso manifesto, pode **ser corrigida por simples despacho, a requerimento de qualquer das partes ou por iniciativa do juiz.**
- 2 — Em caso de recurso, a retificação só pode ter lugar antes de ele subir, podendo as partes alegar perante o tribunal superior o que entendam de seu direito no tocante à retificação.
- 3 — Se nenhuma das partes recorrer, a retificação pode ter lugar a todo o tempo.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

REGIME DE NULIDADES

Artigo 615.º (*Causas de nulidade da sentença*)

1 — É nula a sentença quando:

- a) Não contenha a assinatura do juiz;
- b) Não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão;
- c) Os fundamentos estejam em oposição com a decisão ou **ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível**;
- d) O juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento;
- e) O juiz condene em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido.

(...)

4 — As nulidades mencionadas nas alíneas *b)* a *e)* do n.º 1 só podem ser arguidas perante o tribunal que proferiu a sentença se esta não admitir recurso ordinário, podendo o recurso, no caso contrário, ter como fundamento qualquer dessas nulidades.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

STA 28-05-2014 / 01638/13 (ISABEL MARQUES DA SILVA)

*I - Foi intenção do legislador na Reforma do Processo Civil operada pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho **eliminar o incidente de esclarecimento** ou esclarecimento de pretensas e, nas mais das vezes, **ficcionadas e inexistentes obscuridades ou ambiguidades da decisão reclamada** – apenas se consentindo ao interessado arguir, pelo meio próprio, a nulidade da sentença que seja efetivamente ininteligível.*

II - Tal nulidade não se verifica se a decisão, interpretada à luz da respectiva fundamentação, é inteira e efectivamente compreensível.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

TCASul 14-11-2013 / 07029/13 (JOAQUIM CONDESSO)

1. **A omissão de pronúncia (vício de “petitionem brevis”) pressupõe que o julgador deixa de apreciar alguma questão que lhe foi colocada pelas partes (cfr.artº.615, nº.1, al.d), do C.P.Civil).**
2. **No processo judicial tributário o vício de omissão de pronúncia, como causa de nulidade da sentença, está previsto no artº.125, nº.1, do C. P. P. Tributário, no penúltimo segmento da norma.**
(...)
4. **Embora o Tribunal tenha também o dever de pronúncia sobre questões de conhecimento oficioso não suscitadas pelas partes (cfr.artº.608, nº.2, do C.P.Civil), a omissão de tal dever não constituirá nulidade da sentença, mas sim um erro de julgamento.**
5. **Relativamente à matéria de facto, o juiz não tem o dever de pronúncia sobre toda a matéria alegada, tendo antes o dever de seleccionar apenas a que interessa para a decisão (...)**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

REGIME DE REFORMA

Artigo 616.º (Reforma da sentença)

- 1 — A parte pode requerer, no tribunal que proferiu a sentença, a sua **reforma quanto a custas e multa**, sem prejuízo do disposto no n.º 3.
- 2 — Não cabendo recurso da decisão, é **ainda lícito a qualquer das partes requerer a reforma da sentença quando, por manifesto lapso do juiz:**
 - a) Tenha ocorrido erro na determinação da norma aplicável ou na qualificação jurídica dos factos;
 - b) **b) Constem do processo documentos ou outro meio de prova plena que, só por si, impliquem necessariamente decisão diversa da proferida.**
- 3 — Cabendo recurso da decisão que condene em custas ou multa, o requerimento previsto no n.º 1 é feito na alegação.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

STA 09-07-2014 / 01106/13 (DULCE NETO)

A possibilidade de reforma de decisão judicial ao abrigo do nº 2 do art.º 616º do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, (a que correspondia idêntica norma contida no art.º 669º do anterior CPC) **destina-se unicamente a eliminar lapsos manifestos, erros evidentes, ostensivos, juridicamente insustentáveis e incontroversos.**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

TCASul 16-06-2014 / 07094/13 (JOAQUIM CONDESSO)

5. O art.º.616, nº.2, do C.P.Civil, procura especificar, com maior precisão, os poderes de alteração da decisão judicial, os quais podem fundar-se, não propriamente numa omissão, mas antes num activo erro de julgamento. Na alínea a), da norma, aparece previsto o erro manifesto de julgamento de questões de direito, o qual pressupõe, obviamente, para além do seu carácter evidente, patente e virtualmente incontroverso, que o juiz se não haja expressamente pronunciado sobre a questão a dirimir, analisando e fundamentando a (errónea) solução jurídica que acabou por adoptar (v.g.aplicou-se norma inquestionável e expressamente revogada, por o julgador se não haver apercebido atempadamente da revogação). Por sua vez, na alínea b) aparece, essencialmente, previsto o erro manifesto na apreciação das provas, traduzido no esquecimento de um elemento que, só por si, implicava decisão diversa da proferida (v.g.o juiz omitiu a consideração de um documento, constante dos autos e dotado de força probatória plena, que só por si era bastante para deitar por terra a decisão proferida). Em ambas as situações o legislador dá prevalência ao princípio da justiça material em detrimento do princípio da imutabilidade das decisões judiciais.
6. Por outras palavras, a reforma de acórdão somente pode ter lugar quando se verifique um lapso notório do Tribunal na determinação da norma aplicável ao caso sob apreciação ou na qualificação jurídica dos factos, tal como a existência de erro manifesto na apreciação das provas, traduzido no esquecimento de um elemento ...

DECISÕES QUE NÃO ADMITEM RECURSO

TRAMITAÇÃO DA NULIDADE E DA REFORMA

Artigo 617.º (Processamento subsequente)

1 — Se a questão da nulidade da sentença ou da sua reforma for suscitada no âmbito de recurso dela interposto, compete ao juiz apreciá-la no próprio despacho em que se pronuncia sobre a admissibilidade do recurso, não cabendo recurso da decisão de indeferimento.

2 — Se o juiz suprir a nulidade ou reformar a sentença, considera-se o despacho proferido como complemento e parte integrante desta, ficando o recurso interposto a ter como objeto a nova decisão. (...)

6 — Arguida perante o juiz que proferiu a sentença alguma nulidade, nos termos da primeira parte do n.º 4 do artigo 615.º, ou deduzido pedido de reforma da sentença, por dela não caber recurso ordinário, o juiz profere decisão definitiva sobre a questão suscitada; porém, no caso a que se refere o n.º 2 do artigo anterior, a parte prejudicada com a alteração da decisão pode recorrer, mesmo que a causa esteja compreendida na alçada do tribunal, não suspendendo o recurso a exequibilidade da sentença.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

3.B. Regime comum

Rui Pinto, 2013

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

MODO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO

Artigo 637.º = art. 684º-B (Modo de interposição do recurso)

SIMPLIFICAÇÃO NORMATIVA

- 2 — O requerimento de interposição do recurso contém obrigatoriamente a alegação do recorrente, em cujas conclusões deve ser indicado o fundamento específico da recorribilidade; quando este se traduza na invocação de um conflito jurisprudencial que se pretende ver resolvido, o recorrente junta obrigatoriamente, sob pena de imediata rejeição, cópia, *ainda que não certificada*, do acórdão fundamentado.

SUPRESSÃO NORMATIVA

Anterior 3 — Tratando-se de despachos ou sentenças orais, reproduzidos no processo, o requerimento de interposição pode ser imediatamente ditado para a acta.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

PRAZOS E ÓNUS DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO

Artigo 638.º = art. 685º (Prazos)

CONCENTRAÇÃO NORMATIVA

- 1 — O prazo para a interposição do recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão, reduzindo-se para 15 dias nos processos urgentes e nos casos previstos no n.º 2 do artigo 644.º e no artigo 677.º (vide anterior art. 691º nº 5; vide art. 677º)

Artigo 640.º (Ónus a cargo do recorrente que impugne a decisão relativa à matéria de facto)

MAIOR EXIGÊNCIA AO RECORRENTE

1 — Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;
- b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida;
- c) *A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.*

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

TCASul 18-09-2014 / 06982/13 (JOAQUIM CONDESSO)

3. O erro de julgamento de facto ocorre quando o juiz decide mal ou contra os factos apurados. Por outras palavras, tal erro é aquele que respeita a qualquer elemento ou característica da situação “sub judice” que não revista natureza jurídica. O erro de julgamento, de direito ou de facto, somente pode ser banido pela via do recurso e, verificando-se, tem por consequência a revogação da decisão recorrida.

4. No que diz respeito à disciplina da impugnação da decisão de 1ª. Instância relativa à matéria de facto a lei processual civil impõe ao recorrente um ónus rigoroso, cujo incumprimento implica a imediata rejeição do recurso. Ele tem de especificar, obrigatoriamente, na alegação de recurso, não só os pontos de facto que considera incorrectamente julgados, mas também os concretos meios probatórios, constantes do processo ou do registo ou gravação nele realizada, que, em sua opinião, impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados, diversa da adoptada pela decisão recorrida (cfr.artº.685-B, nº.1, do C.P.Civil, “ex vi” do artº.281, do C.P.P.Tributário). Tal ónus rigoroso ainda se pode considerar mais vincado no actual artº.640, nº.1, do C.P.Civil, na redacção resultante da Lei 41/2013, de 26/6.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

PRAZOS E ÓNUS DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO

2 — No caso previsto na alínea b) do número anterior, observa-se o seguinte:

- a) Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, **indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes;**
- b) **Independentemente dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe ao recorrido designar os meios de prova que infirmem as conclusões do recorrente e, se os depoimentos tiverem sido gravados, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda e proceder, querendo, à transcrição dos excertos que considere importantes.**

3 — O disposto nos n.os 1 e 2 é aplicável ao caso de o recorrido pretender alargar o âmbito do recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 636.º

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ESPECIALIDADES DO CPTA

Artigo 144.º (Interposição de recurso e alegações) CPTA

1 — O prazo para a interposição de recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão recorrida.

Artigo 147.º (Processos urgentes) CPTA

1 — Nos processos urgentes, os recursos são interpostos no prazo de 15 dias e sobem imediatamente, no processo principal ou no apenso em que a decisão tenha sido proferida, quando o processo esteja findo no tribunal recorrido, ou sobem em separado, no caso contrário.

ETC: arts. 145.º, 146.º CPTA

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DESPACHO DO REQUERIMENTO DE RECURSO

Artigo 641.º (Despacho sobre o requerimento)

1 — Findos os prazos concedidos às partes, o juiz aprecia os requerimentos apresentados, pronuncia-se sobre as nulidades arguidas e os pedidos de reforma, ordenando a subida do recurso, se a tal nada obstar.

(...)

6 — A decisão que não admita o recurso ou retenha a sua subida apenas pode ser impugnada através da reclamação prevista no artigo 643.º:

ATENÇÃO: CONJUGAR COM O ART. 652.º N.º 3 (explicar que a ressalva deste se aplica à não admissão de revista por um Tribunal de Relação)

7 — No despacho em que admite o recurso referido na alínea c) do n.º 3 do artigo 629.º, deve o juiz ordenar a citação do réu ou do requerido, tanto para os termos do recurso como para os da causa, salvo nos casos em que o requerido no procedimento cautelar não deva ser ouvido antes do seu decretamento.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

4. Apelação

Rui Pinto, 2013

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ESPECIALIDADES DO CPTA

Artigo 142º *(Decisões que admitem recurso) CPTA*

(...)

5 — As decisões proferidas em despachos interlocutórios devem ser impugnadas no recurso que venha a ser interposto da decisão final, excepto nos casos de subida imediata previstos no Código de Processo Civil.



ARTICULAÇÃO COM O ART. 644º N.ºS 2 E 3 DA LEI PROCESSUAL CIVIL

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

REGIME DA APELAÇÃO

Artigo 644.º (Apelações autónomas)

1 — Cabe recurso de apelação:

DECISÕES FINAIS

- a) Da decisão, proferida em 1.ª instância, que ponha termo à causa **ou a procedimento cautelar ou incidente processado autonomamente**;
- b) Do despacho saneador que, sem pôr termo ao processo, decida do mérito da causa **ou absolva da instância o réu ou algum dos réus quanto a algum ou alguns dos pedidos**.

DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS (TÍPICAS) → imediatamente e autonomamente recorríveis

2 — Cabe ainda recurso de apelação das seguintes decisões do tribunal de 1.ª instância:

- a) Da decisão que aprecie o impedimento do juiz;
- b) Da decisão que aprecie a competência absoluta do tribunal;
- c) Da decisão que decrete a suspensão da instância;
- d) Do despacho de admissão ou rejeição de algum articulado ou meio de prova;
- e) Da decisão que condene em multa **ou comine outra sanção processual**;
- f) Da decisão que ordene o cancelamento de qualquer registo;
- g) De decisão proferida depois da decisão final;

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

REGIME DA APELAÇÃO

- h) Das decisões cuja impugnação com o recurso da decisão final seria absolutamente inútil;
- i) Nos demais casos especialmente previstos na lei.

DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS (REGRA GERAL) → deferida e acessoriamente recorríveis

----- *há recurso da decisão final* -----

3 — As restantes decisões proferidas pelo tribunal de 1.ª instância podem ser impugnadas no recurso que venha a ser interposto **das decisões previstas no n.º 1**.

➡ Mas...**ATENÇÃO AO ART. 660º**

----- *não há recurso da decisão final* -----

4 — Se não houver recurso da decisão final, as **decisões interlocutórias** que tenham interesse para o apelante independentemente daquela decisão podem ser impugnadas num recurso único, a interpor após o trânsito da referida decisão.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Artigo 660.º (*Efeitos da impugnação de decisões interlocutórias*)

O tribunal só dá provimento à impugnação das decisões interlocutórias, impugnadas conjuntamente com a decisão final nos termos do n.º 3 do artigo 644.º, **quando**

→ a infração cometida possa modificar aquela decisão

ou

→ o provimento tenha interesse para o recorrente.



é uma restrição ao art. 644º nº 3

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RL 16-01-2014 / 4817/07.7TBALM.L2-6 (ANTÓNIO MARTINS)

O artigo 660.º, do CPC actual, estatui de forma idêntica ao artigo 710.º do CPC1961, embora o legislador tenha dito menos do que queria dizer; assim **não deve conhecer-se do recurso de agravo** quando da sua procedência não resultaria a modificação da decisão final, como tal se interpretando a expressão “só dá provimento...” inserta no (...) art.º 660º.

- Regra anteriormente bem explícita no art.º 710º do CPC1961, na redacção vigente até à sua revogação pelo art.º 9º do DL 303/2007 de 24.08, onde se estabelecia que a ordem de julgamento dos recursos era a “ordem da sua interposição”, mas com duas excepções: “os agravos interpostos pelo apelado que interessem à decisão da causa só são apreciados se a sentença não for confirmada” (nº 1) e “os agravos só são providos quando a infração cometida tenha influído no exame ou decisão da causa ou quando, independentemente da decisão do litígio, o provimento tenha interesse para o agravante” (nº 2).
- O propósito do legislador é o mesmo: não haverá que conhecer – não se trata apenas de não dar provimento, como poderia pensar-se resultar da expressão “só dá provimento...” inserta no citado art.º 660º - dos recursos das decisões interlocutórias que não tenham relevância para a decisão final, **a menos que o seu provimento tenha interesse para o recorrente, independentemente do sentido da decisão final**

JURISPRUDÊNCIA

→ **DECISÃO FINAL DE INCIDENTE PROCESSADO AUTONOMAMENTE (ART. 644º Nº 1 a)):**

O QUE É UM INCIDENTE PROCESSADO AUTONOMAMENTE?

RG 29-05-2014 / 301/12.5TCGMR-A.G1 (FERNANDO FREITAS)

Os **incidentes de intervenção de terceiros**, conquanto sejam processados na acção, têm uma tramitação própria sendo, por isso, **dotados de autonomia** (cfr., neste sentido, o Consº Abrantes Geraldes in “Recursos no Novo Código de Processo Civil”, págs. 151-152).

RUI PINTO: O incidente cujos **atos processuais não sejam partilhados com os atos do processo principal**.

Exemplos: **incidente de liquidação de sentença** quando deduzido depois de proferida a sentença (cf. artigo 360.º n.º 2); **incidente de habilitação** (artigos 351.º e ss.)

Não são processadas autonomamente a impugnação da genuinidade de documento (cf. artigo 444.º) nem a ilisão da autenticidade ou da força probatória de documento (artigo 446.º n.º 1)

JURISPRUDÊNCIA

→ **DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS (ART. 644º Nº 3)**

RC 10-12-2013 / 123/13.6TBGRD-B.C1 (JOSÉ GONÇALVES)

Considerando o actual regime de recursos, **as decisões tomadas no interior do incidente de reclamação contra a relação de bens em processo especial de inventário (previsto nos artigos 1348º e 1349º do Código de Processo Civil), só podem ser impugnadas nos termos do n.º 3 do art.º 644.º do NCPC**, isto é com o recurso que venha a ser interposto da decisão final do incidente, ficando acautelado ao reclamante, o direito de ver definido por outra instância judicial, todas as questões levantadas – recorríveis – durante a instância incidental.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

CAUÇÃO

Artigo 650.º (Caução)

1 — Se houver dificuldade na fixação da caução a que se refere o n.º 4 do artigo 647.º e o n.º 2 do artigo anterior, calcula-se o seu valor mediante avaliação feita por um único perito nomeado pelo juiz.

2 — Se a caução não for prestada no prazo de 10 dias após o despacho previsto no artigo 641.º, extrai-se traslado, com a sentença e outras peças que o juiz considere indispensáveis para se processar o incidente, seguindo a apelação os seus termos.

3 — Se a caução tiver sido prestada por fiança, garantia bancária ou seguro-caução, a mesma mantém-se até ao trânsito em julgado da decisão final proferida no último recurso interposto, só podendo ser libertada em caso de absolvição do pedido ou, tendo a parte sido condenada, provando que cumpriu a obrigação no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado.

4 — No caso previsto na segunda parte do número anterior, se não tiver sido feita a prova do cumprimento de obrigação no prazo aí referido, será notificada a entidade que prestou a caução para entregar o montante da mesma à parte beneficiária, aplicando-se, em caso de incumprimento e com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 777.º, servindo de título executivo a notificação efetuada pelo tribunal.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JUNÇÃO DE DOCUMENTOS

Artigo 651.º (Junção de documentos e de pareceres)

1 — As partes apenas podem juntar documentos às alegações nas situações excecionais a que se refere o artigo 425.º ou no caso de a junção se ter tornado necessária em virtude do julgamento proferido na 1.ª instância.

2 — As partes podem juntar pareceres de juriconsultos até ao início do prazo para a elaboração do projeto de acórdão.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

FUNÇÃO DO RELATOR

Artigo 652.º (Função do relator)

(...)

5 — Do acórdão da conferência pode a parte que se considere prejudicada:

- a) Reclamar, com efeito suspensivo, da decisão proferida sobre a competência relativa da Relação para o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o qual decide definitivamente a questão;
- b) Recorrer nos termos gerais.

[anterior Art. 700º nº 5 - Do acórdão da conferência pode a parte que se considere prejudicada recorrer nos termos previstos na segunda parte do n.º 4 do artigo 721.º]

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

TCent Adm Sul 31-10-2013 / 06739/13 (JOAQUIM CONDESSO)

1. *O instituto da reclamação para a conferência, actualmente previsto no art.º.652, n.º.3, do C.P.Civil, na redacção da Lei 41/2013, de 26/6 (aplicável ao processo judicial tributário “ex vi” do art.º.2, al.e), do C.P.P.T.), fundamenta a sua existência no carácter de Tribunal colectivo que revestem os Tribunais Superiores, nos quais a regra é a decisão judicial demandar a intervenção de três juizes, os quais constituem a conferência, e o mínimo de dois votos conformes (cfr.art.ºs.17 e 35, ambos do E.T.A.F.).*
2. *Sempre que a parte se sinta prejudicada por um despacho do relator, pode dele reclamar para a conferência. Os direitos da parte - reforçados pela decisão colegial em conferência - são assegurados pela possibilidade de reclamação para a conferência de quaisquer decisões do relator, excepcionadas as de mero expediente (cfr.art.ºs.630, do C.P.Civil). A reclamação é, pois, admissível de despacho proferido no exercício de poder discricionário, o qual tem a ver com matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador (cfr.art.º.152, n.º.4, do C.P.Civil).*

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÃO SOBRE A MATÉRIA DE FACTO: ESPECIALIDADES DO CPTA

Artigo 149º (*Poderes do tribunal de apelação*) CPTA

- 1 — Ainda que declare nula a sentença, de recurso não deixa de decidir o objecto da causa, conhecendo do facto e do direito.
- 2 — No caso de haver lugar à produção de prova em sede de recurso, é aplicável às diligências ordenadas, com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão, alegações e julgamento em primeira instância.

(...)



ARTICULAÇÃO COM O ART. 662º DA LEI PROCESSUAL CIVIL

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÃO SOBRE A MATÉRIA DE FACTO: ESPECIALIDADES DO CPTA

Artigo 149º (*Poderes do tribunal de apelação*) CPTA

- 1 — Ainda que declare nula a sentença, de recurso não deixa de decidir o objecto da causa, conhecendo do facto e do direito.
- 2 — No caso de haver lugar à produção de prova em sede de recurso, é aplicável às diligências ordenadas, com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão, alegações e julgamento em primeira instância.

(...)



ARTICULAÇÃO COM O ART. 662º DA LEI PROCESSUAL CIVIL

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÃO SOBRE MATÉRIA DE FACTO

Artigo 662.º (Modificabilidade da decisão de facto)

- 1 — A Relação **deve [ANTES: “pode”]** alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente **impuserem decisão diversa**.
- 2 — A Relação deve ainda, mesmo oficiosamente:
- Ordenar a renovação da produção da prova** quando houver dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento;
 - Ordenar, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, a produção de novos meios de prova;**
 - Anular a decisão proferida na 1.ª instância**, quando, não constando do processo todos os elementos que, nos termos do número anterior, permitam a alteração da decisão proferida sobre a matéria de facto, repete deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto, ou quando considere indispensável a ampliação desta;
 - Determinar que, não estando devidamente fundamentada a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa, o tribunal de 1.ª instância a fundamente**, tendo em conta os depoimentos gravados ou registados.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÃO SOBRE MATÉRIA DE FACTO

Artigo 662.º (Modificabilidade da decisão de facto)

- 3 — Nas situações previstas no número anterior, **procede-se da seguinte forma**:
- Se for ordenada a renovação ou a produção de nova prova**, observa-se, com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na 1.ª instância;
 - Se a decisão for anulada e for inviável obter a sua fundamentação pelo mesmo juiz**, procede-se à repetição da prova na parte que esteja viciada, sem prejuízo da apreciação de outros pontos da matéria de facto, com o fim de evitar contradições;
 - Se for determinada a ampliação da matéria de facto**, a repetição do julgamento não abrange a parte da decisão que não esteja viciada, sem prejuízo da apreciação de outros pontos da matéria de facto, com o fim de evitar contradições;
 - Se não for possível obter a fundamentação pelo mesmo juiz ou repetir a produção de prova**, o juiz da causa limitar-se-á a justificar a razão da impossibilidade.
- 4 — **Das decisões da Relação previstas nos n.os 1 e 2 não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÃO SOBRE MATÉRIA DE FACTO

→ **SUBSTITUIÇÃO DA DECISÃO DE FACTO SEM RENOVAÇÃO DE PROVA:** a Relação modifica as decisões da 1ª instância sobre a matéria de facto usando as provas que constam dos autos

1 — A Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa.

→ **SUBSTITUIÇÃO DA DECISÃO DE FACTO COM RENOVAÇÃO AUTÓNOMA DE PROVA:** a Relação modifica das decisões do de 1ª instância sobre a matéria de facto mandando determinar a renovação das provas produzidas em 1ª instância

2 — A Relação deve ainda, mesmo oficiosamente:

a) Ordenar a renovação da produção da prova quando houver dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do se depoimento;

b) Ordenar, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, a produção de novos meios de prova

3 — Nas situações previstas no número anterior, procede-se da seguinte forma:

a) Se for ordenada a renovação ou a produção de nova prova, observa-se, com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na 1.ª instância;

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RL 09-05-2014 / 17465/12.0T2SNT.L1-4 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO)

I - Tendo o Autor pedido a condenação da Ré ausente em parte incerta e representada pelo Ministério Público no pagamento, entre outras prestações, da indemnização devida por resolução com justa causa (falta culposa de pagamento de retribuições) e não tendo o trabalhador logrado fazer prova da data de início da relação laboral, o tribunal da 1.ª instância ao invés de fixar a referida indemnização no montante mínimo legal de 3 meses poderia ter procurado desenvolver oficiosamente diligências no sentido da determinação temporal do começo do vínculo de trabalho dos autos.

II - Não o tendo feito e vindo o Autor a recorrer da dita sentença, o Tribunal da Relação de Lisboa, apesar de nenhuma das partes ter impugnado a Decisão sobre a Matéria de Facto, pode lançar mão dos poderes oficiosos constantes dos n.ºs 1 e 2, alínea b) do art.º 662.º do NCPC e solicitar, nesse âmbito, informação à Segurança Social relativa aos descontos feitos pela entidade empregadora relativamente ao aludido trabalhador e, na posse desses novos elementos, alterar a Matéria de Facto e o subsequente julgamento de direito..

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÃO SOBRE MATÉRIA DE FACTO

→ **CASSAÇÃO DA DECISÃO DE FACTO COM RENOVAÇÃO DE PROVA:** a Relação ordena novo julgamento na 1.^a instância (cassação) se as provas que constam dos autos não for suficientes

2 — A Relação deve ainda, mesmo oficiosamente:

c) Anular a decisão proferida na 1.^a instância, quando, não constando do processo todos os elementos que, nos termos do número anterior, permitam a alteração da decisão proferida sobre a matéria de facto, repete deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto, ou quando considere indispensável a ampliação desta;

(...)

3 — Nas situações previstas no número anterior, procede-se da seguinte forma:

b) Se a decisão for anulada e for inviável obter a sua fundamentação pelo mesmo juiz, procede-se à repetição da prova na parte que esteja viciada, sem prejuízo da apreciação de outros pontos da matéria de facto, com o fim de evitar contradições;

c) Se for determinada a ampliação da matéria de facto, a repetição do julgamento não abrange a parte da decisão que não esteja viciada, sem prejuízo da apreciação de outros pontos da matéria de facto, com o fim de evitar contradições;

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

RC 23-09-2014 /528/13.2TBFND-C.C1 (JORGE ARCANJO)

Se os credores/trabalhadores não alegaram expressamente tal facto nas respectivas reclamações e na relação definitiva o Administrador de Insolvência limitou-se a anotar genericamente que os créditos dos trabalhadores tem natureza privilegiada, nos termos do art. 333 CT, incidindo sobre a totalidade dos bens móveis e bens imóveis que venham a integrar a massa, verifica-se insuficiência de facto a implicar a anulação do julgamento (art. 662 n.º1 c) CPC).

PORQUE...

os factos são insuficientes, impõe-se, nos termos do art. 662 n.º 2 c) CPC, anular a sentença impugnada, na parte em que reconhece aos créditos dos trabalhadores privilégio imobiliário especial sobre os bens imóveis e que os gradua com prevalência em relação aos créditos das Apelantes, devendo o tribunal a quo averiguar tais factos, após as diligências que reputar necessárias, para o efeito (cf., em sentido similar, por ex., Ac RC de 18/12/2013, proc. n.º 2805/11.8TBVIS, em www.dgsi.pt).

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DECISÃO SOBRE MATÉRIA DE FACTO

→ **CASSAÇÃO DA DECISÃO DE FACTO COM RENOVAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO:** a Relação ordena nova fundamenta julgamento na 1.^a instância

2 — *A Relação deve ainda, mesmo oficiosamente:*

d) *Determinar que, não estando devidamente fundamentada a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa, o tribunal de 1.^a instância a fundamente, tendo em conta os depoimentos gravados ou registados.*

3 — *Nas situações previstas no número anterior, procede-se da seguinte forma:*

d) *Se não for possível obter a fundamentação pelo mesmo juiz ou repetir a produção de prova, o juiz da causa limitar-se-á a justificar a razão da impossibilidade.*

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

O SISTEMA EM VIGOR NO ART. 662º (JURISPRUDÊNCIA)

1) → **consagra-se SISTEMA DE REEXAME MAS SEM ADMISSÃO DE FACTOS SUPERVENIENTES**

RC 14-01-2014 / 154/12.3TBMGR.C1 (MARIA INÊS MOURA)

As questões novas suscitadas pela parte apenas em sede de recurso, que não foram alegadas oportunamente, nem consideradas pelo tribunal, nos termos do artº 608 nº 2 do N.C.P.C., não podem por isso ser levadas em conta, estando vedada a sua apreciação ao tribunal de recurso.

2) → **consagra-se SISTEMA DE REEXAME AMPLO E AUTÓNOMO**

RP 21-01-2014 / 900/12.5TVPRT.P1 (FERNANDO SAMÕES)

A reapreciação da prova pela Relação tem a mesma amplitude dos poderes da 1.^a instância e visa garantir um segundo grau de jurisdição relativamente à matéria de facto impugnada.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

O SISTEMA EM VIGOR NO ART. 662º (JURISPRUDÊNCIA)

RC 24-06-2014 / 2082/11.0TBPBL-O.C1 (ALBERTINA PEDROSO)

O actual artigo 662.º do CPC configura uma **clara evolução do sentido conferido pela lei à reapreciação da matéria de facto**, tendo claramente consagrado a **autonomia decisória dos Tribunais da Relação**, aos quais compete formar e formular a sua própria convicção e, bem assim, conferindo-lhes a possibilidade de renovação de certos meios de prova e mesmo a produção de novos meios de prova, em casos de dúvida fundada sobre a prova realizada em primeira instância.

Verificando-se a existência de tal **dúvida fundada sobre o alcance da prova produzida**, e não tendo sido determinada oficiosamente em primeira instância diligência reputada **absolutamente essencial** à formação da convicção quanto à prova ou não prova daquele facto cuja reapreciação é pedida pela recorrente, em **obediência aos princípios da celeridade e da economia processual**, é **função do relator ordenar as diligências que considere necessárias**, nos termos do artigo 652.º, n.º 1, alínea d), do CPC, que concretiza o poder de direcção do processo (...) consagrado no artigo 6.º (...) **tornando desnecessário que o processo baixe à primeira instância para recolha de uma prova essencial (...) que o tribunal da Relação pode, por si mesmo, obter.**

3. A) Mas não um SISTEMA DE APRECIACAO ORIGINÁRIO OU PRIMÁRIO

RC 24-06-2014 / 2082/11.0TBPBL-O.C1 (ALBERTINA PEDROSO)

Esta medida não significa a possibilidade de realização de um novo julgamento, destinando-se antes a servir para firmar uma **convicção mais segura sobre determinado facto controvertido**, devendo a Relação avaliar a prova que foi ou deveria ter sido produzida, **mediante critérios objectivos** que, atentas as circunstâncias, revelem a imprescindibilidade ou não de uma tal diligência complementar, visando sempre a superação de dúvidas fundadas sobre o alcance da prova já realizada.

STJ 24-5-2007/07A979 (SILVA SALAZAR)

“As Relações não podem, com fundamento em presunções judiciais, alterar as respostas aos quesitos ou aos pontos da base instrutória, nomeadamente considerando provados por inferência factos que a 1ª instância deu como não provados após contraditório e imediação da prova produzida. Podem as Relações tirar ilações da matéria de facto, mas desde que não alterem os factos provados, antes neles se baseando de forma a que os factos presumidos sejam consequência lógica daquele”

STJ 2-12-2010/1/04.0TBCPV.P1.S1 (ALBERTO SOBRINHO)

*“As instâncias podem tirar, através das chamadas presunções judiciais, ilações lógicas da matéria de facto dada como provada, completando-a e esclarecendo-a. (...) **Mas essas deduções não-de ser o desenvolvimento lógico e racional dos factos assentes.** Já não é possível extrai-las de **factos não provados, nem de factos não alegados, ou seja, de uma realidade processualmente não adquirida**” sob pena de violação do “art. 349º C.Civil e, como tal, é passível de censura pelo Supremo (...) na conformidade do estatuído no nº 2 do art. 722º”. C.Pr.Civil.*

3.B) → Integrando OFICIOSAMENTE as partes novas com as NÃO IMPUGNADAS**STJ 4-7-2013 / 1727/07.1TBSTS-L.P1.S1 (MOREIRA ALVES)**

A Relação “pode e deve “adaptar” outros, mesmo que não impugnados expressamente, de modo a evitar contradições. (...) Existindo gravação da audiência final e, portanto, dispondo a Relação de uma visão de conjunto de toda a prova produzida, é claro que, decidindo alterar determinados pontos de facto impugnados, pode e deve “adaptar” outros, mesmo que não impugnados expressamente, de modo a evitar contradições

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

5. Revista

Rui Pinto, 2013

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ESPECIALIDADES DO CPTA

Artigo 150º (Recurso de revista) CPTA

- 1 — Das decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal Central Administrativo pode haver, excepcionalmente, revista para o Supremo Tribunal Administrativo **quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito.**
- 2 — A revista só pode ter como fundamento a violação de lei substantiva ou processual.
- 3 — Aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, o tribunal de revista aplica definitivamente o regime jurídico que julgue adequado.

(...)

STA 10-2-2010/077/10 (SANTOS BOTELHO)

No âmbito do recurso de revista previsto no artigo 150º do CPTA não funciona o princípio da “dupla conforme”, não se apresentando o mesmo como um dos pressupostos que condicionam a admissão da revista.

PORTANTO NÃO SE APLICA A LEI PROCESSUAL CIVIL

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

STA 09-01-2014 / 01855/13 (ABEL ATANÁSIO)

Não se justifica admitir o recurso de revista excepcional numa situação em que a questão atinente ao meio de reagir contra decisão proferida sob invocação da alínea i) do n.º 1 do art.º 27.º do CPTA foi decidida no acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência uniformizada pelo Supremo Tribunal Administrativo.

STA 08-01-2014 / 01522/13 (POLÍBIO HENRIQUES)

Por ser de admissão incerta o recurso de revista excepcional previsto no art. 150º CPTA, as nulidades de acórdão de Tribunal Central Administrativo devem ser arguidas directamente no tribunal que o proferiu.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

OBJETO DA REVISTA

- ❑ **ACÓRDÃO DA RELAÇÃO FINAL SOBRE QUALQUER DECISÃO DE 1.ª INSTÂNCIA (final ou interlocutória), sem prejuízo do n.º 2 do art. 671.º**

Artigo 671.º nCPC (Decisões que comportam revista)

1 — Cabe revista para o Supremo Tribunal de Justiça do **acórdão da Relação**, proferido sobre decisão da 1.ª instância, **que conheça do mérito da causa ou que ponha termo ao processo**, absolvendo da instância o réu ou algum dos réus quanto a pedido ou reconvenção deduzidos.

ANTES Artigo 721.º (Decisões que comportam revista)

1 — Cabe recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão da Relação **proferido ao abrigo do n.º 1 e da alínea h) do n.º 2 do artigo 691.º**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

OBJETO DA REVISTA

- ❑ **RESSALVA AO N.º 1: ACÓRDÃO DA RELAÇÃO SOBRE CERTAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS (“agravos CONTINUADOS”)**

Artigo 671.º nCPC (Decisões que comportam revista)

2 — Os acórdãos da Relação que apreciem **decisões interlocutórias que recaiam unicamente sobre a relação processual** só podem ser objeto de revista:

- a) **Nos casos em que o recurso é sempre admissível;**
- b) **Quando estejam em contradição com outro, já transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se tiver sido proferido acórdão de uniformização de jurisprudência com ele conforme.**

ANTES Artigo 721.º (Decisões que comportam revista)

5 - As **decisões interlocutórias impugnadas com a sentença final**, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 691.º, **não podem ser objecto do recurso de revista.**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

OBJETO DA REVISTA

☐ DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DA RELAÇÃO (“agravos NOVOS”)

Artigo 673.º nCPC (Recursos interpostos de decisões interlocutórias)

Os **acórdãos proferidos na pendência do processo na Relação** apenas podem ser impugnados no recurso de revista que venha a ser interposto nos termos do n.º 1 do artigo 671.º, com exceção:

- a) Dos acórdãos cuja impugnação com o recurso de revista seria absolutamente inútil;
- b) Dos demais casos expressamente previstos na lei.

ANTES Artigo 721.º (Decisões que comportam revista)

2 — Os **acórdãos proferidos na pendência do processo na Relação** apenas podem ser impugnados no recurso de revista que venha a ser interposto nos termos do número anterior, com exceção:

- a) Dos acórdãos proferidos sobre incompetência relativa da Relação;
- b) Dos acórdãos cuja impugnação com o recurso de revista seria absolutamente inútil;
- c) Dos demais casos expressamente previstos na lei.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

DUPLA CONFORME

☐ ALIGEIRAMENTO DA DUPLA CONFORME

→ *ANTES Artigo 721.º (Decisões que comportam revista)*

3 — Não é admitida revista do **acórdão da Relação que confirme, sem voto de vencido e ainda que por diferente fundamento, a decisão proferida na 1.ª instância**, salvo nos casos previstos no artigo seguinte.

→ *AGORA Artigo 671.º nCPC (Decisões que comportam revista)*

3 — *Sem prejuízo dos casos em que o recurso é sempre admissível*

→ **REVISTA
EXTRAORDINÁRIA**

não é admitida revista do **acórdão da Relação que confirme, sem voto de vencido e sem fundamentação essencialmente diferente, a decisão proferida na 1.ª instância**, salvo nos casos previstos no artigo seguinte.

→ **REVISTA EXCECIONAL**

Caso contrário.... → **REVISTA NORMAL**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

MODALIDADES DE REVISTA

REVISTA

(COMUM OU AMPLIADA (cf. arts. 686º e 687º))

- **REVISTA NORMAL:** nos termos e pressupostos gerais, sem que haja dupla conforme (arts. 671º, 673º e 674º)
- **REVISTA EXTRAORDINÁRIA (GARANTIA LEGAL E NECESSÁRIA DE REVISTA):** (i) apesar de haver dupla conforme, (ii) está-se no âmbito da ressalva do nº 3 do art. 671º para o nº2 do art. 629º
- **REVISTA EXECIONAL (GARANTIA JUDICIAL E EVENTUAL DE REVISTA):** (i) apesar de haver dupla conforme, e de (ii) não se estar no âmbito da ressalva do nº 3 do art. 671º para o nº2 do art. 629º, (iii) valem as razões do art. 672º sujeitas a decisão do Supremo tribunal de Justiça

DUPLA CONFORME: REQUISITOS

DUPLA CONFORME: IDENTIDADE DE JULGADOS ENTRE A 1ª INSTÂNCIA E O TRIBUNAL DA RELAÇÃO. COMO FIXAR ESSA IDENTIDADE?

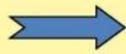


CONFORMIDADE DECISÓRIA: a parte dispositiva é igual (= é CONFIRMADA) entre as duas decisões

- “*confirmação unânime e irrestrita* (...) da decisão da 1.ª instância pela Relação” (STJ 16-02-2012/ 27/09.7TBHRT.L1.S1 (SILVA SALAZAR)).
- “Se a Relação não confirmou, *tal qual*, o julgado pela 1.ª Instância, antes o alterando/revogando, inexistente a dupla conformidade” (STJ 9-4-2013/ 433682/09. 2YIPRT.L1.S1) (SEBASTIÃO PÓVOAS)).
- em certos caso a conformidade pode ser restrita a uma conformidade qualitativa por *inclusão quantitativa* (TEIXEIR DE SOUSA): STJ 11-7-2013 / 105/08.0TBRSD.P1-A.S1 (LOPES DO REGO), STJ 10-5 2012/645/08.0TBALB.C1.S1 (LOPES DO REGO))

Exemplo: o quantum da condenação do Réu em 1ª instância é maior do que o quantum da condenação pela Relação

DUPLA CONFORME: REQUISITOS



CONFORMIDADE ESSENCIAL DE FUNDAMENTOS

→ A *fundamentação essencialmente diferente* daquela da 1.ª instância é a que tem *consequências necessárias, qualitativo ou quantitativo, nos efeitos materiais da decisão* mesmo que esta se mantenha formalmente igual

→ *Portanto, a desconformidade de fundamentos não tem valia em si mesma, mas enquanto causa lógico-jurídica de desconformidade de decisão*

- fundamentos de direito
- fundamentos de facto, i.e., factos provados / não provados, sse tiverem reflexos diretos na decisão, excluindo a motivação / avaliação da prova



AUSÊNCIA DE VOTO DE VENCIDO

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

STJ 18-09-2014/630/11.5TBCBR.C1.S1 (ANTÓNIO GONÇALVES)

- I - O NCPC (2013) estabelece regime jurídico equiparado ao do CPC, na redacção do DL n.º 303/2007, de 24-08, para a dupla conforme no n.º 3 do seu art. 671.º, nele se substituindo a expressão anterior “ainda que por diferente fundamento” – constante do n.º 3 do art. 721º do CPC – pela frase “sem fundamentação essencialmente diferente”.
- II - Estamos perante **duas decisões com “fundamentação diferente”** se forem diversificados os caminhos percorridos por ambas até à sua idêntica solução final, reportando-se esta realidade jurisdicional à circunstância de o Julgador, ponderando o universo normativo da legislação compreendida no sistema jurídico a que recorre, ter ido buscar distinto regime jurídico daquele que foi seleccionado por outro Juiz.
- III - Numa acção de responsabilidade civil por incumprimento contratual em que **a ré foi absolvida do pedido** em ambas as instâncias, **na 1.ª instância porque se considerou que a ré afastou a presunção de culpa sobre si incidente**, tendo em conta o estatuído nos arts. 762.º, n.º 1, 798.º e 799.º, todos do CC, e **na 2.ª instância porque se considerou que a ré não incumpriu o contrato ou cumpriu defeituosamente as obrigações que assumiu através do contrato celebrado com o autor, ambas as resoluções comportam enquadramento no mesmo regime substantivo**, sendo desnecessária a admissibilidade de um terceiro grau de jurisdição.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

STJ 28-04-2014/473/10.3TBVRL.P1-A.S1 (ABRANTES GERALDES)

1. Apesar da confirmação, pela Relação, da decisão da 1ª instância, **não existe dupla conforme quando a fundamentação empregue em ambas as decisões seja essencialmente diversa.**
2. A alusão à natureza essencial ou substancial da diversidade da fundamentação **determina que sejam desconsideradas para o efeito as discrepâncias marginais ou secundárias que não constituem um enquadramento jurídico alternativo.**
3. Existindo coincidência em ambas as decisões a **respeito da qualificação atribuída pela Autora ao contrato no qual alicerçou a sua pretensão, uma divergência relativamente a uma questão prejudicada por aquela resposta não impede a verificação de dupla conforme.**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

REVISTA EXCECIONAL

APROVEITAMENTO DA REVISTA EXCECIONAL DA REVISTA NORMAL

→ *Artigo 672.º (Revista excecional)*

- 1 — Excecionalmente, cabe recurso de revista do acórdão da Relação referido no n.º 3 do artigo anterior quando:

(...)

- 4 — A decisão referida no número anterior, **sumariamente fundamentada, é definitiva, não sendo suscetível de reclamação ou recurso.**
- 5 — **Se entender que, apesar de não se verificarem os pressupostos da revista excecional, nada obsta à admissibilidade da revista nos termos gerais, a formação prevista no n.º 3 determina que esta seja apresentada ao relator, para que proceda ao respetivo exame preliminar.**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JURISPRUDÊNCIA

STJ 30-01-2014 /1246/10.9TJLSB.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS)

O **requisito da alínea a) do n.º 1 do artigo 672.º** do Código de Processo Civil implica a controvérsia da questão jurídica na doutrina e na jurisprudência, a sua complexidade, ou, finalmente a sua natureza inovadora, em termos de se justificar a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça para evitar dissonâncias interpretativas a porem em causa a boa aplicação do direito.

O **requisito da alínea b) do n.º 1 do artigo 672.º** do Código de Processo Civil tem ínsita a aplicação de preceito ou instituto a que os factos sejam subsumidos e que possa interferir com a tranquilidade, a segurança, ou a paz social, em termos de haver a possibilidade de descredibilizar as instituições ou a aplicação do direito

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

6. Recurso para uniformização de jurisprudência

Rui Pinto, 2013

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Artigo 692.º (*Apreciação liminar*)

1 — Recebidas as contra-alegações ou expirado o prazo para a sua apresentação, é o processo concluso ao relator para exame preliminar, sendo o recurso rejeitado, além dos casos previstos no n.º 2 do artigo 641.º, sempre que o recorrente não haja cumprido os ónus estabelecidos no artigo 690.º, não exista a oposição que lhe serve de fundamento ou ocorra a situação prevista no n.º 3 do artigo 688.º

2 — Da decisão do relator pode o recorrente reclamar para a conferência.

3 — Findo o prazo de resposta do recorrido, a conferência decide da verificação dos pressupostos do recurso, incluindo a contradição invocada como seu fundamento.

4 — O acórdão da conferência previsto no número anterior é irrecorrível, sem prejuízo de o pleno das secções cíveis, ao julgar o recurso, poder decidir em sentido contrário.

5 — Admitido o recurso, o relator envia o processo à distribuição.

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

7. Recurso de revisão

Rui Pinto, 2013

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ESPECIALIDADES DO CPTA

Artigo 154.º (Objecto) CPTA

1 — A revisão de sentença transitada em julgado pode ser pedida ao tribunal que a tenha proferido, sendo subsidiariamente aplicável o disposto no Código de Processo Civil, no que não colida com o que se estabelece nos artigos seguintes.

(...)



ARTICULAÇÃO COM OS ARTS. 696.º SS. DA LEI PROCESSUAL CIVIL

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

REVISÃO

Artigo 697.º (Prazo para a interposição)

- 1 — O recurso é interposto no tribunal que proferiu a decisão a rever.
- 2 — O recurso não pode ser interposto se tiverem decorrido mais de cinco anos sobre o trânsito em julgado da decisão, **salvo se respeitar a direitos de personalidade**, e o prazo para a interposição é de 60 dias, contados:
 - a) No caso da alínea a) do artigo anterior, do trânsito em julgado da sentença em que se funda a revisão;
 - b) No caso da alínea f) do artigo anterior, desde que a decisão em que se funda a revisão se tornou definitiva;
 - c) Nos outros casos, desde que o recorrente obteve o documento ou teve conhecimento do facto que serve de base à revisão.
- 3 — **No caso da alínea g) do artigo anterior [O litígio assente sobre acto simulado das partes], o prazo para a interposição do recurso é de dois anos, contados desde o conhecimento da sentença pelo recorrente, sem prejuízo do prazo de cinco anos previsto no número anterior. [= anterior al. c) do nº 2]**

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

MUITO OBRIGADO.

Rui Pinto, 2014

Rui Pinto / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO*

RECURSOS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO RECURSO *PER SALTUM*



* Trabalho elaborado pelo Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3. Prova, ónus da prova e controlo jurisdiccional

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A LEI GERAL DE TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS E O PROCESSO DISCIPLINAR¹

Eurico João da Silva*

Generalidades.

1. A Proposta de Lei 184/XII.
 2. Funcionário? Ou trabalhador em funções públicas?
 3. A LTFP e o Código do Trabalho.
 4. A inexistência de arguidos.
 5. Sanção disciplinar no lugar de pena.
 6. A sistemática do regime disciplinar na LTFP.
 7. Regime disciplinar – o articulado mais relevante.
 - 7.1. Artigo 11.º da lei preambular.
 - 7.2. Artigo 73.º da LTFP.
 - 7.3. Poderes do empregador público – os Artigos 74.º e 75.º da LTFP.
 - 7.4. O Artigo 75.º da LTFP e as normas de organização e disciplina no trabalho.
 - 7.5. O poder disciplinar, o vínculo de emprego público e o Artigo 76.º da LTFP.
 8. Competência para instaurar procedimento disciplinar.
 9. A competência disciplinar e as inspeções-gerais.
 10. Considerações finais.
- Vídeo.

Generalidades

Em 1 de agosto de 2014 entrou em vigor a Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas (LTFP), diploma que, aprovado em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, entretanto, foi já objeto de duas alterações, estando em curso no Parlamento um processo legislativo que visa introduzir-lhe terceira alteração tendo por base o Projeto de Lei 866/XII – apresentado em 10 de abril de 2015 e da autoria de deputados dos grupos parlamentares do PSD e CDS – com o qual, se vier a concretizar-se, irá ser consagrada uma nova modalidade de horário de trabalho – a meia jornada^{2 3}.

A aprovação da LTFP visou concretizar o objetivo de reunir num único diploma legal o essencial do regime laboral aplicável aos trabalhadores em funções públicas que, até então, se encontrava regulado e disperso por várias leis objeto de revogação nos termos do artigo 42.º da lei preambular.

¹ O presente texto, com ligeiras correções e atualizações consideradas pertinentes face à sua mais ampla divulgação e eventual publicação, corresponde ao escrito que serviu de guião à parlenda do autor em curso de especialização promovido pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), tendo por título, “**Temas de Direito Administrativo**”, realizado no dia 22 de maio de 2015, no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Campo das Cebolas, em Lisboa, integrado em ação de formação contínua dirigida a juizes, magistrados do Ministério Público, advogados e outros profissionais da área forense.

* Inspetor da Inspeção Geral da Administração Interna.

² A consagração da meia jornada veio a ser concretizada com a publicação da Lei n.º 84/2015, de 07-08.

³ A Lei n.º 35/2014 na sua atual versão consolidada resulta das alterações que lhe foram introduzidas pelas, Retificação n.º 37-A/2014, de 19-08, Lei n.º 82-B/2014, de 31-12, Lei n.º 84/2015, de 07-08 e Lei n.º 18/2016, de 20/06.

Entre os regimes ora reunidos na LTFP encontramos o que, agora, a LTFP designa por «**bases definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público**», entre os quais se perfila o exercício do poder disciplinar, cf. artigo 3.º, alínea i), da LTFP.

É no exercício do poder disciplinar como tal configurado pela LTFP que se centrará a atenção deste breve apontamento.

A análise a efetuar irá incidir sobre alguns dos aspetos que podem ser considerados mais marcantes face ao quadro jurídico anterior e cuja inflexão de paradigma pode ter impacto na instrução do procedimento disciplinar, sem descurar, quando oportuno e a propósito, o cotejo dessas normas com disposições normativas, comparáveis, ou não, em vigor noutros regimes disciplinares próprios de determinados trabalhadores da Administração Pública (AP).

1. A Proposta de Lei 184/XII

Na origem da LTFP esteve uma proposta de lei (PL) da autoria do Governo – a PL 184/XII – que deu entrada na Assembleia da República (AR) em 31 de outubro de 2013, sendo particularmente reveladora a exposição de motivos que acompanhava essa proposta:

Dizia o Governo «**...A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas concretiza um objetivo prosseguido desde há muito, de dotar a Administração Pública de um diploma que reunisse, de forma racional, tecnicamente rigorosa e sistematicamente organizada, o essencial do regime laboral dos seus trabalhadores, viabilizando a sua mais fácil apreensão e garantindo a justiça e equidade na sua aplicação...**».

E prosseguia, dizendo: «**...tomando de empréstimo a sistematização seguida pelo atual Código do Trabalho, representativa de uma evolução já suficientemente sedimentada do ponto de vista dos parâmetros metodológicos em que assenta a autonomia dogmática do Direito do Trabalho, a sua ordenação expressa o abandono da perspetiva dualista da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP), assente na repartição de matérias entre regime e sua regulamentação que inspirou o Código de Trabalho de 2003...**».

Assumia ainda o Governo que a lei proposta «**...denota uma grande preocupação de saneamento legislativo bem expressa no facto de, ao longo de mais de 400 artigos, regular toda uma disciplina (à data) distribuída por 10 diplomas legais, que no seu conjunto continham mais de 1200 artigos, objeto de revogação expressa...**».

Finalmente, terminamos este percurso evocativo da exposição de motivos da PL 184/XII, com a seguinte passagem: «**...A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas culmina um itinerário aproximativo ao regime laboral comum que, ao longo dos últimos anos, vem paulatinamente trilhando o seu caminho.**

Para nos situarmos apenas no presente milénio, merece especial referência a Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, que pela primeira vez e de forma sistemática e integrada introduziu o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública...», para mais adiante referir ainda «... a reforma introduzida pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, sobre os vínculos, carreiras e remunerações e, como sua consequência, à aprovação do novo regime do contrato de trabalho em funções públicas a que já se aludiu. Após este marco legislativo, pode com inteira propriedade dizer-se que o tempo do estatuto do funcionalismo público em estado quase puro, durante décadas vigente na Administração Pública portuguesa, desaparecia definitivamente...»⁴.

É pois inequívoco o sentido da alteração profunda cuja concretização se pretendia alcançar e onde releva a aproximação ao Código do Trabalho e ao regime laboral comum nele consagrado.

2. Funcionário? Ou trabalhador em funções públicas?

Essa profunda alteração é perceptível em vários planos, a começar pela terminologia adotada ao longo da LTFP na linha daquela que a aludida Lei n.º 12-A/2008 já utilizava.

Na verdade, não foi só «o estatuto do funcionalismo público em estado quase puro» que desapareceu definitivamente, conforme se afirmava na exposição de motivos da PL 184/XII.

Sintomático e cunho simbólico do rumo tomado pela LTFP, foi o facto de, definitivamente, ter sido remetida para a «arqueologia» do direito da Administração Pública a expressão «funcionário público» que, embora, de tempos a tempos, ainda seja utilizada em determinados contextos e discursos – há hábitos difíceis de perder – foi substituída pela expressão «trabalhador em funções públicas» que prevalece de forma transversal no quadro legal mais amplo por que se rege hoje a Administração Pública e no qual sobressai como exemplo mais recente a LTFP.

Tanto assim, ao ponto de, hoje, um trabalhador em funções públicas, em rigor, só para efeitos penais ser qualificado como «funcionário», porquanto, como é sabido, o termo «funcionário» perdura essencialmente no direito penal, sendo que o respetivo conceito é aquele que se encontra enunciado no artigo 386.º do Código Penal.

Ainda a este propósito regista-se, como uma mera nota de curiosidade, que o vocábulo «funcionário», isoladamente ou integrado na expressão «funcionário público», repete-se setenta (70) vezes ao longo do Código Penal.

⁴ A exposição de motivos desta PL pode ser consultada [aquí](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d5467304c56684a5353356b62324d3d&fich=pp184-XII.doc&Inline=true) ou no seguinte endereço do portal da AR na Internet: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d5467304c56684a5353356b62324d3d&fich=pp184-XII.doc&Inline=true>

Em contraste, no Código Penal, ao longo do respetivo articulado, deparamo-nos apenas quatro vezes com a palavra «trabalhador» (artigos 90.º-B, 90.º-L, 152.º-B e 386.º, n.º 2), mas não por conexão ou em função das disposições da LTFP e, no entanto, a última alteração Código Penal data de 22 de abril de 2015.

Note-se também que na Lei n.º 35/2014 e na LTFP, no seu conjunto e ao longo dos respetivos articulados, é utilizado o termo «trabalhador» mil e vinte e seis vezes (1.026), enquanto a palavra «funcionário» é utilizada uma única vez no contexto do n.º 3, do artigo 37.º, da lei preambular, a propósito das faltas por doença prolongada e apenas para fazer referência ao sistema de Assistência a Funcionários Civis Tuberculosos que se rege pelo Decreto-Lei n.º 48.359, de 27 de abril de 1968.

Donde o primeiro ponto a sublinhar relativamente à LTFP é a vontade declarada do legislador em prosseguir um itinerário aproximativo ao regime laboral comum instituído no Código de Trabalho, dotando a Administração Pública de um diploma onde se pretendeu reunir o essencial do regime laboral dos respetivos trabalhadores na base de uma relação jurídica de emprego público.

3. A LTFP e o Código do Trabalho

É importante notar que a LTFP estabelece uma dualidade de regimes disciplinadores do vínculo de trabalho em funções públicas:

- a) Por um lado, temos o regime previsto na própria LTFP, no que tem de específico para a função pública, e que é designado por «**bases do regime**» (artigo 3.º), pese embora o facto de essa disciplina não ser absoluta, atenta que seja, por exemplo, a remissão que no artigo 5.º é feita para diplomas avulsos, por exemplo, para o SIADAP, embora, nesse caso específico, eventuais efeitos disciplinares que, em função da avaliação de desempenho, possam advir para o trabalhador, resultem do previsto na LTFP (artigo 91.º).
- b) Por outro lado, temos o regime do Código de Trabalho (CT), aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro e respetiva legislação complementar, para onde a LTFP nos remete expressamente nos termos do artigo 4.º.

Ora, ao tornar o Código do Trabalho como regime subsidiário, matérias há cujo regime, sem prejuízo das adaptações que se revelem necessárias, é totalmente regulado naquela sede, onde avultam, entre outras, as regras sobre articulação de fontes, direitos de personalidade, igualdade e não discriminação, parentalidade, regime do trabalhador estudante e dos trabalhadores com deficiência e doença crónica, organização e tempo de trabalho ou ainda tempos de não trabalho (artigo 4.º).

Pelo que a declarada intenção do legislador de reunir na LTFP o essencial do regime laboral dos trabalhadores da AP acaba por não se cumprir e esbate-se face ao facto de, em

variadíssimas áreas, ser necessário recorrer às disposições do Código de Trabalho para que a LTFP seja preenchida de conteúdo.

Mas, situemo-nos, como é devido, naquele que é o regime disciplinar instituído pela LTFP.

4. A inexistência de arguidos

Uma das grandes novidades que a LTFP trouxe ao regime laboral dos trabalhadores da AP a quem o mesmo é aplicável, prende-se com o facto de nunca, ao longo de todo o articulado, se fazer uso do termo «arguido» para designar o trabalhador a quem é instaurado procedimento disciplinar.

Essa total ausência do termo «arguido» do articulado da LTFP contrasta grandemente com o texto do:

- a) Estatuto Disciplinar de 2008 (ED/2008) aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro, onde, ao longo de oitenta e dois (82) artigos, o termo «arguido» era utilizado oitenta (80) vezes; ou do
- b) ED/1984 aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, onde, ao longo de noventa e dois (92) artigos, o termo «arguido» era utilizado oitenta e seis (86) vezes.

Alargando a comparação ao Regulamento de Disciplina da GNR (RDGNR), assente na Lei n.º 145/99, de 1 de setembro, objeto de alteração e republicação pela Lei n.º 66/2014, de 28 de agosto, verificamos que o termo «arguido» é aí utilizado setenta e sete (77) vezes ao longo dos 133 artigos que o compõem.

O mesmo se observa no Regulamento Disciplinar da PSP, assente na Lei n.º 7/90, de 20 de fevereiro, onde o termo «arguido» surge quarenta e nove (49) vezes ao longo de um articulado que se estende por 128 artigos.

Mais exemplos podem ser apresentados, como seja o facto de o termo «arguido» surgir 21 vezes ao longo do Estatuto do Ministério Público, ou 23 vezes no Estatuto dos Magistrados Judiciais, ou ainda, o caso do Regulamento de Disciplina Militar (aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009), onde o termo «arguido» surge 56 vezes.

Por comparação, o regime disciplinar instituído pela LTFP não tem arguidos, sendo que, ao longo do diploma e de todas as bases do regime, é única e exclusivamente utilizado o termo «trabalhador».

Todos os exemplos acabados de referir visam apenas salientar o corte radical com uma tradição jurídica consolidada ao longo de décadas e que ainda hoje perdura em estatutos disciplinares (ED) específicos – por exemplo, no RDGNR alterado e republicado em 28 de agosto de 2014, i.e., publicação que ocorreu vinte e sete dias depois da entrada em vigor da

LTFP – em que os vários regimes disciplinares existentes na Administração Pública sempre qualificaram, e qualificam ainda, como «arguido», o trabalhador a quem é instaurado procedimento disciplinar, algo que a LTFP abandonou e que constitui mais um sinal da aproximação da LTFP ao regime laboral comum, já que, conforme pode ser verificado, também no Código do Trabalho, em matéria de regime disciplinar, inexistente o termo «arguido».

A eliminação do termo arguido do léxico da LTFP acentua uma evolução que se pressentia no anterior ED/2008, face ao regime disciplinar que até então havia vigorado na base do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84 e que, agora, com a LTFP ganha acentuada expressão, em que a eliminação do termo arguido é um elemento mais que conforta o entendimento de que, na aceção da LTFP, o procedimento disciplinar é, sobretudo e tão só, um instrumento que o empregador público utiliza e com o qual procura que o trabalhador cumpra os deveres e obrigações a que está adstrito.

5. Sanção disciplinar no lugar de pena

A inexistência de arguidos em processo disciplinar contribui para que se dê um outro significado à norma que estava contida no artigo 36.º do ED/2008, que encontrávamos no artigo 35.º, n.º 4, do ED/1984 e que hoje encontramos reproduzida no n.º 2, do artigo 201.º da LTFP, aí se dispondo:

«Nos casos omissos, o instrutor pode adotar as providências que se afigurem convenientes para a descoberta da verdade, em conformidade com os princípios gerais do processo penal».

Embora configurada nestes exatos termos nos anteriores ED, a norma carecia de ser interpretada com uma especial prudência e outro tipo de exigência, atendendo ao contexto de regimes disciplinares incomparavelmente menos «tolerantes» para com o trabalhador do que o regime que veio a ser instituído pela LTFP.

Agora, no contexto da LTFP, tal qual configurada, despida que está dos níveis de exigência – diríamos mesmo, despojada da severidade e da intransigência face a infrações disciplinares – que encontrávamos em anteriores ED, a norma, no lugar de vincular o instrutor ao dever de aplicar princípios gerais do processo penal, limita-se a instituir uma mera faculdade que deixa ao critério do instrutor adotar, ou não, tais princípios, quando e se o instrutor considerar conveniente, o que introduz um elemento de discricionariedade não despidendo, a juntar à inexistência de arguidos.

Elemento não menos relevante é também o facto de verificarmos que o legislador da LTFP abandonou o termo «pena» para no seu lugar utilizar a expressão «sanção disciplinar».

Trata-se de mais um corte radical com uma tradição jurídica que, ao longo das últimas décadas, prevaleceu em matéria de exercício do poder disciplinar na Administração Pública,

onde a medida disciplinar aplicada ao trabalhador sempre foi qualificada como pena e que ainda hoje encontramos no recentemente alterado e republicado RDGNR.

Mas, não se ficam por aqui as alterações que, de uma vez por todas, transfiguraram o regime disciplinar que, na sua matriz essencial, vigorou na AP até 31 de julho de 2014.

6. A sistemática do regime disciplinar na LTFP

A LTFP adota uma sistemática que contrasta sobremaneira com uma tendência legislativa que encontrávamos nos três precedentes ED aprovados, pelo Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de janeiro e, mais recentemente, pela Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro.

Qualquer um desses três ED sustentava-se em diploma específico, próprio, no qual o regime disciplinar era desenvolvido de forma integral e segundo uma sistemática sequencial, sem amálgama ou intercalação de outros regimes, dado que as especificidades e particularidades próprias do regime disciplinar a isso sempre aconselharam.

O paradigma em que se sustentavam esses três ED, porque firmado em matriz única e própria, porque reunido em diploma específico para o efeito, permitia uma apreensão imediata e sequencial (sem dispersão de normas) do regime disciplinar que cada um instituiu, modelo que a LTFP abandonou.

Na LTFP deparamo-nos com o regime disciplinar fragmentado e disperso ao longo do articulado da Lei, intercalado por normas de outras diferentes «bases do regime», de acordo com uma sistemática que não é imediatamente apreensível, desde logo considerando a dimensão do próprio diploma e a mescla de regimes que aquele diploma veio regular.

O atual ED dos trabalhadores em funções públicas consagrado na LTFP integra um regime disciplinar que é desenvolvido sobretudo nos seguintes artigos:

- a) Artigo 11.º da lei preambular – Regime transitório;
- b) Artigo 73.º – Deveres dos trabalhadores (em geral);
- c) Artigo 264.º – Deveres dos trabalhadores na situação de requalificação;
- d) Artigo 76.º – Poder disciplinar do empregador público;
- e) Artigos 176.º a 240.º – que se integram no Capítulo VII, «Exercício do poder disciplinar» (do Título IV da Parte II) e que correspondem ao que de essencial se dispunha no ED/2008;
- f) Artigo 242.º – Exercício do poder disciplinar em relação a trabalhadores cedidos;

g) Artigo 297.º – Extinção do vínculo laboral por motivos disciplinares.

De forma muito concisa vejamos cada um destes pontos.

7. Regime disciplinar – o articulado mais relevante

7.1. Artigo 11.º da lei preambular

Sendo esta uma norma de aplicação transitória e, como tal, de efeitos efémeros, apenas a referimos porque, comparativamente ao que encontrávamos regulado no artigo 4.º do articulado preambular da Lei n.º 58/2008 – norma congénere do ED/2008 – o artigo 11.º da Lei n.º 35/2014 apresenta-se sumariamente lacónico, nele se dispondo que o regime disciplinar previsto na LTFP, quando, em concreto, se revele mais favorável ao trabalhador e melhor garanta a sua audiência e defesa, é imediatamente aplicável aos **factos praticados**, aos **processos instaurados** e às **penas em curso de execução** na data da entrada em vigor da presente lei.

Assim, configurada, esta norma deve ser cotejada com o disposto no artigo 76.º da LTFP cuja disposição abordaremos mais à frente.

7.2. Artigo 73.º da LTFP

Os deveres gerais dos trabalhadores da AP – num total de dez deveres gerais – constam agora do n.º 2, deste artigo que, em termos sistemáticos surge inserido na Secção I, do Capítulo I, do Título IV, da Parte II da LTFP e que, em tudo, corresponde, inclusive na sua apresentação sequencial, ao que dispunha o artigo 3.º, n.º 2, do ED/2008.

O conteúdo de cada um desses dez deveres gerais é enunciado ao longo dos, n.º 3 a n.º 11 do artigo 73.º da LTFP.

Além dos deveres gerais aqui enunciados, os trabalhadores da AP podem ainda ser sujeitos a deveres emanados de outros diplomas legais e regulamentares que lhes sejam aplicáveis, por exemplo, próprios de uma profissão ou função, bem como deveres emergentes de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, neste sentido veja-se o n.º 1, do artigo 73.º, da LTFP.

A tudo isso devem ser juntos ainda:

- i. por um lado, o dever (autónimo) de frequentar ações de formação e aperfeiçoamento profissional na atividade em que o trabalhador exerce funções, veja-se artigo 73.º, n.º 12;
- ii. por outro lado, e em relação aos trabalhadores sujeitos a requalificação, há o dever (especial) de observar os deveres especiais inerentes a essa situação que, no caso, são os

constantes do artigo 264.º e que, em termos sistemáticos, surge inserido na Divisão I, da Subsecção II, da Secção II, do Capítulo VIII, do Título IV, da Parte II da LTFP;

- iii. a propósito de deveres especiais deve ainda ser tido em conta o disposto no artigo 275.º, n.º 1, alíneas b) e e) e n.º 2, constante da Divisão III, da Subsecção II, da Secção II, do Capítulo VIII, do Título IV, da Parte II da LTFP, relativo ao denominado «pessoal de serviços extintos em situação de licença sem remuneração».

Em contraponto com estes deveres dos trabalhadores, perfilam-se na esfera jurídica do empregador público os competentes poderes que a LTFP lhe atribui e que também importa serem aqui sucintamente analisados.

7.3. Poderes do empregador público – os Artigos 74.º e 75.º da LTFP

Por vezes, é referido que o exercício do poder disciplinar visa o regular e bom funcionamento da organização.

Ora, com a LTFP um tal entendimento dificilmente continuará a fazer caminho.

Com a LTFP o poder disciplinar é assumido como um instrumento que o empregador público tem ao seu dispor para garantir o cumprimento dos deveres e obrigações do trabalhador, constituindo-se como o culminar daquilo que a LTFP designa por «**poderes do empregador público**», que surge desdobrado em três artigos:

- a) Artigo 74.º (do poder de direção);
- b) Artigo 75.º (regulamento interno do órgão ou serviço); e
- c) Artigo 76.º (poder disciplinar).

Estes três artigos integram a Secção II, do Capítulo I, do Título IV, da Parte II da LTFP.

Começemos pelo primeiro daqueles três artigos.

Dispõe o artigo 74.º da LTFP que:

«Compete ao empregador público, dentro dos limites decorrentes do vínculo de emprego público e das normas que o regem, fixar os termos em que deve ser prestado o trabalho.».

Esta norma limita-se a consagrar uma evidência e não suscita qualquer espécie de dúvida, sendo que a sua importância resulta da conjugação do que nela se dispõe com o disposto nas duas normas subsequentes.

Na verdade, estreitamente ligado ao que se dispõe no artigo 74.º da LTFP e que releva igualmente neste domínio, é o poder de emanar prescrições em ordem à disciplina, i.e. o

empregador público deve ter o cuidado de elaborar normas de conduta, a cada passo explicitar os deveres, relembrar a cada momento aquilo que se pretende do trabalhador, qual o comportamento que dele se espera, quais os procedimentos que deve observar, eventualmente até ao ponto de definir como cada trabalhador deve executar determinada tarefa – assente num processo prévio designado por «mapear processos» – identificando os vários passos e ações que devem ser executadas, em sequência, desde o início, até ao fim, até que se possa dar por terminado o processo em causa.

Nesse sentido, prevê o artigo 75.º da LTFP que:

«1 – O empregador público elabora regulamentos internos do órgão ou serviço contendo normas de organização e disciplina do trabalho.

2 – Na elaboração do regulamento interno do órgão ou serviço é ouvida a comissão de trabalhadores ou, na sua falta, quando existam, a comissão sindical ou intersindical ou os delegados sindicais.

3 – O empregador público deve dar publicidade ao conteúdo do regulamento interno do órgão ou serviço, designadamente afixando-o na sede do órgão ou serviço e nos locais de trabalho, bem como nas páginas eletrónicas do organismo ou serviço, de modo a possibilitar o seu pleno conhecimento, a todo o tempo, pelos trabalhadores.

4 – A elaboração de regulamento interno do órgão ou serviço sobre determinadas matérias pode ser tornada obrigatória por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.»

Vejamos um pouco mais em detalhe este específico ponto.

7.4. O Artigo 75.º da LTFP e as normas de organização e disciplina no trabalho

Um bom exemplo do exercício do poder regulamentar é o recurso recorrente que encontramos nas Forças de Segurança (FS) às denominadas NEP (Normas de Execução Permanente).

Com as NEP, por exemplo, os órgãos de comando e direção da GNR e da PSP esmiuçam ao pormenor procedimentos e regras de atuação que devem ser observadas pelos militares e agentes, no âmbito das mais diversas matérias.

É o caso da NEP da PSP que tem por título «**Policimento e Ordem Pública**» que tem por assunto «**Limites ao Uso de Meios Coercivos**», que acaba por se consubstanciar ela própria em fonte e acervo de deveres cuja violação pode constituir fundamento para instauração de procedimento disciplinar.

NEPs que pela sua configuração e formulação assumem um papel de exercício do poder disciplinar «à cabeça», de cariz preventivo – já não como poder de punir, mas como poder ordenador – na medida em que prefiguram o comportamento e atuação do trabalhador em

situações concretas, muito bem delimitadas, e que no caso do uso de meios coercivos, por exemplo, área assaz sensível que, bulindo com direitos, liberdades e garantias, se afigura particularmente pertinente, de modo a obstar a comportamentos indesejáveis por parte do trabalhador.

Outro exemplo do género pode ser o Manual de Inspeção da IGAI.

De facto, a área da Justiça e Disciplina no MAI, em geral, e nas FS, em particular, integra-se no âmbito das atividades de cariz inspetivo levadas a cabo pela IGAI, área essa que se reveste de especial relevância.

Tal relevância deriva não só da natureza técnico-jurídica das matérias objeto dessa atividade inspetiva, mas também da natureza das implicações decorrentes do exercício da ação disciplinar no âmbito e em relação às FS.

Trata-se, pois, de uma área inspetiva de evidente especialização, melindrosa e para a qual são exigidos conhecimentos de cariz multidisciplinar.

A atuação da IGAI, no que diz respeito à Justiça e Disciplina, abrange todas as entidades, serviços e organismos, dependentes ou cuja atividade é legalmente tutelada ou regulada pelo membro do Governo responsável pela área da administração interna, tal como previsto no n.º 1 do artigo 2.º, da Lei Orgânica da IGAI (LOIGAI), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 58/2012, de 14 de março.

Desta abrangência de atuação resulta a aplicação / vigência de vários estatutos de natureza disciplinar, todos eles abrangidos pela ação inspetiva da IGAI, todos eles aplicados pela IGAI.

É o caso do Regulamento Disciplinar da PSP, do Regulamento de Disciplina da GNR, e agora, também, o regime disciplinar instituído pela LTFP, este último aplicável aos trabalhadores de todos os serviços do MAI, como é o caso do SEF, que não têm estatuto disciplinar próprio.

O manual inspetivo da IGAI constitui-se, assim, como um instrumento de trabalho tendente a dotar o corpo inspetivo desta Inspeção com as necessárias ferramentas e orientações tendentes à boa execução das ações inspetivas.

A este ponto voltaremos mais à frente, a propósito da competência disciplinar.

Ou seja, com o poder regulamentar tal qual formulado no artigo 75.º da LTFP, o que está em causa é a possibilidade de o empregador público conformar a atuação laboral do trabalhador de acordo com certos parâmetros organizacionais e funcionais, mas apenas nesse estrito contexto.

7.5. O poder disciplinar, o vínculo de emprego público e o Artigo 76.º da LTFP

Neste âmbito, a LTFP, inovando, veio traçar uma fronteira para lá da qual o exercício do poder disciplinar deixa de ter lugar, limite que até aí inexistia.

O poder disciplinar tal qual se encontra configurado na LTFP encontra fundamento apenas e só na própria relação jurídica de emprego público, enquanto esta perdurar e à luz dos interesses a cargo do respetivo empregador, ou seja, no quadro e limites da relação jurídica de emprego público.

A norma que conforta e sustenta tal entendimento é, ainda na mesma sequência, o artigo 76.º da LTFP onde se dispõe:

«O empregador público tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o vínculo de emprego público.»

Este é, talvez, o mais importante sinal da aproximação da LTFP ao regime laboral comum instituído pelo Código do Trabalho, já que, conforme podemos verificar, a redação e sentido do artigo 76.º da LTFP correspondem ao que se dispõe no artigo 98.º do Código do Trabalho.

Quer isto dizer: a aplicação de sanções disciplinares só prevalece na medida e desde que subsista a relação jurídica de emprego público.

Cessando essa relação, o empregador público deixa de ter poder disciplinar sobre o trabalhador e, como tal, deixa de ter sobre ele poder sancionatório.

E assim, a primeira consequência a retirar do artigo 76.º da LTFP é a de que, logo que o vínculo de emprego público se extinga, devem ser arquivados os procedimentos disciplinares que não se encontrarem concluídos.

A extinção desse vínculo pode concretizar-se pelas formas previstas nos artigos 288.º e seguintes da LTFP, nomeadamente, a prevista no artigo 304.º (Denúncia do contrato de trabalho em funções públicas) e no artigo 305.º (exoneração a pedido do trabalhador).

Perante a norma do artigo 76.º da LTFP, não custa imaginar que possa haver casos em que um trabalhador, para se furtar ao poder disciplinar, possa por sua iniciativa, por exemplo, promover a extinção do vínculo de emprego público, por escrito e com aviso prévio.

Daí que, em termos de instrução de um procedimento disciplinar que se encontre subordinado ao regime da LTFP, faz sentido que o respetivo instrutor possa diligenciar, junto da unidade orgânica de Recursos Humanos do órgão ou serviço a que o trabalhador pertença, pela obtenção de informação que esclareça, no seio e para efeitos do procedimento disciplinar, se o trabalhador denunciou, ou não, o contrato de trabalho ou se requereu, ou não, a respetiva exoneração, de modo a que, conforme a resposta obtida, o instrutor possa, ou promover o arquivamento do processo, ou prosseguir com as diligências instrutórias.

É de sublinhar que não encontramos na LTFP norma idêntica ao artigo 12.º do ED/2008, onde se previa que as penas de multa, suspensão e demissão ou despedimento por facto imputável ao trabalhador seriam executadas desde que o trabalhador constituísse nova relação jurídica de emprego público.

Donde, também não custa admitir que casos possam ocorrer em que um trabalhador, para se furtar ao poder disciplinar, possa por sua iniciativa, por exemplo, promover a extinção do vínculo de emprego público, por escrito e com aviso prévio e que, a seguir, tente e consiga ser admitido noutra departamento do Estado, situação que não se afigura, nem inverosímil, nem impossível, considerando a dimensão da AP, os seus inúmeros organismos e entidades de nível central, regional e local.

Mais, a ausência na LTFP de uma norma idêntica à do artigo 12.º do ED/2008 acaba por ter implicações na interpretação do disposto no artigo 182.º da LTFP que corresponde ao que já antes se dispunha no artigo 11.º do ED/2008.

No artigo 182.º, n.º 4, da LTFP consagra-se que as sanções de despedimento disciplinar ou de demissão não impossibilitam o trabalhador de voltar a exercer funções em órgão ou serviço que não exijam as particulares condições de dignidade e confiança que aquelas de que foi despedido ou demitido exigiam.

Em termos práticos o disposto no artigo 182.º, n.º 4 da LTFP, além de admitir o regresso do trabalhador, mesmo depois de ter sido despedido ou demitido, assume agora contornos de uma reabilitação objetiva – o trabalhador, se readmitido, nem sequer tem agora que cumprir pena – sem sujeição a prazo definido e sem as consequências que antes advinham do artigo 12.º do ED/2008, por oposição à reabilitação subjetiva cujos termos são agora previstos no artigo 240.º da LTFP e em que, por exemplo, a reabilitação do trabalhador objeto de sanção de despedimento, só pode ser requerida pelo próprio ou pelo seu representante depois de decorridos três anos sobre a aplicação dessa sanção.

Encontramos pois na LTFP disposições que, além de aproximarem o respetivo regime disciplinar ao regime laboral comum, revelam-se para com o trabalhador agente de uma infração disciplinar mais generosas, tolerantes e benévolas, do que disposições vigentes em ED anteriores, ao ponto de se admitir que, agora, o mesmo trabalhador possa constituir nova relação jurídica de emprego público sem as consequências que antes advinham do artigo 12.º do ED/2008, norma que não encontra qualquer correspondência no articulado da Lei n.º 35/2014 ou da LTFP.

Em suma, há pois a reter que, nos termos do regime disciplinar instituído pela LTFP, o empregador público deixa de ter poder disciplinar sobre o trabalhador logo que se extinga o vínculo de emprego público.

8. Competência para instaurar procedimento disciplinar

Ora, é também nessa perspetiva do exercício de um poder disciplinar umbilicalmente dependente não só da existência de um vínculo de emprego público, mas também ligado aos interesses do empregador, em função dos inerentes deveres e obrigações a que o trabalhador se encontra sujeito, que deve ser vista, por exemplo, a competência para tomar a decisão de instaurar procedimento disciplinar quando o trabalhador mude de serviço.

Essa competência está, ela própria, estreitamente ligada à competência para aplicar sanções disciplinares.

A competência para a aplicação da sanção disciplinar determina-se nos termos do artigo 197.º da LTFP e compete ao superior hierárquico em relação aos seus subordinados, embora não em termos em absolutos, atendendo a que depende também do tipo de sanção que deva ser aplicada.

Assim, a aplicação da sanção disciplinar de repreensão escrita é da competência de todos os superiores hierárquicos em relação aos seus subordinados, (artigo 197.º, n.º 1).

A aplicação das restantes sanções disciplinares (multa, suspensão e despedimento disciplinar ou demissão) é da competência do dirigente máximo do órgão ou serviço, (artigo 197.º, n.º 2).

Regista-se o facto de a lei dizer, com todas as letras, que a competência para a aplicação das sanções disciplinares **não é delegável**, neste sentido veja-se o artigo 197.º, n.º 6 da LTFP.

Quanto ao local em que é instaurado, por regra, temos que o procedimento disciplinar é instaurado no órgão ou serviço em que o trabalhador exerce funções à data da infração, é o que prevê o artigo 198.º, n.º 1, da LTFP.

Esta regra comporta duas exceções que devem ser tidas em conta.

Já quando, após a prática de uma infração disciplinar ou já na pendência do respetivo processo, o trabalhador mude de órgão ou serviço, a sanção disciplinar é aplicada pela entidade competente à data em que tenha de ser proferida decisão, sem prejuízo de o procedimento ter sido mandado instaurar e ter sido instruído no âmbito do órgão ou serviço em que o trabalhador exercia funções à data da infração, é o que dispõe o artigo 198.º, n.º 2, da LTFP.

Neste caso, a competência para decidir o procedimento disciplinar vai caber à entidade que no momento da tomada de decisão corporizar de forma atual os interesses do empregador público.

É sobretudo em função desta regra e da ponderação que dela se fizer, mesmo numa situação de mobilidade, que se terá tendencialmente de determinar qual o órgão competente para aplicar a sanção disciplinar que ao caso for de aplicar.

A segunda exceção refere-se aos casos em que existam vários trabalhadores acusados do mesmo facto ou de factos conexos apreciados no mesmo processo. Aí a competência para sancionar todos os trabalhadores cabe, nos termos do artigo 221.º da LTFP, à entidade competente para sancionar o detentor de cargo, carreira ou categoria de maior complexidade funcional ou sendo a complexidade funcional a mesma relativamente a todos os trabalhadores, a decisão cabe à entidade competente para sancionar o trabalhador com maior antiguidade no exercício de funções públicas.

Uma nota ainda para o disposto no artigo 242.º, n.º 8, onde se prevê que, no âmbito do regime jurídico da cedência de interesse público, e no caso de em que a infração imputada possa corresponder, em abstrato, a sanção disciplinar extintiva, **o poder disciplinar pode ser delegado** expressamente na entidade cessionária e **a decisão de aplicação da sanção deve ser tomada pelo cedente e pelo cessionário**, devendo o procedimento disciplinar que apure a infração disciplinar obedecer ao procedimento disciplinar do vínculo de origem, o que, além de introduzir um regime especial de competência disciplinar partilhada entre cedente e cessionário para efeito de aplicação da sanção, introduz ainda uma exceção ao disposto no artigo 197.º, n.º 6, afastando a regra de que a competência para a aplicação das sanções disciplinares **não é delegável**.

Mas, em matéria de exceções não ficamos por aqui.

9. A competência disciplinar e as inspeções-gerais

Em matéria disciplinar, a competência para instaurar procedimentos disciplinares comporta ainda uma exceção de relevo que resulta de disposições normativas exteriores à LTFP.

Nos termos do regime de atividade de inspeção, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 276/2007, de 31 de julho, as inspeções-gerais são detentoras de competências inspetivas que podem assumir as formas de auditoria, inspeção, inquérito, sindicância e averiguações, gozando para o efeito das necessárias prerrogativas, conforme se retira das disposições conjugadas dos artigos 8.º, n.º 1 e 16.º, alínea d), do Decreto-Lei n.º 276/2007.

Em matéria disciplinar, no que às competências de cada inspeção-geral diz respeito, regem não só ED próprios e a própria LTFP, mas também as disposições normativas das respetivas leis orgânicas (LO).

No caso da IGAI, conforme já antes se adiantou, rege o Decreto-Lei n.º 58/2012, de 14 de março que aprovou a LOIGAI.

Resulta daquele diploma legal que, além de outras, a IGAI prossegue as seguintes atribuições:

- Averiguar todas as notícias de violação grave dos direitos fundamentais de cidadãos por parte dos serviços ou seus agentes, que cheguem ao seu conhecimento, e apreciar as demais queixas, reclamações e denúncias apresentadas por eventuais violações da

legalidade e, em geral, as suspeitas de irregularidade ou deficiência no funcionamento dos serviços;

- Efetuar inquéritos, sindicâncias e peritagens, bem como processos de averiguações e disciplinares superiormente determinados, e instruir ou cooperar na instrução dos processos instaurados no âmbito dos serviços, cuja colaboração seja solicitada e autorizada superiormente (artigo 2.º, n.º 2, alíneas c) e d), da LOIGAI).

Releva ainda o facto de que, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alíneas d) e e), da LOIGAI, o Inspetor-Geral (IG) é competente para:

- Instaurar e decidir processos de averiguações e de inquérito, bem como propor a instauração de processos disciplinares e a realização de sindicâncias;
- Submeter a decisão ministerial os processos disciplinares instaurados e os processos instruídos pela IGAI.

Donde, há que ter igualmente presentes estas disposições normativas e articulá-las com o quadro legal resultante da LTFP e dos ED próprios, considerando que a IGAI e, neste caso, o IG tem competência que, em matéria disciplinar, é concomitante e que concorre com a competência disciplinar dos dirigentes máximos dos órgãos e serviços integrados na orgânica do MAI, nomeadamente, da GNR, da PSP e do SEF.

Quer isto dizer que, as disposições normativas em matéria de competência disciplinar resultantes, quer da LTFP, quer de ED próprios, não podem ser consideradas em termos absolutos, carecendo de ser caldeadas e ponderadas em conjugação com as disposições normativas das LO das inspeções-gerais.

10. Considerações finais

Conforme vimos, nos termos do regime disciplinar instituído pela LTFP o empregador público deixa de ter poder disciplinar sobre o trabalhador logo que extinto o vínculo de emprego público, o que constitui uma alteração de paradigma, mesmo tendo em consideração o já de si inovador ED/2008.

Não encontramos na LTFP norma idêntica ao artigo 12.º do ED/2008 e estamos já distantes do que dispunha, por exemplo, o artigo 15.º do ED/1984, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, onde se previa a aplicação de penas a aposentados, não havendo norma idêntica na LTFP, pelo contrário, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 289.º, n.º 1, alínea a) e 291.º, alínea c,) da LTFP, o vínculo de emprego público extingue-se por caducidade com a reforma ou aposentação, o que por si só é suficiente para que se perceba o quão distante estamos do ED/1984.

Não obstante e por comparação, verifica-se que, nos termos do artigo 34.º do Regulamento de Disciplina da GNR e do artigo 26.º Regulamento Disciplinar da PSP, perdura a possibilidade de aplicar penas, respetivamente, a militares reformados, e a funcionários e agentes aposentados, o que é igualmente ilustrativo do distanciamento concretizado pela LTFP relativamente àqueles dois específicos ED, sabendo-se inclusive que no caso do RDGNR a última alteração que sofreu (resultante da Lei n.º 66/2014, de 28 de agosto) foi aprovada pelo mesmo legislador da LTFP – a Assembleia da República – já depois da entrada em vigor da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

Porém, e a este propósito, cabe referir que o Tribunal Constitucional, através do muito recente Acórdão n.º 858/2014, de 10 de dezembro de 2014, decidiu «**...julgar inconstitucional a norma do artigo 26.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública, na parte em que determina para os funcionários e agentes aposentados a substituição da pena de demissão pela perda total do direito à pensão pelo período de 4 anos, por violação do princípio da proporcionalidade decorrente do artigo 2.º da Constituição**», Acórdão que se encontra publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 41, de 27 de fevereiro de 2015, pág. 5143 e seguintes.

Na mesma linha, foi proferido na 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo Acórdão de 12-03-2015, no qual foram tiradas as seguintes conclusões:

«I – Se a norma fundante do ato impugnado – através do qual o MAI substituiu a pena de demissão aplicada ao autor pela perda do seu direito à pensão de aposentação pelo período de quatro anos – foi julgada inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade advinda da aplicação dela ferir direitos fundamentais do autor, tem esse ato de ser declarado nulo (artigo 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA).

*II – Essa declaração de nulidade traz a procedência da ação administrativa especial, tanto na sua parte impugnatória, como no seu segmento condenatório, que inclui a condenação do MAI a comunicar à CGA que deve satisfazer ao autor pensões que lhe eram, afinal, devidas e a pagar-lhe os juros de mora, vencidos e vincendos, relativamente às importâncias que, não fora o ato nulo, ele teria oportunamente recebido».*⁵

Diremos a este propósito que o disposto no artigo 34.º do Regulamento de Disciplina da GNR, alterado e republicado em 2014, embora preveja norma idêntica, diverge num ponto que parece ser essencial e que, apesar de tudo, o aparta do artigo 26.º do RDSP, já que prevê a conformação da pena na base da perda de dois terços da pensão mensal, por oposição à norma do RDSP onde se prevê a perda total da pensão.

Em qualquer caso, a divergência de regimes disciplinares que observamos quando confrontamos a LTFP e as respetivas disposições normativas em matéria de disciplina, com estatutos disciplinares próprios, como são o RDGNR e o RDSP, bem como o afastamento de

⁵ Acórdão e conclusões que podem ser consultadas [aquí](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6994b8009271ee3080257e0c004ec203?OpenDocument&ExpandSection=1), ou no seguinte endereço na Internet: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6994b8009271ee3080257e0c004ec203?OpenDocument&ExpandSection=1>

regimes que entre eles encontramos, visível numa disciplina mais severa e intransigente que emana, por exemplo, do RDGMR e do RDPSP, por comparação com a generosidade, tolerância e benevolência da LTFP, leva-nos a concluir que caminhamos para a constituição formal, não de uma Administração Pública, mas de várias Administrações Públicas, onde encontramos trabalhadores que, na base de ED próprios, podem ser objeto de procedimentos e medidas disciplinares severas e intransigentes, por contraponto com outros trabalhadores que, embora agentes de infração disciplinar, podem furtar-se a medidas disciplinares em resultado da mera aplicação da própria lei.

A confirmar-se este afastamento ou, eventualmente, a acentuar-se o afastamento que já conseguimos identificar entre regimes e ED vigentes, corre-se o risco de haver na AP dois pesos e duas medidas para atuar (ou não) em relação a infrações disciplinares de idêntica gravidade; uma, porque abrangida por ED próprio, pode ser objeto de procedimento disciplinar e sanção, mesmo em situações de aposentação; outra, porque abrangida pela LTFP e porque o vínculo jurídico de emprego público se extinguiu, deixa de poder ser objeto de procedimento disciplinar e deixa de poder ser sancionada, mesmo que o trabalhador regresse à AP por via da constituição de nova relação jurídica de emprego público.

A este propósito, atente-se ainda no disposto no artigo 290.º da LTFP, onde se determina que, extinto o vínculo, o empregador público deve entregar ao trabalhador um certificado de trabalho, indicando as datas de admissão e de saída, bem como o cargo ou cargos que desempenhou – é o que consagra o n.º 1 – e, note-se, acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que o certificado não pode conter quaisquer outras referências, salvo pedido do trabalhador nesse sentido.

Logo, tal documento não pode fazer referência a procedimentos disciplinares movidos ao trabalhador ou referir, por exemplo, que foi o trabalhador que promoveu a rescisão do contrato ou que requereu a sua exoneração, o que certamente facilitará ao trabalhador a constituição de outra relação jurídica de emprego público, noutra órgão ou serviço da AP, central, regional ou local, por oposição a um certificado onde tais dados constassem.

Donde, a AP corre o risco de, na base de leis formais, face à conformação da base do regime instituído pela LTFP, ter órgãos e serviços a adotar procedimentos distintos, para situações que, em abstrato, são materialmente idênticas, veja-se o caso do artigo 297.º, n.º 3, alínea l), da LTFP e do artigo 14.º, n.º 2, alínea k), do RDGMR, só para dar um exemplo.

Sendo este um mero apontamento exploratório do regime disciplinar instituído pela LTFP, matéria que manifestamente carece de uma reflexão e estudo mais aprofundados, podemos, ainda assim e desde já, detetar alguns indícios de que, a manter-se o atual estado de coisas e a subsistência no universo da AP de ED divergentes, poderá estar a prefigurar-se eventual violação do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado.

Em qualquer caso, estamos perante sinais múltiplos, tanto da parte da Lei, quanto da parte da jurisprudência, que apontam para a existência de uma corrente de mudança de paradigma do regime disciplinar (geral) da AP, mudança para a qual devemos estar atentos e de espírito

aberto, de modo a podermos acompanhar o evoluir do pensamento jurídico e das medidas com as quais o legislador vai experimentando e trilhando novos caminhos para o Direito Disciplinar dos trabalhadores com vínculo de emprego público.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2nmc5s6g0y/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A RELAÇÃO ENTRE O PROCESSO DISCIPLINAR E O PROCESSO CRIMINAL¹

Pedro Figueiredo*

1. Fundamentos da relação entre o processo disciplinar e o processo criminal.
 2. O direito subsidiário.
 3. A autonomia do processo disciplinar.
 4. Efeitos da decisão criminal no processo disciplinar.
 5. Efeitos da decisão de suspensão do processo disciplinar.
 6. Apreciação da relevância criminal dos factos no processo disciplinar.
- Vídeo.

1. Fundamentos da relação entre o processo disciplinar e o processo criminal

Pretendo aqui dar conta de algumas das questões mais relevantes nesta relação, do ponto de vista da ação disciplinar, cingindo-me, dado o inerente interesse dos destinatários destas palavras, aos processos disciplinares de natureza pública.

Há que começar pela questão de base: Qual a necessidade de existir um poder disciplinar no seio da Administração Pública?

Nos termos do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, estando os órgãos e agentes administrativos subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

Por aqui se vê que o poder disciplinar na função pública, tal como em quaisquer outras organizações, impõe-se para garantir o adequado funcionamento dos serviços e que a administração prossiga os apontados fins de interesse público.

Podemos então falar do bom funcionamento da administração, orientado para o interesse público, como o bem jurídico protegido pelo poder disciplinar.

A importância do serviço público no Estado de Direito democrático justifica a existência do ilícito disciplinar e das sanções disciplinares, resultando para o funcionário “o asseguramento de uma série de direitos profissionais, mas também a imposição de especiais deveres no

¹ O presente texto corresponde à versão apresentada na ação de formação “Temas de Direito Administrativo, com o tema “A relação entre o processo disciplinar e o processo criminal”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 22 de maio de 2015.

* Juiz de Direito, Inspetor da Inspeção Geral da Administração Interna.

interesse da comunidade jurídica: a relação de serviço jurídico-pública é antes de tudo uma abrangente relação de dever que serve o interesse público em nome da integridade e da confiança” (Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*”, 2004, p. 157/159).

Nas palavras de Marcello Caetano, o poder disciplinar “tem a sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público” (*Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1932, p. 25*).

O direito disciplinar surge como o ramo do direito que condiciona o poder disciplinar, estabelecendo as regras necessárias para o seu exercício e as necessárias garantias de defesa do funcionário público.

Este ramo do direito encontra naturalmente raízes no direito administrativo, posto que a sanção a aplicar no âmbito de um processo de natureza disciplinar é inequivocamente uma sanção administrativa, surgindo como o culminar de um procedimento administrativo especial, que como tal segue regras de direito administrativo.

Todavia, na medida em que o processo disciplinar tem como meta a aplicação de uma sanção, ou a decisão pelo seu não cabimento, é clara a relação de proximidade com o processo criminal.

Como ensina Figueiredo Dias, “[o] direito disciplinar e as respetivas sanções conformam porventura o domínio que, de um ponto de vista teórico, mais se aproxima do direito penal e das penas criminais. Diferentemente do que sucede com o direito das contraordenações, os comportamentos integrantes do ilícito disciplinar não podem dizer-se axiologicamente neutros, como tão-pouco pode afirmar-se que o ilícito respetivo é aqui também constituído pela proibição” (op. loc. cit).

Segundo Beleza dos Santos, “as sanções disciplinares têm fins idênticos aos das penas crimes, são, por isso, verdadeiras penas (...) [n]o que não seja essencialmente previsto na legislação disciplinar ou desviado pela estrutura específica do respetivo ilícito, há que aplicar a este e seus efeitos as normas do direito criminal comum” (*Ensaio sobre a introdução ao direito criminal, 1968, pág.116*). Nas palavras de Eduardo Correia, “na medida em que as penas disciplinares são um mal infligido a um agente, devem (...) em tudo quanto não esteja expressamente regulado, aplicar-se os princípios que garantem e defendem o indivíduo contra todo o poder punitivo” (*Direito Criminal, I, Almedina, 1971, pág. 37*).

Temos, pois, que a potencial aplicação de medidas sancionatórias permite enquadrar o direito disciplinar como ramo do direito sancionatório, na medida em que é visada a punição das condutas ofensivas do regular funcionamento da administração.

2. O direito subsidiário

À partida, não suscita grandes dúvidas a questão do direito subsidiário aplicável aos casos omissos da legislação que rege o processo disciplinar, vejam-se em particular os casos da Lei geral sobre o Trabalho em Funções Públicas (LTFP), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, do Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública (RDPSP), aprovado pela Lei n.º 7/90, de 20 de fevereiro, e do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana (RDGNR), aprovado pela Lei n.º 145/99, de 1 de setembro, e alterado pela Lei n.º 66/2014, de 28 de agosto.

O mais recente destes diplomas, o RDGNR revisto, contém no respetivo artigo 7.º a previsão de que, em tudo o que não estiver previsto no regulamento são subsidiariamente aplicáveis, com as devidas adaptações, os princípios gerais do direito sancionatório, o Código do Procedimento Administrativo, a legislação processual penal e, na parte não incompatível, o Regulamento de Disciplina Militar.

Já o bem mais antigo RDPSP prevê no respetivo artigo 66.º que o processo disciplinar se rege pelas normas constantes do regulamento e, na sua falta ou omissão, pelas regras aplicáveis do estatuto disciplinar vigente para os funcionários e agentes da administração central e da legislação de processo penal.

Por sua vez, a LTFP não contém previsão específica relativa ao direito subsidiário aplicável, antes tendo o legislador optado por remissões circunstanciais para o Código de Procedimento Administrativo (artigos 185.º, al. e), e 224.º), para o Código de Processo Penal (artigos 215.º, n.º 4 e n.º 5, 218.º, n.º 6), ou mesmo para o Código de Processo Civil (artigo 217.º).

Uma vez que o processo disciplinar se insere num procedimento administrativo especial, seguindo regras de direito administrativo, afigura-se curial, como impõem as citadas normas, que se deva desde logo olhar para as regras do procedimento administrativo, plasmadas no Código de Procedimento Administrativo.

E bem assim, dada a natureza sancionatória do processo disciplinar, igualmente se afigura inequívoca a pertinência do recurso às normas processuais penais, as quais naturalmente revelam um maior apuramento no plano das garantias de defesa do arguido, que concretizam princípios constitucionais. Nesta medida, pode mesmo dizer-se que a aplicação supletiva do Código de Processo Penal serve para realizar as exigências do Estado de Direito (Luís Vasconcelos Abreu, Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente: As relações com o Processo Penal, Almedina, 1993).

Outrossim, afigura-se ainda possível o recurso às normas processuais civis, na medida em que constituem a matriz do processo, seja por remissão do Código de Processo Penal, ou até por remissão direta da legislação disciplinar, como se vê no já invocado artigo 217.º da LTFP.

Isto num plano meramente normativo-legal.

O já citado artigo 7.º do RDGNR remete-nos, como vimos, para o plano dos princípios do direito sancionatório.

E ainda que os dois outros regimes disciplinares já invocados sejam omissos neste particular, afigura-se-nos elementar que igualmente quanto a eles se apliquem subsidiariamente tais princípios.

Desde logo porque a primeira referência constitucional ao processo disciplinar, que consta do artigo 269.º da CRP, relativo ao regime da função pública, prevê que “em processo disciplinar são garantidas ao arguido a sua audiência e defesa”.

[A *latere*, e sem prejuízo da manutenção deste normativo constitucional, atente-se na curiosidade da referência à expressão “arguido” ter desaparecido da mais recente legislação sobre o trabalho em funções públicas (LGTFP), Lei n.º 35/2014, de 20/06, que atualmente rege o procedimento disciplinar destes trabalhadores. Tal como, seguindo o mesmo tom que poderíamos caracterizar como um amaciar do regime disciplinar da função pública, se eliminou a referência à expressão “pena”, substituída pela expressão “sanção disciplinar”.]

Em função do referido artigo 269.º da CRP, nas referidas garantias de audiência e defesa devem enquadrar-se os princípios de defesa constitucionalmente consagrados para o processo penal, designadamente as garantias de legalidade, o direito à assistência de defensor, o princípio do contraditório, a aplicação do regime legal mais favorável ou o direito de consulta do processo.

Falamos também do princípio geral *in dubio pro reo* (literalmente, em caso de dúvida decide-se a favor do réu), aplicável aos casos de *non liquet* em matéria probatória, exigindo-se que a prova legitime uma convicção segura da materialidade dos factos imputados ao arguido, cuja aplicação ao processo disciplinar tem encontrado consenso na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (vejam-se os acórdãos do Pleno da Secção de Contencioso Administrativo proferidos em 18/04/2002, no recurso n.º 33881, em 17/05/2001, no recurso n.º 40528, e de 25/02/1999, no recurso n.º 37235).

E bem assim do princípio da presunção da inocência do arguido, previsto no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, assente no direito a um processo justo, e que tem como um dos seus princípios corolários a proibição de inversão do ónus da prova, em detrimento do arguido, cabendo à Administração o ónus de reunir as provas indispensáveis para a decisão a proferir (veja-se, a este propósito, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28/04/2005, processo n.º 0333/05).

3. Autonomia do processo disciplinar

Esta proximidade entre o direito disciplinar e o direito penal, a par dos respetivos processos, que permite sustentar a tendencial aplicação dos princípios do segundo ao primeiro, não significa conformação ou subordinação.

Até porque desde logo alguns princípios básicos do direito penal não encontram tradução no direito disciplinar.

No que respeita ao princípio da legalidade, existe uma aproximação na questão das penas, sendo o elenco taxativo nos dois ramos do direito, mas ocorre um afastamento profundo no que concerne aos ilícitos.

Como é consabido, no direito penal vigora a tipicidade, estando descritas as ações ou omissões que desencadeiam uma reação penal, existindo um elenco rigoroso e fechado das mesmas.

Já no direito disciplinar não existe um elenco típico das ações ou omissões que provocam uma reação disciplinar.

E isto porque se tem entendido, que existe uma panóplia de condutas que podem lesar o interesse público, que não são suscetíveis de enunciação exaustiva.

Podem assim caber na mesma pena aplicável a certos factos outras condutas não descritas na lei, que tenham a mesma natureza do exemplo legalmente previsto.

Nas palavras de Teresa Beleza, a analogia definidora das infrações não é apenas admitida, mas pressuposta como elemento essencial integrador das várias previsões legais, referindo a este propósito que no direito disciplinar ou temos uma ausência completa de tipos legais ou tipos excessivamente abertos (Direito Penal, volume 1, Lisboa, 1998, p. 61 ss.).

Esta orientação legal vem sendo aceite, designadamente pelo Tribunal Constitucional, com a ressalva das normas disciplinares deverem conter um mínimo de determinabilidade, ou seja, um grau de previsão tal que permita identificar o tipo de comportamentos que lhes corresponde, quando estejam em causa penas expulsivas.

Já o princípio *non bis in idem*, segundo o qual ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, apesar de apenas encontrar consagração constitucional no que respeita aos crimes, artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, vale também no âmbito do direito disciplinar.

Mas isto no estrito âmbito de cada ordenamento, não funcionando nas relações entre o direito penal e o direito disciplinar.

Já que se o mesmo facto desencadeia reações autónomas oriundas dos dois ramos do direito, pode ocorrer a cumulação de responsabilidade criminal e disciplinar pela prática do mesmo facto.

Poder-se-ia sustentar, em nome da unidade do ordenamento jurídico, que nos casos em que o mesmo facto desencadeia reações autónomas dos direitos penal e disciplinar, fosse formulado um único juízo de desconformidade e aplicada uma única sanção.

Sucedem que, como já vimos, estamos a falar de ramos de direito com objetos e finalidades bem distintos, que tutelam bens jurídicos também distintos.

O direito penal tutela interesses gerais e fundamentais da comunidade, atingindo os infratores na sua liberdade e nos seus bens.

Já o direito disciplinar protege o cumprimento de deveres por parte dos funcionários públicos, no interesse e segundo as necessidades do serviço, atingindo a carreira daqueles.

A este propósito, vejamos as esclarecedoras considerações tecidas pelo Supremo Tribunal Administrativo, em acórdão de 23/07/1988, no recurso n.º 24700: "na função jurisdicional há um conflito de interesses cuja resolução tem como fim específico a realização do direito e da justiça, destinando-se, conseqüentemente, a servir o interesse público da própria composição dos conflitos de interesses, e o órgão que decide - em atenção aos interesses que lhe cumpre especificamente prosseguir - não é interessado no conflito, estando, portanto, numa situação de indiferença, como que de neutralidade perante o mesmo". Diferentemente, na função administrativa "a actuação da Administração não se destina propriamente a resolver um conflito de interesses, antes prosseguindo os seus fins próprios: um qualquer dos interesses públicos que ao Estado - utilizando este termo num sentido amplo - incumbe realizar. De tal actuação, e meramente consequencial, é que poderá resultar, então, um conflito de interesses, entre o administrado e a mesma Administração, cuja resolução compete aos tribunais, no exercício da função jurisdicional".

Pode vislumbrar-se, é certo, um interesse público, da comunidade, na repressão disciplinar, dadas as especificidades de determinadas funções públicas, em particular quando estão em causa condutas que colidem com direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Poderíamos hipoteticamente até equacionar a existência de interesses particulares na repressão disciplinar, pense-se na situação de um cidadão afetado pela atuação de um agente da autoridade.

Contudo, no âmbito do processo disciplinar não existe a figura da vítima, tal como a conhecemos no processo penal.

O interesse público que preside à necessidade de exercício do poder disciplinar não comporta o acautelar de interesses particulares.

Donde, não vemos, designadamente, como poderá a figura do assistente ser importada do processo penal para o processo disciplinar.

4. Efeitos da decisão criminal no processo disciplinar

A autonomia dos campos de aplicação do direito disciplinar e do direito penal tem sido bem vinculada pela nossa jurisprudência.

Com consequências a vários níveis e desde logo no que respeita ao valor das decisões dos tribunais criminais, já transitadas em julgado.

Contudo, não se pode dizer que o processo disciplinar seja alheio às decisões dos tribunais criminais.

Como resulta do artigo 205.º, n.º 2, da CRP, as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades.

Por outro lado, há que atentar na força obrigatória do caso julgado formado pela decisão judicial, relativamente à relação material controvertida, como resulta do disposto nos artigos 580.º, 581.º e 619.º do Código de Processo Civil.

Relevam aqui as noções de caso julgado formal (inimpugnabilidade da decisão no âmbito do processo) e de caso julgado material (que faz com que a situação de facto que foi julgada não possa ser objeto de um novo processo).

Cumprindo ter presente que o caso julgado material apenas abrange a parte dispositiva da sentença e não a sua fundamentação.

Todavia, não está aqui propriamente em causa a obrigatoriedade das decisões dos tribunais, mas antes a influência da decisão judicial no processo-crime na decisão de um processo disciplinar, que visa tutelar interesses e bens jurídicos distintos, ainda que estando em causa os mesmos factos.

Poder-se-á equacionar, como sustenta Vasconcelos Abreu (op. cit.), a possibilidade de aqui convocar o preceituado no artigo 371.º, n.º 1, do Código Civil, de acordo com o qual “os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público respetivo, assim como dos factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade documentadora; os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador.”

Nesta medida, uma certidão de uma decisão judicial proferida no processo-crime, transitada em julgado, como documento autêntico, faz prova plena dos factos que nela são atestados com base nas percepções do julgador.

E valerá para o processo disciplinar?

Ainda no campo civilístico, agora no processo civil, encontramos duas normas com interesse para a análise da questão, os artigos 623.º e 624.º:

– A condenação penal definitiva constitui para terceiros presunção ilidível quanto à existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, nas ações civis;

– A absolvição penal definitiva, com fundamento na não prática dos factos imputados, constitui, nas ações civis, presunção ilidível da inexistência desses factos.

Se se trata de uma presunção ilidível quanto a terceiros, afigura-se implícito que a decisão penal condenatória tem eficácia direta, quanto aos factos em causa nessa condenação, relativamente a quem foi parte no processo penal.

E esta eficácia direta impede que sobre essa matéria seja produzida, na subsequente ação cível (travada entre os que foram parte no processo penal que resultou em condenação), qualquer tipo de prova que vise contraditar ou acrescentar algo a essa factualidade resultante da condenação penal.

Contudo, estamos aqui a falar de normas relativas a ações civis, axiologicamente neutras.

Pelo que se afigura temerária a defesa da sua aplicação aos processos de natureza disciplinar.

Ademais, nos regimes disciplinares já invocados não se encontra sustento para esta aplicação das invocadas normas de direito privado.

Veja-se designadamente a LTFP, diploma no qual apenas consta no artigo 179.º, com a epígrafe ‘efeitos da pronúncia e da condenação em processo penal’, que o Tribunal tem de comunicar à administração o trânsito em julgado do despacho de pronúncia ou equivalente que vise trabalhador em funções públicas, o mesmo quando é condenado pela prática de crime, ressalvando que a condenação em processo penal não prejudica o exercício da ação disciplinar quando a infração penal constitua também infração disciplinar.

Com interesse para a questão em análise, têm a doutrina e a jurisprudência distinguido entre os efeitos das decisões de absolvição e os efeitos das decisões de condenação.

No que respeita aos efeitos da sentença penal absolutória transitada, dispunha o artigo 154.º do Código de Processo Penal de 1929 que constituía "nas ações não penais simples presunção legal da inexistência dos factos que constituem a infração, ou de que os arguidos a não praticaram, conforme o que se tenha julgado, presunção que pode ser ilidida por prova em contrário".

Daí não resultava qualquer limite ao princípio da autonomia da jurisdição disciplinar, pois a absolvição produzia efeitos de índole negativa, na medida em que não impedia a Administração de, pelos mesmos factos, aplicar a competente decisão disciplinar.

O citado artigo 154.º não foi reproduzido no CPP vigente, pelo que encontra sustento a leitura de que podem dar-se como provados factos, e conseqüentemente objeto de punição no processo disciplinar, em contradição com o que suceda no processo penal.

Já previa o anterior Estatuto Disciplinar aplicável aos funcionários públicos, no respetivo artigo 78.º, que teria de resultar da sentença penal absolutória a demonstração da inexistência dos factos que determinaram a pena disciplinar.

Se apenas se dão como não provados alguns dos factos, que eram comuns ao processo disciplinar e ao processo-crime, mas não se afirma que o visado não praticou os factos que lhe eram apontados, não releva para este efeito.

Nesta perspetiva, encontra um consenso alargado a conclusão de podermos ter uma absolvição num processo-crime e uma condenação no processo disciplinar.

Neste sentido, vejam-se, *v.g.*, Eduardo Correia, Direito Criminal, I, p. 35/39, Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, 9.ª ed., p. 777 e seguintes, os Pareceres da PGR de 29/04/1984 e de 07/12/1995, e os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 16/05/2000, recurso n.º 037326, de 24/01/2002, recurso n.º 48147, do Pleno de 03/04/2001, recurso n.º 29.8640, de 12/12/2002, processo n.º 0326/02, de 21/09/2003, processo n.º 856/03, de 21/09/2004, recurso n.º 47146, do Pleno de 04/05/2006, de 06/03/2007, processo n.º 0219/05, de 21/05/2008, processo n.º 0989/07 e de 07/01/2009, processo n.º 223/08).

Segundo a posição do Supremo Tribunal Administrativo (expressa no último dos arestos citados), “as normas de direito criminal e as normas disciplinares têm fundamentos não coincidentes, prosseguindo interesses e fins públicos diversos, sendo independentes o processo criminal e o disciplinar, ainda que relativos aos mesmos factos, por tal forma que a inexistência de responsabilidade criminal não acarreta necessariamente a inexistência de responsabilidade disciplinar”.

Aqui assenta o entendimento de que uma sentença penal absolutória (ou por maioria de razão um despacho de arquivamento do inquérito), só por si, não é bastante para determinar a ausência de sanção disciplinar, ou para permitir o deferimento do pedido de revisão.

Ou seja, a inexistência de responsabilidade criminal pode não prejudicar a atuação disciplinar, pois os mesmos factos podem relevar para efeitos disciplinares e não para efeitos criminais, como será o caso da falta de correção ou da falta de respeito, por contraposição com os tipos legais dos crimes de difamação ou de injúria.

Quanto às decisões condenatórias, a questão afigura-se mais complexa.

Poderá a entidade com poder disciplinar alhear-se da factualidade provada no processo-crime e que levou à condenação do arguido?

Terá sentido voltar a produzir prova, em sede disciplinar, sobre os mesmos factos, permitindo ao arguido, depois de condenado por eles, em sede criminal, voltar a discuti-los agora em sede disciplinar?

De acordo com o que dispunha o artigo 153.º do Código de Processo Penal de 1929, a “condenação definitiva proferida na ação penal constituirá caso julgado, quanto à existência e qualificação do facto punível e quanto à determinação dos seus agentes, mesmo nas ações não penais em que se discutem direitos que dependam da existência da infração”.

Esta disposição desapareceu do ordenamento processual penal, o que permite sustentar que a apontada limitação à autonomia do processo disciplinar também deixou de existir, no âmbito deste, no que concerne aos factos, e à sua autoria, dados como provados no processo penal.

Aqui se debatem a propalada autonomia entre o processo penal e o processo disciplinar e a unidade superior dos órgãos do Estado.

Se ocorre uma absolvição em processo criminal, mesmo por falta de provas, afigura-se, em função das considerações já expendidas, que inexistente caso julgado para o processo disciplinar.

Já quando ocorreu a condenação do réu em processo criminal por certos factos em apreciação no processo disciplinar, defende alguma doutrina e jurisprudência que deve ser relevada essa condenação e implicar a prova desses mesmos factos no processo disciplinar (vejam-se Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, 1972, p.39 ss., e os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 15/10/1991, recurso n.º 29.002, de 28/01/1999, recurso n.º 32.788 e de 18/02/1999, recurso n.º 37.476).

Não é propriamente a condenação que vai determinar o resultado do processo disciplinar, mas sim a condenação do arguido no processo criminal pela prática de determinados factos.

Nesta perspetiva, ocorrerá uma vinculação da entidade com poder disciplinar quanto à verificação da existência material dos factos e dos seus autores, não lhe estando vedado fazer uma valoração e enquadramento jurídico diferentes, à luz do direito disciplinar, como se aponta em acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 26/06/2008 (processo n.º 03670/99).

Entendimento este que não prejudica a tutela judicial efetiva, na medida em que os meios de defesa do arguido, em processo penal, estão particularmente assegurados e os meios de investigação, são muito mais amplos e eficazes que os existentes em processo disciplinar.

5. Efeitos da suspensão do processo disciplinar

Outra questão que merece reflexão é a dos efeitos do decretamento da suspensão do processo disciplinar, por estar em curso processo-crime relativo a facticidade parcial ou totalmente idêntica.

A lei portuguesa, ao contrário de outras ordens jurídicas, não consagra uma imposição de suspensão do processo disciplinar, por virtude da instauração de processo penal relativo aos mesmos factos, mas a entidade dotada de competência disciplinar pode ordenar a suspensão existindo conveniência em garantir que a matéria de facto, que é comum, seja devidamente constatada no processo criminal e que a decisão proferida neste possa vir a produzir efeitos a nível de responsabilidade disciplinar, ou invocando os melhores meios de investigação e a prevalência das decisões judiciais, que podem aconselhar a que seja proferido despacho no processo disciplinar no sentido de se ficar a aguardar a decisão a proferir no processo penal que versa sobre os mesmos factos (Vasconcelos Abreu, op. cit.)

No artigo 37.º do RDPSP, estatui-se a independência do procedimento disciplinar relativamente ao procedimento criminal, que a absolvição ou condenação em processo-crime não impõe decisão em sentido idêntico no processo disciplinar, sem prejuízo dos efeitos que a legislação penal e processual prevê para as sentenças penais. Mas também que, sempre que o repute conveniente, a autoridade com competência disciplinar para punir pode determinar a suspensão do procedimento até que se conclua processo criminal pendente.

Da mesma forma, o artigo 5.º do RDGNR, reformulado em 2014, estabelece igualmente a independência do procedimento disciplinar relativamente ao procedimento criminal, ao passo que o respetivo artigo 96.º permite a suspensão do processo disciplinar, até que se conclua processo criminal pendente pelos mesmos factos, sempre que exista manifesta dificuldade na recolha de prova ou se repute tal medida conveniente para a administração da justiça disciplinar.

O que aqui mais releva, concretizando a apontada questão, é saber que efeitos tem esta suspensão relativamente ao prazo prescricional.

O Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei nº 58/2008, de 9 de setembro, que entrou em vigor no dia 01/01/2009, veio criar um regime mais favorável quanto à prescrição do que o previsto no ED do DL nº 24/84, de 16 de Janeiro, que veio a ser posteriormente mantido pela LGTFP, no respetivo artigo 178.º, n.º 5 [o procedimento disciplinar prescreve decorridos 18 meses, a contar da data em que foi instaurado quando, nesse prazo, o trabalhador não tenha sido notificado da decisão final].

Foi evidente a intenção do legislador no sentido de reformular o regime da prescrição, seja quanto ao direito de instaurar procedimento disciplinar, ao próprio procedimento disciplinar”, e também quanto à prescrição das penas disciplinares. Houve aqui claramente uma vontade de reforçar a tutela dos direitos do trabalhador/arguido.

Porque assim é, será a essa luz que temos de interpretar o atual artigo 178.º, n.º 6, da LGTFP, quando prevê que a prescrição do procedimento disciplinar se suspende durante o tempo em que, por força de decisão jurisdicional ou de apreciação jurisdicional de qualquer questão, a marcha do correspondente processo não possa começar ou continuar a ter lugar.

Permitiria esta norma à Administração decidir voluntariamente a suspensão dos autos até que o tribunal criminal se pronuncie, de forma definitiva, relativamente à prática de crimes?

A introdução do novo prazo visou imprimir maior celeridade ao processo disciplinar, sendo que admitir tal suspensão significaria abrir uma exceção de tal forma ampla que esvaziaria o sentido da inovação.

Assim, afigura-se dificilmente sustentável que, perante a existência em paralelo de um processo disciplinar e de um processo-crime, se permita à Administração determinar a suspensão do processo disciplinar, até à prolação de decisão transitada em julgado no processo crime, com concomitantes efeitos a nível da suspensão do prazo prescricional, beneficiando, assim, de um prazo muito mais amplo para a conclusão do processo disciplinar.

A citada norma refere-se à suspensão “*por força de decisão jurisdicional ou de apreciação jurisdicional de qualquer questão*”, o que não comporta a suspensão unilateral do processo disciplinar, para aguardar decisão transitada do processo-crime, antes apontando para aquelas situações em que uma determinada questão concreta tem, necessariamente, que ser apreciada judicialmente.

Estarão em causa aquelas situações em que a Administração se vê impedida de prosseguir com a instrução do processo disciplinar e que, por tal impedimento lhe ser alheio, beneficia da suspensão do prazo de prescrição.

Será esta a conclusão que se impõe em função da independência dos direitos e ilícitos disciplinar e criminal, que conduz à autonomia dos respetivos procedimentos.

6. Apreciação da relevância criminal dos factos no processo disciplinar

Na prossecução dos seus poderes/deveres, a entidade titular da competência disciplinar pode ter de se pronunciar sobre a relevância criminal dos factos integradores de faltas disciplinares, designadamente para efeitos de aplicação de prazo prescricional ou de lei de amnistia.

Nesta apreciação, a maior dificuldade resulta da circunstância do processo disciplinar visar o apuramento da responsabilidade funcional, sendo-lhe estranho apreciar se ocorre violação dos bens protegidos pelo direito criminal.

Contudo, a extensão à averiguação das faltas disciplinares do prazo mais longo de prescrição do procedimento criminal compreende-se ainda em homenagem às relações entre processo

disciplinar e processo penal e à eventualidade de, em situações limite, os resultados deste se repercutirem de modo determinante no sucesso daquele, sem prejuízo da sua autonomia e independência, como se afirma em Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 07/12/1995 (processo n.º 24/1995).

No exame da relevância criminal dos factos no processo disciplinar, para efeitos de prescrição / amnistia, não está em causa, como aí se pondera, a resolução imparcial de qualquer conflito de interesses e a realização do direito e da justiça, mas sim a prossecução do interesse público implicado no exercício do *ius puniendi* disciplinar, nos limites negativos a este introduzidos por uma lei de amnistia ou pela previsão legal do prazo prescricional, pelo que este exame não reveste natureza materialmente jurisdicional, de forma a justificar censura por usurpação de poder.

Ademais, esta qualificação dos factos como ilícitos criminais para os restritos efeitos da aplicação de lei de amnistia, ou do prazo mais longo de prescrição do procedimento criminal, cabe no artigo 109.º, n.º 1, do CPA, que prevê, sob a epígrafe 'questões que prejudiquem o desenvolvimento normal do procedimento', que o órgão competente para a decisão final, logo que estejam apurados os elementos necessários, conhece de qualquer questão que prejudique o desenvolvimento normal do procedimento ou impeça a tomada de decisão sobre o seu objeto.

Se se conclui pela aplicação do prazo de prescrição do procedimento criminal, a sua natureza é absorvida pelo procedimento disciplinar, pois a sua aplicabilidade é apreciada pelo órgão com competência disciplinar, e aquele passa a ser o prazo de prescrição do ilícito disciplinar.

Equacionemos, todavia, a possibilidade de um arguido ter sido acusado e pronunciado pela prática de determinado ilícito criminal, levando a concluir pela aplicação ao processo disciplinar do prazo prescricional daquela infração, sendo que mais tarde o arguido vem a ser absolvido, sem que se mostre findo o processo disciplinar.

Conforme decidiu já o Pleno da Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo, em acórdão datado de 27/11/1986 (processo n.º 017658), "[t]endo sido instaurado processo crime contra o arguido pelos mesmos factos que constituem a infração disciplinar, não pode considerar-se prescrito o procedimento disciplinar pelo decurso do prazo de três anos acima referido, pois uma eventual condenação no processo crime constituirá caso julgado no processo disciplinar quanto a existência e qualificação do facto punível (...) Assim, há que apurar qual a decisão final do processo crime para se poder decidir sobre a prescrição do procedimento disciplinar."

Neste caso, considerada a decisão final do processo crime, temos por certo que o prazo prescricional aplicável será o do procedimento disciplinar.

Sendo o tempo limitado, termino por aqui este levantamento de algumas das questões com relevantes implicações para o exercício da ação disciplinar, esperando que estas breves reflexões possam contribuir para uma discussão que se afigura oportuna.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/11aepv0ka/flash.html>

DO CONTROLO JURISDICIAL PELOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS DA DEFINIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS¹

Fernando Martins Duarte*

1. Poderes e limites;
 2. Actos praticados no exercício da função política e legislativa.
 3. Controlo jurisdicional de políticas públicas concretizadas em actos da administração.
 4. Auto-contenção do juiz.
- Vídeo.

“O quid specificum do acto jurisdicional reside em que ele não apenas pressupõe mas é necessariamente praticado para resolver uma questão de direito. Se, ao tomar-se uma decisão, a partir de uma situação de facto traduzida numa “questão de direito” (na violação do direito objectivo ou na ofensa de um direito subjectivo), se actua, por força da lei, para se conseguir a produção de um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa “questão de direito”, então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos, sim, perante um acto administrativo. (...) A distinção entre (a função jurisdicional e a função administrativa do Estado) “é de ordem teleológico-objectiva.” Professor Afonso Queiró, “A função administrativa”, Revista de Direito e de Estudos Sociais Vol. LVII, 1981.

1. Poderes e limites

De acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º 1, do CPTA, “no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação”. O julgar do cumprimento das normas e princípios jurídicos que vinculam a administração significa a afirmação de um princípio de plena jurisdição dos tribunais administrativos segundo o qual os tribunais administrativos detêm a plenitude dos poderes necessários ao exercício da função jurisdicional. E liga-se ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, afirmado no artigo 2.º, n.º 1, do CPTA, nos termos do qual todo o tipo de pretensões podem ser deduzidas em juízo detendo as partes “o direito de obter, em prazo razoável, e mediante um processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado” tais pretensões “bem como a possibilidade de” as “fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.”

¹ Texto, atualizado em julho de 2016 para o presente e-book, que serviu de base à participação do autor na mesa redonda subordinada ao tema “Políticas públicas e Tribunais Administrativos”, realizada no CEJ, no dia 8 de maio de 2015, no âmbito dos “Temas de Direito Administrativo”.

* Juiz de Direito, Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa.

Os tribunais administrativos integram a função jurisdicional (artigos 202.º, n.ºs 1 e 2 e 212.º, n.º 3, da Constituição) pelo que aplicam a lei e o direito na resolução de litígios. A sua teleologia é (apenas) a aplicação da lei e do direito na resolução de litígios. E se detêm todos os poderes necessários a essa aplicação, tais poderes contudo terminam aí onde acaba o campo de aplicação da lei e do direito.

Não cabe aos tribunais administrativos apreciar, e como refere a parte final do n.º1 do artigo 3.º do CPTA, a conveniência ou oportunidade da actuação da administração.

Também o artigo 71.º do CPTA com a epígrafe “poderes de pronúncia do tribunal” separa entre o que são questões de direito que cabe ao tribunal apreciar e decidir e o que já não são questões de aplicação do direito e sobre as quais já não caberá ao tribunal pronunciar-se. Assim, refere aquele artigo no n.º 2 que “Quando a emissão do acto pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do acto a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido.”

De igual forma o artigo 95.º com a epígrafe “Objecto e limites da decisão” do Tribunal Administrativo estatui no n.º 5 que “Quando no processo tenha sido deduzido pedido de condenação da Administração à adopção de actos jurídicos ou comportamentos que envolvam a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, sem que a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma actuação como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do acto jurídico ou do comportamento a adoptar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração.”

Há pois que distinguir entre o que é jurídico, o que é aplicação e interpretação do direito, do que é oportunidade, conveniência e do que são valorações próprias do exercício da função administrativa. No primeiro caso o Tribunal tem plenitude de poderes, no segundo impõe o princípio da separação de poderes que não se imiscua.

*

2. Actos praticados no exercício da função política e legislativa

A definição e orientação estratégica da actividade administrativa com vista à realização de determinados objectivos de melhoria de aspectos económicos, sociais ou estritamente políticos de determinada comunidade é feita primeiramente por via normativa (por lei ou decreto-lei). Essa definição primária ou em primeiro grau de metas e objectivos, de orientações em matérias como a energia, a saúde, o ordenamento do território, o ambiente, os transportes, o orçamento e as finanças públicas, a educação é feita em primeiro lugar pelo Governo e pelo Parlamento. A definição pois das políticas públicas é feita no âmbito das funções política e legislativa do Estado. Assim, o controlo jurisdicional pelos tribunais administrativos da definição das políticas públicas, enquanto tais, não tem sido admitida como regra atento o disposto no artigo 4.º, n.º 3, alínea a), do ETAF (na actual redacção, anterior 4.º,

n.º2, alínea a) do ETAF) que estabelece que “Está nomeadamente excluída do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objecto a impugnação de: a) Actos praticados no exercício da função política e legislativa.”

Por exemplo, nos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de Setembro de 2013 (Processo n.º 397/13) e de 6 de Fevereiro de 2014 (Processo 706/13) decidiu-se **em matéria de políticas públicas de ordenamento do território** que “As estatuições contidas no Anexo I do artigo 4.º da Lei n.º11-A/2013, de 28 de Janeiro, **que concretizam a agregação de freguesias**, no cumprimento das determinações paramétricas da Lei n.º 22/2012, de 30 de Maio, não são actos administrativos contenciosamente impugnáveis, nem normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo. O conhecimento da sua impugnação **está excluído da competência dos tribunais administrativos** (artigo 4.º, n.º 2, a), do ETAF).”

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de Abril de 2015, relativo ao processo 729/14 decidiu-se **em matéria de políticas públicas de natureza financeira** que “A criação e manutenção da contribuição extraordinária de solidariedade (CES), através do artigo 78.º da Lei do Orçamento de Estado de 2013 e depois do artigo 76.º da Lei do Orçamento de Estado de 2014 e da Lei n.º13/2014 que alargou a sua base de incidência, constitui uma opção que se insere num objecto mais amplo, o da determinação das regras do Orçamento do Estado, exprimindo a vontade política do Governo, sob proposta do qual a Assembleia da República aprovou as Leis nas quais as normas se incluem, no exercício da função legislativa (artigos 112.º, n.º1 e 161.º, alínea g), da CRP).

Está excluída do âmbito da jurisdição administrativa a impugnação dos actos praticados no exercício da função política e legislativa, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 2, alínea a), do ETAF.”

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Setembro de 2014 relativo ao processo n.º 926/14 decidiu-se **em matéria de política pública de administração territorial do sistema de justiça** o seguinte: “A jurisdição administrativa é incompetente “ratione materiae” para conhecer de processo cautelar onde se peticiona a suspensão de eficácia de alegados actos contidos nos artigos 3.º, 4.º, n.º 3 (com referência ao Anexo III), 64.º, alíneas c) e t), 104.º e 117.º todos do Decreto-Lei n.º 49/2014 (extinção da Comarca do Alentejo Litoral – Santiago do Cacém) dado que tais actos não são actos materialmente administrativos sob a forma de lei antes constituindo ou corporizando, no quadro da reorganização do sistema judiciário, a vontade política, primária e inovadora do Governo no exercício da sua função legislativa (artigo 112.º, n.º 1 e 198.º, da CRP).”

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 31 de Janeiro de 2012 relativo ao processo n.º 901/11 decidiu-se **em matéria de política pública financeira** que “As prescrições dos n.ºs 1, 4, 8 e 9 alínea r) do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (normas da Lei do Orçamento de Estado para 2011 que consagraram a redução remuneratória dos “funcionários públicos” em sentido amplo) são normas, não comportam qualquer acto administrativo, e estão contidas num acto praticado no exercício da função legislativa cuja impugnação está excluída do âmbito da jurisdição administrativa (artigo 4.º, n.º 2, a) do ETAF).”

*

3. Controlo jurisdicional de políticas públicas concretizadas em actos da administração

O controlo jurisdicional ocorre contudo quando as políticas públicas são implementadas, são concretizadas, através de actos (normativos ou administrativos) da administração, no exercício estrito da função administrativa, discutindo-se então a inconstitucionalidade ou ilegalidade dos concretos actos (normativos ou administrativos) concretizadores de uma específica política pública. Discute-se então a conformidade de tais actos com o bloco de legalidade. Incluindo as normas princípio (relativas aos princípios gerais a que está sujeita a actividade administrativa nos termos do disposto nos artigos 266.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição e 4.º a 19.º do Código do Procedimento Administrativo) e os direitos fundamentais (que devem ser preservados por todos os poderes). Em sede de impugnação de tais actos por meio das respectivas acções administrativas e processos cautelares de suspensão de eficácia dos mesmos actos, a discussão a ter lugar deve/tem de ser baseada em argumentos e raciocínios estritamente jurídicos e não em argumentos políticos ou de utilidade, proveito, conveniência ou oportunidade. Porque aqui o Tribunal não poderá interferir.

Assim, por exemplo, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de Maio de 2014 relativo ao processo 70/14 decidiu-se o seguinte: “Em face da instrumentalidade da suspensão de eficácia, o tribunal materialmente competente para a apreciar é o que tiver competência para a acção principal.

Sendo o processo principal uma acção administrativa especial para anulação de actos que mensalmente processam uma subvenção de acordo com a redução determinada pelo artigo 34.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013, compete aos tribunais administrativos conhecer do pedido de suspensão de eficácia desses actos.

Tendo os referidos actos um destinatário concreto perfeitamente identificado, cuja situação individual visam regular, é manifesta a sua natureza de actos administrativos – e não normativos – que não sofre qualquer alteração pelo facto de aqueles corresponderem à implementação de uma disposição da Lei do Orçamento, dado que a função administrativa, onde eles se enquadram, é sempre secundária”.

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Setembro de 2014, relativo ao processo 623/14 decidiu-se em matéria **de políticas públicas de emprego público/financeiras** o seguinte: “Os tribunais administrativos são competentes “ratione materiae” para conhecer de processo cautelar onde se peticiona a suspensão de eficácia do despacho do Director-Geral da Administração da Justiça que, em execução da Lei n.º 68/2013, procedeu à fixação do período normal de trabalho dos funcionários de justiça nas secretarias dos Tribunais Judiciais, secretarias do Ministério Público e nas secretarias dos Tribunais Administrativos e Fiscais, já que se trata de acto jurídico normativo de carácter administrativo e não legislativo”.

Na decisão recorrida em cujo recurso o STA proferiu aquela decisão tinha sido decidido o seguinte (que se transcreve por se afigurar útil ao ilustrar da dificuldade do que por vezes está

em causa): “Ao estabelecer-se que a duração do período normal de trabalho dos trabalhadores em funções públicas é de 8 horas por dia e 40 horas por semana, o acréscimo da duração do tempo de trabalho destes trabalhadores operou *ex lege* (artigos 2.º, 3.º e 10.º da Lei n.º68/2013), não carecendo de mediação de qualquer acto administrativo para dever ser imposto e observado pelos respectivos destinatários.

Não cabe à jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objecto a impugnação de actos praticados no exercício da função política e legislativa, em conformidade com o disposto na al. b) do n.º2 do artigo 4.º do ETAF,” (AC. TCA Sul de 20/02/2014, processo 10706/13).

Nos Acórdãos do STA de 31 de Outubro de 2007 (relativo ao processo 0471/07) e de 2 de Dezembro de 2009 (relativo ao processo 0438/09) **apreciou-se não a questão da co-incineração dos Resíduos Industriais Perigosos enquanto tal (cujo regime havia sido estabelecido por Resolução do Conselho de Ministros, Lei e Decreto-Lei) mas analisou-se o pedido de suspensão de eficácia** do despacho do Ministro do Ambiente que, no âmbito do concreto procedimento relativo ao licenciamento da actividade de resíduos industriais perigosos no Centro de Produção de Souselas, dispensou o procedimento de avaliação de impacto ambiental (no primeiro caso) e **os pedidos de suspensão de eficácia** dos seguintes actos: decisão de concessão da licença ambiental proferida pelo Presidente do Instituto do Ambiente em 15 de Novembro de 2006, decisão de concessão da licença de instalação proferida pelo Vice-Presidente do Instituto dos Resíduos em 24 de Novembro de 2006 e a decisão de concessão de licença de exploração n.º2/2008/DOGR proferida pela Sub-Directora Geral da Agência Portuguesa do Ambiente em 24 de Janeiro de 2008 (no segundo caso). Nos dois casos no STA nenhuma das providências foi decretada por falta de *periculum in mora*.

No Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 18 de Dezembro de 2014, relativo ao processo 11571/14 (processo cautelar que o município de Idanha a Nova intentou contra o Ministério da Educação formulando o pedido de suspensão de eficácia do despacho proferido pelo Secretário de Estado do Ensino e da Administração Escolar de 19 de Junho de 2014, mediante o qual foi aprovada a concentração dos alunos em algumas escolas do 1.º ciclo, determinando o encerramento da Escola Básica da Relva na freguesia de Monsanto,) em matéria pois de gestão do parque escolar, decidiu-se o seguinte: “Um acto administrativo (artigos 120.º do CPA e 51.º do CPTA), que dê ou não corpo a opções tomadas em regulamentos administrativos ou em actos legislativos, é sindicável jurisdicionalmente por esta jurisdição (a jurisdição administrativa) ao abrigo do artigo 212.º da Constituição, dos artigos 1.º e 4.º do ETAF e dos artigos 50.º e seguintes e 112.º e seguintes do CPTA, simplesmente porque é um acto administrativo.”

*

4. Auto-contenção do juiz

O desafio que se coloca aos Tribunais administrativos é, deste modo, por um lado não denegar justiça naquilo que na implementação de políticas públicas é jurídico, é (ainda) aplicação de

direito (de todo ele, de todo o bloco legal aplicável) e, ao mesmo tempo (e por outro lado), não ultrapassar a linha e entrar no que são já valorações próprias da função administrativa como a realização de escolhas quanto ao caminho a seguir ou quanto ao aferir se determinadas circunstâncias são mais ou menos propícias a algo, ou se são mais ou menos vantajosas ou têm mais ou menos utilidade, ou se são mais ou menos oportunas, aí onde o direito aplicável confere à Administração a possibilidade de escolher entre alternativas, confere um espaço de liberdade de actuação, uma autonomia de escolha de entre várias possibilidades de actuação juridicamente admissíveis. Contudo a margem de livre decisão da administração “nada tem nada a ver com áreas de exercício livre”² ou arbitrária da função administrativa. Pois aquele espaço de liberdade de actuação administrativa conferido pela lei encontra-se limitado pelo bloco de legalidade³ e não constitui um espaço de possibilidade de arbítrio não normativamente dependente. Encontrando-se o órgão administrativo perante um cenário de alternativas conferido pelo direito que implica a realização de uma escolha, limitando e condicionando essa escolha encontram-se designadamente os princípios gerais relativos ao exercício da função administrativa, como os princípios da prossecução do interesse público, da igualdade, da proporcionalidade, da imparcialidade e da boa fé e bem assim o respeito pelos direitos fundamentais. E aí já o Tribunal pode e deve apreciar.

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de Maio de 2014, relativo ao processo n.º 1412/13 apontou-se a auto-contenção do juiz administrativo como forma de evitar o desrespeito do princípio da separação de poderes. Aí decidiu-se o seguinte:

I – A adopção de medidas cautelares positivas ou antecipatórias caracterizam-se por alterarem interinamente um determinado status quo originando uma composição provisória da lide, o que implica que o seu deferimento esteja subordinado a um *fumus boni iuris* mais apertado (alínea c) do n.º1 do artigo 120.º do CPTA), que **exige do juiz administrativo auto contenção, para evitar que possam contender com o princípio da separação de poderes e com limites estruturais das próprias providências cautelares.**

II – Por força do princípio da separação de poderes, a intervenção cautelar substitutiva ou condenatória do juiz administrativo depara-se com um limite fundamental, não podendo substituir-se à Administração ou violar o núcleo essencial da sua autonomia, no âmbito da escolha discricionária dos interesses ou valorações técnicas que lhe estão reservados por lei.

III – Decorrendo da lei lata margem de apreciação e valoração próprias quer para o Ministério da Defesa determinar em cada ano o número de vagas consoante as “necessidades de formação” relativas a áreas profissionais de especialização, quer para o Ministério da Saúde cativar as vagas solicitadas atendendo às “capacidades formativas” e sem prejuízo das “necessidades do Serviço Nacional de Saúde”, o tribunal não pode, mesmo em sede de acção principal, condenar o primeiro a solicitar e o segundo a cativar a vaga da especialidade médica pretendida pelo requerente.

² David Duarte, A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça, in Estudos da Provedoria de Justiça, Lisboa, 2008, pp. 35 e ss..

³ Assim Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral, Tomo 1, página 183.

IV – Mesmo sem os limites apontados decorrentes do princípio da separação de poderes, a satisfação da pretensão do recorrente em sede cautelar significaria esgotar o objecto da acção principal ou ir para além do que aí se poderia obter, pondo-se em causa as características da provisoriedade e da instrumentalidade das providências cautelares”.

Auto-contenção por um lado por forma a não entrar nunca na apreciação da conveniência ou oportunidade de actuação da Administração, mas por outro lado, grande exigência na verificação do direito aplicável na resolução dos “litígios emergentes das relações jurídicas administrativas” por forma a, em cumprimento do disposto no artigo 3.º, n.º 1, do CPTA julgar, em plena jurisdição, “do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos” (todos eles) “que a vinculam”.

*

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/wvdnqhu69/flash.html>

Título:

Direito e Processo Administrativo

Ano de Publicação: 2016

ISBN: 978-989-8815-38-5

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt