

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

10

DEZEMBRO 2019

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

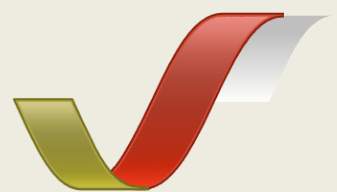
É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

Índice

- DIREITO PROCESSUAL
- 005** *O ser e o dever ser na prova testemunhal*
Fernando Bastos, Juiz de Primeira Instância
- DIREITO FISCAL
- 049** *O regime de IVA nas empresas municipais de recolha de resíduos urbanos*
Pedro Marinho Falcão, Advogado
- DIREITO FISCAL
- 055** *O IVA nos subsídios de limpeza urbana*
Adriana Monteiro, Advogada
- INTERNACIONAL
- 069** *Challenges of providing care for the urban elderly in Ghana*
Daniel Nikoi Kotei, Assistente Social
- DIREITO CIVIL
- 145** *(Con)vivência em condomínio e o barulho da vizinhança*
Angelina Teixeira e Lidia Raquel Silva, Advogadas
- DIREITO PENAL BRASILEIRO
- 165** *Teoria do cenário da bomba relógio no combate ao terrorismo*
Leonardo Alves de Oliveira
- DIREITO DESPORTIVO
- 171** *Natureza jurídica da FIFA como sujeito de direito internacional*
José Vincenzo Procopio Filho, Advogado
- DIREITO FISCAL ANGOLANO
- 191** *Renascimento dos assentos no direito fiscal angolano*
Naldemar Miguel Lourenço, Mestre em Direito
- DIREITO CONSTITUCIONAL ANGOLANO
- 201** *Breve comentário sobre a fiscalização da constitucionalidade em Angola*
Naldemar Miguel Lourenço, Mestre em Direito
- DIREITO DA CONTRATAÇÃO
- 219** *CCP – A bússola através do preâmbulo*
Angelina Teixeira, Advogada
- DIREITO DA NACIONALIDADE
- 263** *Análise multifacetária da dupla nacionalidade*
José Vincenzo Procopio Filho, Advogado
- DIREITO DO ARRENDAMENTO
- 283** *Programa de arrendamento (in)acessível*
Angelina Teixeira e Ana Pimenta, Advogadas
- PROFISSÕES FORENSES
- 309** *Exercício profissional de advogado e AE*
Lia Raquel Silva, Advogada
- DIREITO BANCÁRIO
- 309** *Responsabilidade dos bancos por comunicação à CRC: via contratual*
Angelina Teixeira e Vítor Pinho Ferreira

índice

- DIREITO PROCESSUAL
- 005** *O ser e o dever ser na prova testemunhal*
Fernando Bastos, Juiz de Primeira Instância
- DIREITO FISCAL
- 049** *O regime de IVA nas empresas municipais de recolha de resíduos urbanos*
Pedro Marinho Falcão, Advogado
- DIREITO FISCAL
- 055** *O IVA nos subsídios de limpeza urbana*
Adriana Monteiro, Advogada
- INTERNACIONAL
- 069** *Challenges of providing care for the urban elderly in Ghana*
Daniel Nikoi Kotei, Assistente Social
- DIREITO CIVIL
- 145** *(Con)vivência em condomínio e o barulho da vizinhança*
Angelina Teixeira e Lídia Raquel Silva, Advogadas
- DIREITO PENAL BRASILEIRO
- 165** *Teoria do cenário da bomba relógio no combate ao terrorismo*
Leonardo Alves de Oliveira
- DIREITO DESPORTIVO
- 171** *Natureza jurídica da FIFA como sujeito de direito internacional*
José Vincenzo Procopio Filho, Advogado
- DIREITO FISCAL ANGOLANO
- 191** *Renascimento dos assentos no direito fiscal angolano*
Naldemar Miguel Lourenço, Mestre em Direito
- DIREITO CONSTITUCIONAL ANGOLANO
- 201** *Breve comentário sobre a fiscalização da constitucionalidade em Angola*
Naldemar Miguel Lourenço, Mestre em Direito
- DIREITO DA CONTRATAÇÃO
- 219** *CCP – A bússola através do preâmbulo*
Angelina Teixeira, Advogada
- DIREITO DA NACIONALIDADE
- 263** *Análise multifacetária da dupla nacionalidade*
José Vincenzo Procopio Filho, Advogado
- DIREITO DO ARRENDAMENTO
- 283** *Programa de arrendamento (in)acessível*
Angelina Teixeira e Ana Pimenta, Advogadas
- PROFISSÕES FORENSES
- 309** *Exercício profissional de advogado e AE*
Lia Raquel Silva, Advogada
- DIREITO BANCÁRIO
- 309** *Responsabilidade dos bancos por comunicação à CRC: via contratual*
Angelina Teixeira e Vítor Pinho Ferreira



O ser e o dever ser na prova testemunhal

Fernando Bastos

Juiz de Primeira Instância

SUMÁRIO: O Depoente e o Juiz; As percepções e os factos; O ser e o dever ser; O ser da prova e o ser Juiz; A dialética e a razão; A razão da verdade; Conclusões.

INTRODUÇÃO

O estudo que desenvolvemos não se destina obviamente a criar métodos de trabalho, mas ao desenvolver o tema proposto “*o ser e do dever ser na prova testemunhal*”, sinto-me inexoravelmente atraído a expor as minhas pessoais emoções, que naturalmente não serão novidade. Mas são humanas, demasiadamente humanas e aqui vertidas como resultante dos anos de experiência profissional e longas horas passadas em salas de audiência.

São palavras que tentam dizer o que sinto e creio. Quase íntimas. Não necessitam de doutrina e jurisprudência para se afirmarem, mas tão só da verdade de mim clivado no destino de vida a que me propus. Julgar os outros.

Por isso atrevo-me a narrar numa primeira vertente expositiva, algumas resultantes da minha carreira de mais de vinte anos de magistratura.

Nesta experiência de vida, aprendi a subverter as emoções, continuando emotivo; a dominar a angústia e a afastar as certezas, tentando iludir as aparências, para que melhor me aproxime da verdade.

Hoje já não sei se sou juiz homem ou homem juiz, porque tudo faz parte de um todo. Sei, todavia, que há ainda um longo caminho de aprendizagem nesta área de conhecimento.

A evolução talvez passe pela psicologia do testemunho ou até pelo esvaziamento das próprias salas de audiência, quiçá substituídas por debates informais onde a razão se recolha da própria discussão e tudo se observe onde os factos realmente aconteceram.

Pressionados pelo grande volume de trabalho, raros são os magistrados que se dispõe à reconstituição dos factos, mesmo em situações nunca por nós dispensadas, como por exemplo os acidentes de viação onde principalmente se pretenda discutir a culpa.

Esta resignação, quase dolorosa, em basear a prova no confronto testemunhal é o reflexo da justiça do nosso tempo que clama por rapidez, números e estatística.

Esquece-se que a injustiça agudiza o confronto que por sua vez conduz à litigância. Sendo evidente que se julga acertadamente muitas mais vezes do que se erra, bastaria o sofrimento de um único injustiçado para investir num sistema de justiça cada vez mais seguro e fiável.

O caminho não será apenas o excesso de garantismo através de leis demasiadamente permissivas ou reformas processuais acutilantes.

O caminho que conduz ao êxito terá sempre de ser o da formação.

Formação cuidada, séria e consciente de todos os operadores judiciais, para que se interiorize a enorme dificuldade de encontrar a aparência mais aproximada da verdade (porque a absoluta não existe já que desaparece com o próprio facto), pedra angular do julgamento das atitudes dos nossos semelhantes sempre que mereçam reprovação social tutelada por uma lei.

A prova testemunhal impõe-se imperialmente na descoberta desse caminho e como não podia deixar de suceder, deve ser cuidadosamente tratada.

Como juiz formador temos alertado repetidamente os nossos formandos da necessidade “da descoberta do espaço cultural onde a testemunha se insere”, perscrutando os seus objetivos, interesses e conivências, “acompanhando-a” se necessário for, ao banco de jardim onde calmamente com ela possam dialogar.

Ao conseguir transportar aquele simples banco para a sala do tribunal, o juiz alia-se à racionalidade de quem depõe, captando as essências que normalmente passam despercebidas num simples relato dos factos.

Este perceber além das palavras é muitas vezes decisivo na aferição da lógica do que aconteceu e constitui a nosso ver a argamassa que solidifica a motivação.

A angústia da descoberta e o receio de errar jamais deixarão de existir, mas serão tanto mais domináveis quanto maior for a capacidade de percecionar através dos outros a aparente verdade de cada um. Só assim o facto terá sido o que dele se afirma na decisão que o imponha.

É a esta virtude - a percepção da verdade - e por todos aqueles que diariamente por ela lutam, a quem dedico o presente estudo.

O DEPOENTE E O JUIZ

O homem não existe somente por ter o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é a razão.

A razão ergue-se sobre a espuma das emoções, dos sentimentos e das crenças. Subjetiva-se e impõe-se perante outros como afirmação da realidade interiorizada, ainda que o estado de alma donde emergiu seja apenas reflexo dos vetores pessoais onde a percepção se formou.

Nesta metamorfose que transforma pedaços de vida em consciência do que foi vivido, joga-se a angústia e o drama da verdade.

Tantas vezes aquela pioneira razão, incendiada por argumentos retóricos subtilmente construídos, jaz inerte no sepulcro das incertezas. Subvertida na aparente lógica dos acontecimentos, convola-se em si mesma e converte-se mais ou menos conscientemente numa outra razão qualquer, já não tão credível e segura como a primeira.

Esta dicotomia entre o facto perceptível e a realidade do facto á a ponte por onde atravessa a razão da descoberta.

Dizemos “razão da descoberta” porque também aqui há uma lógica de apreensão que se desenvolve numa primeira fase, a nível processual, com descrições, imputações e refutações, para que daí se retire o núcleo da discussão e num segundo momento, toda a dialética narrativa desenvolvida entre as testemunhas e o julgador na tentativa de demonstrar e impor a verdade plausível.

Se a independência do juiz está exatamente na sua capacidade de julgar através do captável; no seu método próprio, cultura, sentido, racionalidade e destreza na perceção das coisas, também a testemunha “julga” o facto com a verdade própria que constrói sobre ele. O relato que apresenta sobre a realidade que interiorizou surge trespassado de sentimentos, emoção e crenças que conformam a sua humanidade e tantas vezes, os vetores socioculturais onde se insere.

A constante superação do “ser juiz” e “motivação” pela verdade de quem a diz, que portanto não se vê, antes se sente, arrasta muitas vezes a imensa angústia do inalcançável, ou seja, a da verdade absoluta. O certo é que o processo terminará sempre na verdade possível.

Ao interpretar, o juiz revela as suas mais íntimas convicções, não só na procura da norma e sua incidência no caso concreto, mas também, antes disso, no devir naturalístico do próprio facto.

Posso afirmar (porque o sinto) que o juiz quando interpreta jamais é neutro.

Não corresponde à realidade (por evidente hipocrisia) a ideia expressa pelos racionalistas mais apegados, quando afirmam que “*o juiz é um ser acima das paixões*”, sendo um mero intermediário entre a norma em abstrato e a solução concreta do caso.

Não é assim. O juiz envolve-se.

Reprime o confronto com uma subtilidade de olhar ou atitude mais firme. Encobre dúvidas com posturas de saber e quantas vezes permite a mentira para melhor fundamentar o que pensa ter sido verdade.

O juiz não deixa de ser uma testemunha dos factos testemunhados, comungando, ainda que reflexamente, das paixões, ódios e dramas que perante si se desenvolvem.

Por isso mesmo as suas ambivalências sensoriais são mais abrangentes e complexas. Tem de decidir perante o que lhe dizem e não em razão do que viu. A sua convicção ergue-se dos questionamentos conflitantes através de caminhos lógico-dedutivos, demasiadas vezes perenes de factos que conduzam à aparente certeza que se procura.

A decisão que emerge deste amplexo nunca será alheia à força do temperamento do julgador, à sua própria formação, das influências que recebe da sociedade onde se integra, ou numa palavra, da cultura do seu tempo.

A justiça do caso concreto é o resultado deste fenómeno pessoal e interior daquele que julga, que apreciou os factos através da sua específica reflexão, do seu saber, experiência e humanidade.

Tal qual duas pessoas distintas não captariam a realidade de determinado facto de forma exatamente igual, também o juiz através das suas ambivalências pessoais, é conduzido pela pessoalidade da sua convicção. Ou seja, a justiça será sempre a justiça na perspetiva daquele que julga.

Esta interação entre o juiz e testemunha, filtrado o ruído dos interesses contrapostos, deve ser um caminho dialético, constante e dinâmico, que por vezes não se satisfaz tão só no que é afirmado, mas também nas subtilezas do próprio testemunho.

As dificuldades não se resumem no aceitar se determinada versão dos factos narrada pela testemunha é ou não plausível. Antes disso é necessário perceber o sentido das próprias palavras, já que a capacidade discursiva não é linear, mas antes afetada por inúmeras condicionantes que podem truncar a própria intenção narrativa.

Esta interação discursiva deve ser sempre dirigida à lucidez comunicativa, sendo muitas vezes necessário conduzir a própria testemunha a critérios aferidores dos factos que se propõe narrar, colocando-os “de novo” perante si para que “os veja” e relate tal qual os percebeu e não (conforme repetidamente acontece), em consonância com o que alguém lhe disse sobre eles.

Portanto, este binómio narrativo quase nunca é singelo. Não é imediato em termos de descrição intuitiva. Antes precisa de ser filtrado de toda a turbulência, para a essência que referimos seja captável tratada e motivada no processo reflexivo do juiz.

A interação discursiva é própria da atividade humana e em regra é pautada em termos de audiência final pelo princípio da imediação. Daí que as reações psico- comunicacionais que advém a cada testemunha pela sua presença física em tribunal, sendo variáveis, conformam um fator muitíssimo importante no conhecimento dos factos que se propõem relatar.

Num âmbito diferente, mas também apontando algumas destas contingências, a Professora Paula Costa e Silva, num estudo realizado sobre o processo experimental – Dec. Lei n.º 108/2006 de 08/06, comentando a possibilidade de apresentação de “depoimento por escrito” (conforme o previa o art.º 12.º), e que também o art.º 422.º do atual regime processual

consente dentro de determinadas circunstâncias, escreve em nota de rodapé (11), o seguinte:

“Se já a troca de um coletivo de juízes por um gravador dá que pensar quanto à valoração da prova constituenda, pergunta-se se deve considerar-se que a percepção do tribunal e a convicção que forma durante o depoimento de uma testemunha são irrelevantes. Não se diga que o juiz pode determinar a renovação do depoimento na sua presença assim se garantindo a fidedignidade da prova. Uma coisa são as circunstâncias de que o juiz experiente se apercebe num depoimento prestado à sua frente, outra, aquilo que pode perceber-se olhando para um papel”.¹

A explícita vinculação da testemunha no juramento por sua honra, “dizer a verdade e só a verdade”², deixa perceber alguma incongruência, que leva imediatamente ao questionamento do que será a própria verdade.³

Seria de repensar se não seria preferível o comprometimento da testemunha “em não mentir”, conforme de algum modo pode colher-se do disposto no §395 do Código Processo Civil Alemão (ZPO).

A captação dos factos por quem os observa é antes de tudo um fenómeno cultural imprimido pelas particulares sensações e deduções de quem os sente ou vê. Daí retira o seu pessoal significado, estabelecendo a fronteira da “sua verdade”. A tudo isso tem ainda de conjugar as vicissitudes da decorrência do tempo.

¹ SILVA, Paula Costa, “A Ordem do Juízo de D. João III e o Regime Processual Experimental” – novembro 2007, publicado no Portal da Ordem dos Advogados – www.oa.pt.

² Independentemente da crítica que possa recolher a expressão do art.º 459.º n.º 2 do CPC “*Juro por minha honra que hei de dizer toda a verdade e só a verdade*”, existe claro benefício para a produção da prova testemunhal que a testemunha diga em voz alta a fórmula do juramento, devendo seguidamente ser advertida das consequências de faltar a esse dever. A prática reiterada e apressada de interpelação da testemunha com o questionamento “jura dizer a verdade e só a verdade, não é”? Ao que a testemunha responde simplesmente: - Juro, deve ser evitada (até porque não obedece ao critério legal).

³ Sobre esta temática consulte-se PIRANDELLO, Luigi, “*Para cada um a sua verdade*”.

Significa que a plausibilidade do acontecimento conforme sensitivamente o captou e tratou no âmago do seu processo volitivo, deve ser recriado e repetido no ambiente hostil e formal da sala do tribunal.

No tribunal afere-se a sua idoneidade e põe-se em causa a consideração tantas e tantas vezes de modo brusco e inopinado, não só em busca de uma maior certeza, mas também e principalmente, segundo o interesse controvertido da parte contrária.

É principalmente neste plano que se exige a intervenção moderadora do julgador.

O juiz aqui mais do que nunca deve ser proactivo. Refutando o arbítrio e primando pela elegância, sem que com isso deixe de ser firme e incisivo na busca das razões de ciência da testemunha. Deve conseguir “descer” até ela, protegendo-a e guiando-a para que alcance a clarividência do seu relato.

Devemos ter presente que a memória de um acontecimento não é um relato objetivo, mas uma reconstrução do vivido em si afetado por múltiplos fatores.

O estado emocional da testemunha, não só aquando os factos, mas também no presente, quando os relata, pode distorcer a realidade de um acontecimento que já decorreu. Também o passar do tempo como fator memória é propício a maior dúvida e confusão. A incerteza torna-se ainda maior quando habilmente, as questões sugestivas da parte contrária, fazem o trabalho de demolição da credibilidade do testemunho, perante a dolorosa passividade de um juiz que a isso permita.

Embrenharmo-nos demasiado na psicologia do testemunho, extravasaria em excesso o âmbito do presente estudo.

As indicações aqui deixadas representam apenas sensações e alguns reflexos de fenómenos apreensíveis que correntemente sucedem no decorrer de uma audiência.

No binómio juiz – testemunha, busca-se essencialmente a descrição objetiva de determinada ocorrência.

A testemunha (idónea) apresenta a sua interpretação do que viu, sentiu e captou. Mesmo tendo vivido o facto ou estando presente aquando o seu dever, é sempre necessário que se perceba da possibilidade de existirem diferentes perspetivas, diversos atributos sensoriais e distintas sensibilidades narrativas, que recriam no mesmo espaço-tempo a pessoal verdade de cada um, que pode divergir da do outro e sem que com isso falte “à verdade” a que se obrigou.

Basta até a decorrência de diferentes formas de questionamentos para que as narrativas que se esperavam semelhantes se afastem em particularidades que podem fazer a diferença.

Ao juiz resta ver, ouvir e interpretar o testemunho. Na sua incessante busca da verdade plausível procura as valências onde irá edificar os alicerces da sua convicção.

Afinal, poderá alguém “dizer toda a verdade e só a verdade”?

Para nós, a verdade absoluta é inalcançável. Nasce e dissolve-se no próprio dever.

A minha motivação surge e solidifica-se no convencimento da testemunha não ter mentido, ainda que por processos lógico-dedutivos acabe por não aceitar a realidade por si relatada.

Repetindo Luigi Pirandello, a cada um a sua verdade, ou na nossa muito querida valência lusitana, através do expressivo texto de Fernando Pessoa:

“Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um

critério idêntico ao do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade”⁴

É óbvia a similitude com o diálogo interno do juiz, perante as “diferentes verdades” por si percebidas, necessitando de ser tratadas através da reflexão, onde a argúcia e as máximas de experiência desempenham um papel muitas vezes decisivo para o encontro da razão.

Mais adiante voltaremos a este assunto.

AS PERCEÇÕES E OS FACTOS

Já referimos a dicotomia por vezes existente entre o facto perceptível e a realidade do facto.

É uma discussão antiga embrenhada de conceitos filosóficos, onde no limite leva a questionar a existência de coisas reais independentes da consciência (idealismo subjetivo), surgindo toda a materialidade como pré-configuração da ideia que dela fazemos. Ou numa outra vertente (ceticismo), onde a certeza não existe e por isso nada se pode saber como verdade. E em vertente oposta (materialismo) onde apenas a matéria constitui realidade tangível e por isso mesurável, tal como as diversas forças que origina. Daí que o pensamento e as próprias sensações sejam uma resultante da matéria, que no limite, molda a individualidade de cada ser.

Antes de avançarmos perante as fronteiras cognitivas da apreensão e realidade factual, supomos útil perscrutarmos o excelente trabalho deixado por Werner Heisenberg, quando teorizou sobre os diferentes níveis de realidade, cada um deles correspondendo a diferentes modos de subjetividade⁵, dependentes e interdependentes de processos de conhecimento.

⁴ PESSOA, Fernando (Bernardo Soares), “Obra Poética – Europa América – 1986., pág. 47”

⁵ HEISEMBERG, Werner (prémio nobel da física em 1942) “*In Manuscripto – 1942 pág. 142 e seguintes*” – disponível em Google-books.pt.

Para Heisenberg, a realidade “*é a flutuação contínua da experiência, tal como é recolhida pela consciência*”, ou seja, segundo este processo, a realidade nunca poderia reconduzir-se à substância. Entre a percepção e o facto entrepõe-se sempre o processo volitivo do conhecimento como captação perante as pessoais características do sujeito que o interioriza.

Afirma Heisenberg que “*a realidade sobre a qual podemos falar, nunca é a realidade em si mesma, mas apenas uma realidade, acerca da qual, em muitos casos, podemos ter conhecimento – uma realidade à qual demos forma*”.

Na verdade, a ideia básica da nossa existência, consiste na abertura do ser ao mundo que o rodeia, é experiência do outro, ao próprio comportamento perante os diversos acontecimentos naturais e humanos.

É através desta experiência que ficamos a saber até que ponto a intuição das coisas e dos fenómenos pode ser partilhada com as mesmas valências emocionais, os mesmos conteúdos e o mesmo significado.

Sensorialmente ao perscrutarmos a realidade, tendencialmente intui-se a certeza da sua existência. Não sobra espaço para uma margem reflexiva de engano, mas antes uma consciente tomada de posição sobre o que efetivamente se vê, e sente.

Conforme afirma Christian Scharfetter⁶, “*Tudo o que é percebido é inserido num conjunto estruturado. No processo da atual génese, recolhemos configurações e totalidades estruturadas. A parte recebe a sua importância e o seu sentido do conjunto, através da ação do campo da totalidade, que é mais do que a soma das partes. Tendemos a completar configurações incompletas e a tornar claras as que o não estão*”

⁶ CHARFETTER, Christian, “Introdução à Psicopatologia Geral” – Manuais Universitários – Climpesi Editores – pág. 220/221

Em sentido epistemológico, Maria Clara Calheiros⁷, entende existirem três teorias quanto à questão da natureza da verdade a que se chega no processo judicial:

A teoria semântica da verdade – que entende a verdade como uma ideia de *correspondência*, através da qual se assume a verdade como adequação de um enunciado à realidade que representa; *a teoria sintática da verdade*, que entende a verdade como ideia de *coerência*, na qual se aceita a verdade do enunciado como resultante da sua integração coerente com um conjunto de enunciados; *a teoria pragmatista da verdade*, baseada em razões de eficácia, onde o enunciado é assumido como verdadeiro, mas tão só se for justificadamente aceitável, não só quando sirva para algum fim (*tendência instrumentalista*), mas também quando aceite por um auditório (*tendência consensualista*).

Seja como for, a resultante das considerações relatadas parece conduzir a uma mesma conclusão. A ocorrência de um acontecimento representa sempre uma qualquer alteração no mundo das coisas ou das pessoas, pois adquirem novas realidades através da sua capacidade cognitiva de compreender, sentir e expressar as suas percepções.

Porém, enquanto o facto se extingue no seu próprio devir, sendo desprovido de qualquer aculturação prévia porque existe apenas em si, a percepção que dele retiramos resiste no tempo e flutua sob o apanágio emotivo-cultural de quem o viveu ou presenciou.

É recriado redesenhado e até completado na imagem que de si ficou do todo que o tempo absorveu.

Entre as percepções e os factos existem apenas aproximações de verdade, mais ou menos seguras em razão das capacidades cognitivas de cada um, do conjunto de pessoas que o presenciaram e do espaçamento temporal que mediou a sua decorrência.

⁷ CALHEIROS, Maria Clara, “Prova e Verdade no Processo Judicial – Aspectos Epistemológicos e Metodológicos” – Revista do Ministério Público n.º 114 – abril/junho de 2008, pág. 71 a 75.

No fundo, estamos sempre dependentes para a compreensão dos outros e das coisas, dos conceitos pré-estabelecidos. Dispomos das inerentes categorias para organizarmos as nossas experiências.

A dificuldade da captação da verdade absoluta é tanto mais evidente quando admitimos a variabilidade dos conceitos entre os sujeitos, o que conduz à evidente impossibilidade de assentar em critérios pré-definidos que traduzam e demonstrem de modo seguro e irrefutável a certeza absoluta como o facto ocorreu.

Este sistema concetual embora tendente à uniformização através da criação de estereótipos socioculturais, sofre inflexões e deflexões de acordo com a específica natureza relacional das pessoas entre si e com as coisas que as rodeiam, aparece muitas vezes obliterado pela pessoalidade.

Esta individualidade, típica do ser humano, obedecendo a regras de conduta que são apanágio da convivência social, deixa larga margem para a aculturação da personalidade e correspondente capacidade de “ver “ e “sentir”, diversificando o arbítrio sobre as pessoas e as coisas.

Seguramente poderá tão só afirmar-se que as imagens que a memória produz sobre a ocorrência de um facto são reais para a pessoa que o interioriza. Porém, mesmo sabendo-se que outros indivíduos podem recriar imagens desse mesmo acontecimento, nunca podemos atingir a perfeita sintonia entre elas. O mesmo é dizer que embora a verdade absoluta se insinue nos meandros reflexivos do ser, perde imediatamente a sua sincronia pela captação sensitiva do real (primeiro momento) e pelo relato da realidade interiorizada (segundo momento).⁸

Noutra vertente, é também claro que o preconceito influi de sobremaneira a perceção dos factos, criando tendencialmente no observador a recolha de valores estruturantes da sua consciência, que o leva a supor e

⁸ O sentido desta conclusão está presente em DAMÁSIO, António in “*O Erro de Descartes – Emoção, Razão e Cérebro Humano*” – Publicações Europa América, pág. 113 e seguintes.

concluir por um determinado resultado, mesmo que do próprio acontecimento não recolha critérios seguros para essa afirmação.

Luisela de Cataldo Neuburger, na sua excelente obra *Psicologia della Testimonianza e Prova Testimoniale*, coloca exatamente em ênfase este aspeto ao referir:

“La ricerca sociopsicologica ha anche evidenziato che i soggetti tendono a correlare le caratteristiche fisiche con i tratti della personalità e che la distorsione percettiva aumenta se il soggetto esprime giudizi su situazioni o cose che disapprova. Ad esempio, secondo Tagiuri e Petrullo (1958) esisterebbe una diffusa tendenza ad attribuire qualità comportamentali negative alla gente di pelle scura, qualunque sia la razza. Questo pregiudizio può involuntariamente indurre la vittima a distorcere la sua percezione dell’aggressore per includere tratti fisici che essa associa con i tratti della personalità tipici del comportamento criminoso”.^{9 10}

Estas generalizações (em regra, superficiais) são geradas por estereótipos muito próprios de aculturações sociais que levam por vezes à distorção factual pela irracionalidade das crenças que alimentam o preconceito.

Exatamente por isso influi de sobremaneira na formação do próprio raciocínio, impregnando-o de valores pré-adquiridos.

Conforme exemplarmente se recolhe da obra de Reginald Rose, adaptada ao cinema pela composição magistral de Sidney Lumet intitulada “*12 Angry Men*”, no preconceito, a afetividade embaraça a razão, tolhendo os próprios mecanismos da percepção, levando o sujeito a “compor” a ideia do real com a irreabilidade do seu pensamento.

⁹ NEUBURGER, Luisela de Cataldo “*Psicologia della Testimonianza e Prova Testimoniale*” – Collana Di Psicologia Giuridica e Criminale diretta da Guglielmo Gulotta – Giuffrè Editore – 1988; pág. 74.

¹⁰ Relembre-se ainda sobre a mesma temática a obra-prima realizada e dirigida por Sidney Lumet em 1957 “*12 Angry Men*”, adaptada da peça para TV de Reginald Rose.

Por tudo o que dissemos, a dicotomia entre percepção e facto terá sempre natureza existencial e necessitará ser trabalhada através da argúcia e do conhecimento da psicologia do testemunho, se e quando necessária para a descoberta da verdade plausível.

O SER E O DEVER SER

Montado o cenário onde o drama da prova se desenvolve e subida a cortina da cena, preparemo-nos para assistir ao “ser” e “dever ser” de quem depõe quanto aos fatos que relata.

Porém, antes disso supomos útil considerar os critérios ontológicos da norma e do facto onde se integra.

Nesta abordagem propomo-nos traçar uma bissetriz entre a “*verdade pessoal da testemunha*” e a “*verdade do próprio facto*”, através da distinção que o positivismo jurídico nos trás entre o “ser” e o “dever ser”, segundo a Lei de Hume e através das teorias de Jeremy Bentham; Kelsen e John Austin.¹¹

¹¹ **David Hume** (Nasceu em Edimburgo, em 26/04/1711 e faleceu na mesma cidade em 25/08/1776) foi um filósofo, historiador e ensaísta que se tornou célebre por seu empirismo radical e seu ceticismo filosófico. Ao lado de John Locke e George Berkeley, Hume compõe a famosa tríade do empirismo britânico, sendo considerado um dos mais importantes pensadores do chamado iluminismo escocês e da própria filosofia ocidental. Hume opôs-se particularmente a Descartes e às filosofias que consideravam o espírito humano desde um ponto de vista teológico-metafísico. Assim Hume abriu caminho à aplicação do método experimental aos fenômenos mentais. Sua importância no desenvolvimento do pensamento contemporâneo é considerável. Teve profunda influência sobre Kant, sobre a filosofia analítica do início do século XX e sobre a fenomenologia.

Jeremy Bentham (Nasceu em Londres em 15/02/1748 e faleceu na mesma cidade em 06/06/1832) foi um filósofo e jurista. Juntamente com John Stuart Mill e James Mill difundiu o utilitarismo, teoria ética que responde todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade. Conhecido também pela idealização do Pan-optismo, que corresponde à observação total, a tomada integral por parte do poder disciplinador da vida de um indivíduo. Em 1789, concebeu o Pan-óptico, que foi pensado como um projeto de prisão modelo para a reforma dos encarcerados. Mas, por vontade expressa do autor, foi também um plano exemplo para todas as instituições educacionais, de assistência e de trabalho, uma solução econômica para os problemas do encerramento e o esboço de uma

Para Jeremy Bentham, há uma nítida distinção entre o que as leis são e aquilo que as leis devem ser.

Segundo Bentham o Direito sempre acaba por ser o resultado de uma decisão, de uma opção política reportada a um tempo, mas sempre conformada pelo princípio da utilidade.

Esta visão positivista de compreender o Direito é teorizada por Bentham no seu *“A Fragment on Government”*, perante uma distinção básica nos sistemas da *Common Law* entre *the Expositor and Censor*, enfatizada na expressão *“the existence of the law is one thing, its merit or demerit another”*, partindo de uma diferenciação entre o *“The Expositor of Law – who explains what the law is and shows what the Legislator and Judge have done ”* e o *“Censor – who instructs us what the law ought to be”*.

sociedade racional. Bentham foi quem primeiro utilizou o termo *deontologia* ('deon', dever + 'logos', ciência) para definir o conjunto de princípios éticos aplicados às atividades profissionais.

Hans Kelsen (Nasceu em Praga em 11/10/1881 e faleceu em Berkeley em 19/04/1973). Jurista e filósofo dos mais importantes e influentes do século XX. Foi um dos produtores literários mais profícuos de seu tempo, tendo publicado cerca de quatrocentos livros e artigos, com destaque para a Teoria Pura do Direito (*"Reine Rechtslehre"*) pela difusão e influência alcançada. É considerado o principal representante da chamada Escola Normativista do Direito, ramo da Escola Positivista. Judeu, Hans Kelsen, foi perseguido pelo nazismo e emigrou para os Estados Unidos, onde viveu até seus últimos dias e onde exerceu o magistério na Universidade Californiana de Berkeley onde veio a falecer. Sofreu severas críticas por parte das correntes filosóficas não-juspositivistas, posto que sua teoria pura do direito limita o conhecimento jurídico, enquanto objeto de estudo científico, à sua dimensão estatal, mais precisamente à norma, apartando da discussão sobre o direito a própria realidade histórica que o circunda e que o origina. De acordo com essas críticas, a teoria de Kelsen não permitiria o estudo das relações entre normas jurídicas e os valores sociais (moral e ética). Vê-se, pois, que o pensamento de Kelsen não fazia unanimidade. Apesar disso, os princípios fundantes de seu raciocínio jurídico-científico permitiram o desenvolvimento da análise lógica entre leis e técnicas jurídicas, e hoje são bastante respeitados, servindo de base para muitas das instituições jurídicas que sustentam o dogmatismo jurídico ideal.

John Langshaw Austin (Nasceu em Lancaster, em 28/03/1911 e faleceu em Oxford em 08/02/1960) foi um filósofo da linguagem britânico que desenvolveu uma grande parte da atual teoria dos atos de discurso. Filiado à vertente da Filosofia Analítica interessou-se pelo problema do sentido em filosofia Alinhou-se com Ludwig Wittgenstein, preconizando o exame da maneira como as palavras são *usadas* para elucidar seu significado. Entretanto, o próprio Austin considerava-se mais próximo da filosofia do senso comum de G.E. Moore. Elaborou um estudo sobre conceitos de verdade e falsidade, qualificando os atos de fala como sendo verdadeiros ou falsos a depender da descrição que é feita. Iniciou as ideias sobre o *performativo*, onde o falar implica num fazer, diferenciando estes atos de meras descrições, porque nada descreviam, nada relatavam, etc. – Fonte: wikipedia.org.

Portanto, a tarefa do “expositor” é a afirmação (segundo a aceção tomada), do que é o Direito. A do “censor” é o encontro da ideia do que o Direito deve ser.

O “expositor” incide a sua tarefa na afirmação ou inquirição dos factos. O “censor” da discussão das razões de “ter de ser assim”.

Enquanto o primeiro objetiva o seu labor segundo o trinómio “apreensão, memória e juízo”, o segundo subjetiva tais valores em termos de prazer ou desprazer, flutuando os seus paradigmas na corrente das afeições.

Conforme opina José de Sousa Brito ¹², *“A distinção entre ser e dever ser está assim, na base da própria ideia de uma ciência do direito - expositiva- ou positiva, que pode ser claramente separada da ética ou da filosofia política. Da melhor possível das leis nada se pode deduzir acerca daquilo que o Direito é. Não se pode, de uma má lei, deduzir que não se trata de uma lei. Mas a aplicação da distinção entre ser e dever ser à distinção entre o Direito tal como ele é, e o Direito tal como deve ser, implica também fazer sentido dizer que o direito é de algum modo um facto que pode ser apurado e determinado – ou seja, o estabelecimento de uma lei pode dizer-se um facto, pelo menos para o propósito de distingui-lo de qualquer consideração que possa ser oferecida como razão para tal lei”*.

Este pensamento repristina a estrutura geral do argumento de David Hume quando afirma:

*“A razão é a descoberta da verdade ou da falsidade. Consiste a verdade ou a falsidade no acordo ou desacordo, quer com as reais relações das ideias, quer com a existência real e a matéria de facto”*¹³

¹² BRITO, José de Sousa “Hume’s Law and Legal Positivism” – In Memoria del X Congreso Mundial Ordinário de Filosofia Del Derecho Y Filosofia Social – México – Universidad Nacional Autónoma de México – 1982, pág. 245 a 265.

¹³ HUME, David “Treatise of Human Nature – Disponível em ebook – Book III – Secção I – www.gutenberg.org.

Há em Hume uma certa tensão entre o cerne das emoções que inquina a razão e a fundamentação da matéria de facto que não deixa de refletir esse estado de alma.

Segundo este pensador, das ideias emergem conceitos apriorísticos, pré-estabelecidos, que se conjugam no tratamento do facto com as crenças e juízos de sequência.

Há na verdade em qualquer apreensão do real um constante juízo de sequência que se estabelece em cada sujeito perante os vetores socioculturais que comunga.

O facto “é” segundo aquela ideia que dele se fez. Há no sujeito que observa uma implícita crença de “ser assim”.

Contudo, o “dever ser” daquele mesmo facto insinua-se perante uma razão que não necessita de experiência anterior, mas apenas (se tal fosse possível) da estanque objetividade do seu devir.

Para que o “ser” encontre a razão do “dever ser” teria de se despir de todas as suas vestes de anterioridade, afastando a necessidade da experiência para a sua implícita afirmação.

No conceito de David Hume, são o hábito e o costume que dominam as nossas crenças, embaraçando a prevalência da própria razão.

“Sem a influência do costume, ignoraríamos completamente toda a questão de facto que está fora do alcance dos dados imediatos da memória e dos sentidos”¹⁴

Ou seja, e aqui segundo Leibniz, na sua “*Monadologia*”¹⁵, extrai-se que as verdades racionais são verdades lógicas e necessárias, como as da

¹⁴ HUME, David “*Investigação Acerca do Entendimento Humano*” – São Paulo – Nova Cultura – 1999, pág. 63.

¹⁵ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm “*Monadologia* – São Paulo – Abril Cultura – 1979 e “e-book – www.filonet.pro.br.

matemática. Ao decompor tais verdades em ideias mais simples, pode encontrar-se a sua causa original.

Este reconhecimento afasta-se das verdades de facto ao afirmarem-se como “contingências”. Emergem do mundo das experiências, tendo por base ou causa os fenómenos e ocorrências da vida.

Ou seja, as verdades de facto revelam aquilo que é, mas também o que poderia não ser, ou ser de outra forma.

Esta conceção dualista do positivismo, seguida por David Hume, Jeremy Bentham, John Austin e outros (sendo célebre a expressão proferida por este último Autor, muito apreciada e usada pelos partidários do positivismo jurídico - *a existência de uma lei é uma coisa, seu mérito ou demérito outra* -), contrapõe Kelsen¹⁶ a sua interpretação monista sobre aquele movimento.

Neste enfoque, a interpretação de Kelsen sobre aquela expressão é da impossibilidade de se conseguir uma definição ética ou politicamente orientada do Direito. Para que tal tarefa fosse possível, seria necessário avaliar o Direito e as avaliações são “*simples expressões de atitude*”.

Avançando o seu raciocínio, Kelsen oferece-nos a sua distinção entre o *SEIN* e o *SOLLEN*, afirmando que ninguém pode negar a afirmação:

Tal coisa é. – Ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático.

Porém, esta narração distingue-se de um outro enunciado:

Algo deve ser. – Mediante o qual descrevemos uma norma.

Assim, a circunstância de “*algo ser*”, não se segue que “*algo deva ser*”, assim como de “*algo deva ser*”, não se segue que “*algo seja*”.

¹⁶ **Hans Kelsen** nasceu em Praga em 11/10/1881 e faleceu em Berkeley em 19/04/1973, jurista e filósofo com notória influência no séc. XX para o desenvolvimento da ciência do Direito, em especial com a publicação da sua obra de referência “*Reine Rechtslere*” (*Teoria Pura do Direito*). É considerado o expoente máximo da escola normativista do Direito (um dos ramos da escola do positivismo jurídico). – Fonte: www.wikipédia.

Fazendo a transposição deste princípio para o depoimento da testemunha, atrevemo-nos a estabelecer similitudes.

Assim, observemos que a verdade interiorizada pela testemunha, convola-se em si, no seu “ser” (*Sein*). Porém e conforme já vimos, sendo a verdade factual inatingível em termos absolutos (porque foi algo que já ocorreu no mundo das coisas), não impede que se afirme e se defina como o “dever ser” (*Sollen*) da sua própria existência.

Consequentemente, a verdade relatada sobre um facto que nesta perspectiva representa o “ser” que a testemunha nos diz, distingue-se do “dever ser”, ou seja, da verdade absoluta (substancial) do próprio facto.

A circunstância da testemunha afirmar a “sua verdade”, não significa que mesmo dizendo a verdade, essa “seja a verdade” do facto que representa, assim como a verdade com que o facto ocorreu, não se segue que seja a verdade com que é relatado.

Esta dicotomia compreende-se quando se admita que a “verdade” poderá ser afinal a concordância entre um facto ocorrido na realidade sensível com a ideia que fazemos dele.

As considerações acabadas de expor justificam que se aborde uma questão, que talvez tenha já deixado de o ser, que é a distinção entre a “verdade formal” e “verdade substancial”.

A “verdade formal” ao contrário da “verdade substancial” é a refletida no processo e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial.

Constitui, portanto, uma “ficção” da verdade enquanto verosimilhança da verdade substancial.

Contudo, já Chiovenda criticava esta distinção, que acaba por não ter um efeito relevante e prático no direito processual.

Diz o insigne Mestre:

*“Juridicamente a vontade da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. Nem esta afirmação do juiz pode chamar-se uma verdade formal, porque supõe um confronto entre o que o juiz afirma e o que poderia afirmar. O direito não admite essa confrontação, e nós ao buscar a essência de uma instituição jurídica, devemos colocar-nos no ponto de vista do direito”*¹⁷

No mesmo sentido, Carlos Rangel Dimarco, afirma:

“A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda em qualquer processo (a segurança jurídica como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode ter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos factos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores definidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ónus da prova, sem, contudo, alterar os critérios para a sua distribuição”.¹⁸

A ideia de se atingir, através do processo, a verdade real (absoluta), sobre determinado acontecimento, não passa de uma mera utopia.

Em consonância com o já afirmado, a reconstrução de um facto ocorrido no passado, vem revestido pela roupagem subjetiva dos sujeitos que a ele

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe – “*Instituições de Direito Processual Civil*” – Vol. I – Bookseller, 1998, pág. 73

¹⁸ DIMARCO, Carlos Rangel “*A Instrumentalidade do Processo*” – 14.^a Edição – Malheiros – 2009, pág. 335.

assistiram e ainda da imersão valorativa do juiz na procura da evidência concreta.

Esta dupla valência transforma o facto em verdade processual que é tanto mais trabalhada quanto mais abundantes os meios e formas de conhecimento.

Sempre há uma interpretação formulada sobre o facto - ou sobre a prova direta que daí deriva – que altera o seu real conteúdo, apresentando-lhe um toque pessoal, uma subtileza advinda de clivagens intuitivas e não percecionadas de favorecimento ou preconceito, que por vezes são suficientes para distorcer a realidade, caso não sejam reconduzidos à insignificação pela perspicácia e argúcia de quem a tem de valorar.

Como juiz homem autorizo-me a dizer que a angústia da procura dissolve-se na razão prática do convencimento, sendo a motivação sempre gerada por um processo de encontro.

Encontro com a verdade relatada, interiorizada, refletida e tratada pela lógica dedução do homem juiz.

Conforme disse Voltaire: *“aquele que ouviu dizer a coisa de doze mil testemunhas, não tem mais do que doze mil possibilidades, iguais a uma forte possibilidade, que, contudo, não é igual à certeza”*¹⁹

Ou como também diz Piero Calamandrei quando teoriza sobre a verdade:

“Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com o seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Hão-de notar duas paisagens completamente diferentes que vos há-de parecer impossível que o modelo tenha sido um só. Podeis dizer que um deles traiu a verdade?”^{20 21}

¹⁹ STRAUSS, David Frederico “Voltaire” – Biografias Gandesa – 1955, pág. 174

²⁰ CALAMANDREI, Piero “Eles os Juízes, vistos por nós os Advogados”, pág. 99.

Estabelecidas estas distinções, subjaz, contudo, a questão principal.

Como integrar estas noções do processo civil?

Até que ponto pode conduzir-se o “ser” da testemunha que diz a “sua verdade” sobre a preteridade de um facto, com a verdade do que realmente aconteceu?

A nossa conclusão deve ser pragmática e resumida a uma única expressão:

Não se conduz. Apenas se interpreta.

Esta experiência é conseguida através de conceitos de *verosimilhança*, que se obtém através de *máximas de experiência*, ou seja, a ideia ou conclusão que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece.

Trata-se de processos lógicos dedutivos que sendo certo não deixarem de traduzir uma aculturação com o mundo das pessoas e das coisas, transmitem um sentido de normalidade de convivência social, de racionalidade aferida pelo natural comportamento do homem em si e perante os outros.

Temos por certo que cada um destes vetores mais não são do que pequenas luminárias de intuição, que podem sofrer oscilações no seu brilho, ou até mesmo extinguirem-se, pelo sopro da excecionalidade do facto.

De qualquer modo, será sempre necessário ter presente que a decisão judicial não revela a verdade dos factos, mas apenas impõe como verdade, certos elementos que a decisão toma por pressupostos (chamando-os de verdade), mesmo ciente que as perceções transmitidas, recolhidas e tratadas jamais serão a verdadeira essência daquele acontecer.

²¹ RANGEL, Rui “A Prova e a Gravação da Audiência no Direito Processual Civil” – Edições Cosmos, 1998, pág. 81 (citando Calamandrei in “*Processo e Giustizia*”, in Atti del Congresso Internazionale del Diritto Processual Civil. Pádua, 1953.

A máxima que deve presidir a todo este trabalho de exegese é a de que *“a verdade por si só é impossível de atingir”*.

A *verdade fática* assim conseguida, é conforme diz Luigi Ferrajoli:

*“Como em todas as inferências indutivas, também na inferência historiográfica e na judicial, a conclusão tem, portanto, o valor de uma hipótese de probabilidade, na ordem da conexão causal entre o facto aceite como provado e o conjunto dos factos adotados como probatórios. Sua verdade não está demonstrada como sendo logicamente deduzida das premissas, mas só logicamente provável ou logicamente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução”*²²

Portanto e para concluir este segmento discursivo, é necessário ter-se presente que no campo da atividade jurisdicional, é tarefa inglória adquirir-se a *“verdade substancial”*. Jamais o julgador poderá obter este ideal e menos ainda impor a sua pessoal e absoluta convicção de o ter alcançado.

Todavia o direito processual não se desdobra em meras utopias e para que se afirme, necessita impor-se pela tangibilidade da sua eficácia.

Assim, pela atividade do processo cuida-se conseguir um resultado *“verosimilhante”*, uma conclusão para o caso concreto que racionalmente seja idónea em desconverter o litígio, gerada na convicção do juiz de a decisão obtida constituir a realidade mais próxima da verdade a que ele pôde chegar.

Colocada em crise a *“verdade material”* (conceito absoluto e inatingível), a própria interligação com a *“verdade formal”* perde sentido e utilidade prática de distinção, até pela fluidez da sua própria definição.

A própria *“verosimilhança”* engloba uma noção de ordem aproximativa. Uma apreensão de possibilidade, sem que contudo deixe de ser uma afirmação orbitada no conceito ideal de verdade.

²² FERRAJOLI, Luigi *“Direito e Razão”*, pág. 55e 56.

A verdade substancial que se diz como finalidade probatória do processo esvai-se na subsunção percetiva do facto e não sobrevive como conceito silogístico da integração do facto com a norma.

Caso existisse a possibilidade prática de se conseguir alcançar a verdade material, a aplicação do direito aos factos seria somente um mero critério de preparação técnica, já que a relatividade inerente a diferentes critérios subjetivos de apreciação da prova deixava de ser justificável.

O SER DA PROVA E O SER JUIZ

Liebman²³ afirmou que *“para as partes provar, significa firmar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de factos relevantes para o processo. Para o juiz, a atividade probatória tem o fim de levar ao conhecimento da verdade acerca desses mesmos factos”*²⁴.

Do texto transcrito surpreende-se uma realidade que não poucas vezes, para um observador mais atento, é detetada na decorrência da produção da prova testemunhal.

Existe na verdade uma encapotada preocupação com o perfil e postura do “ser juiz”, que se por um lado justifica uma retração enunciativa dos factos relatados pelas testemunhas (juiz demasiado interventivo e autoritário), por outro lado também permite uma superabundância factual ou controvérsia das partes ou dos seus representantes, perante alguma passividade do julgador (juiz contemplativo).

Embora no ideal e independentemente da posição de cada parte em defesa da “sua verdade”, a atividade probatória devesse ser unida, dentro de estritos critérios de cooperação, o que acontece (em especial quando a isso

²³ Enrico Tullio Liebman, nasceu em Lviv (Ucrânia) em 1903 e faleceu em Milão em 1986. Foi professor de Direito Processual Civil nas universidades de Sassari e Parma. Foi um dos maiores defensores da teoria eclética do Direito de Ação. – Fonte: www.Wikipédia.pt.

²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio *“Lezioni di Diritto Processuale”* – Milano A. Giuffrè, 1951, pág. 40

se permite), é uma constante exasperação com o que o outro diz, numa tentativa de derrear as próprias evidências.

Esta tentativa de apego ao perfil do julgador não deixa de criar distorções nas diversas interiorizações da “verdade factual”, criando aparências e levando a induções desajustadas da produção da prova.

Num outro enfoque, também a qualidade e experiência dos causídicos apresenta relevante influência, não só aquando a produção da prova testemunhal, como também (em momento anterior), na clarividência narrativa dos articulados e sequente preparação probatória para a audiência de discussão da matéria de facto.

A questão qualitativa dos causídicos é tanto mais relevante quanto menor for a proatividade do juiz na apreciação e julgamento da causa.

Sendo a equidistância um requisito que deve pautar a atitude do magistrado, não implicará nem muito menos justificará na dinâmica processual do nosso tempo, uma tendente atitude de passividade, relegando-se para a discussão final, vicissitudes que podiam, e deviam ser resolvidas durante a decorrência da ação.

Temos por seguro que o “ser juiz” de hoje é bem distinto do “ser juiz” de antanho, não só pela afirmação das questões de fundo sobre as particularidades formais, mas essencialmente pelos reforçados poderes de gestão processual que lhe foram conferidos, em especial, após a reforma incutida do âmbito do processo civil pelos Dec. Lei nºs. 329-A/95 de 12/12 e 180/96 de 25/09.

O que acabamos de dizer não significa, porém, a preterição ou diferenciação valorativa que sempre ocorre entre causídicos (conforme obviamente também sucede com os próprios magistrados).

Sendo o juiz uma testemunha dos factos testemunhados, evidentemente que o “saber expor” e reunir a matéria factual é fator relevantíssimo na

tramitação e preparação da causa para julgamento, porque é nela e através dela que o juiz assenta a proatividade que confere a cada processo.

No entanto, parece-nos evidente que aquela diferenciação valorativa perdeu atualmente algum conteúdo em razão das dinâmicas de gestão processual que no presente são disponibilizadas ao juiz, em especial pela possibilidade da consideração oficiosa de uma panóplia de factos, conforme resulta do art.º 5.º do CPC, que submergem os pretéritos conceitos do nosso saudoso e insigne mestre Professor José Alberto dos Reis.

No fundo, esta exegese que conforma o “ser juiz” de hoje, representa uma tentativa de “nivelamento” na produção da prova, equacionando a matéria factual perante as próprias partes, não só em razão do que afirmaram, mas também segundo o que deixaram de dizer.

Ao fazê-lo, o juiz aproxima-se dos interesses controvertidos, sem que com isso perca o equilíbrio da equidistância.

Bem pelo contrário, caso não usasse dessa proatividade, permitiria que o “saber fazer” de uma das partes permitisse que o “devia ter feito” de outra, se tornasse uma fatalidade pela preclusão do conhecimento.

Esta conclusão não significa qualquer preterição de alegação dos sujeitos, no sentido de melhor definir o conhecimento oficioso das questões processuais permitidas pela lei, ou que seja permitido ao juiz exorbitar as suas competências, invadindo a substancialidade dos factos para além do limite imposto pelo n.º 2 do referido preceito.

Significa tão só a tentativa de focalização do essencial para que se atinja o limite possível de captação do “ser probatório”.

É portanto uma decorrência metodológica, uma afirmação significativa do interesse do conhecimento dos factos, um diálogo com o próprio processo no sentido de o “ser juiz” apontar os caminhos da cooperação, verdade e lealdade, minorando dentro do possível e sob o paradigma dos comportamentos de boa-fé que a parte vencedora não seja tão só a que

apresentou maior destreza técnica, mas sim aquela a quem há de reconhecer-se razão.

Não pretendemos no âmbito deste trabalho, entrar nas essências do método captativo do depoimento através da variabilidade de conceitos que advém da psicologia do testemunho e muito menos, na distinção dos fatores psicossociais que por vezes influenciam de sobremaneira a narrativa testemunhal.²⁵

A nossa discussão desenvolve-se dentro das fronteiras do “ser”, na tentativa de perceber quão árdua é a tarefa de aproximar a verdade processual da verdade real.

O “ser juiz” não é uma realidade estanque, mas também uma variável emotiva que se conjuga no processo e nos atos com a procura do “ser probatório”.

Esta conjugação na perspetiva do “ser juiz” é contingente com a específica formação do “juiz homem”, através de um percurso de vida, académico e essencialmente de aculturação à própria função.

Quanto maior a fragilidade do “ser juiz” mais relevante será a influência dos fenómenos perturbadores da cativação da verdade plausível, mais afastada ficando a possibilidade de obter o “ser probatório”.

Embora se deva entender que se mostram algo subvertidas pelas vicissitudes culturais da passagem do tempo e diferentes dinâmicas relacionais, não resistimos à tentação de transcrever uma passagem belíssima do que seria o entendimento do “ser juiz”, segundo o pensamento do professor Theodor Sternberg,²⁶ na terceira década do Séc. XX.

²⁵ Neste âmbito, sugere-se o excelente e recente estudo preconizado por Luís Filipe Pires de Sousa (Juiz de Direito), na sua obra “*Prova Testemunhal*” – Almedina 2003.

²⁶ Theodor Hermann Sternberg, nasceu em Berlim em 05/01/1878 e faleceu em Tokyo em 18/04/1950, filósofo e jurista, tendo oferecido importante contributo para o desenvolvimento da *civil law* no Japão (país que acolheu para o desempenho de instrutor e leitor de algumas das mais importantes universidades, com destaque para a Meiji University).

Afirmou este ilustre Professor:

“La profesión de juez no sólo requiere grandes capacidades, exige también una gran resignación. El juez debe mantenerse alejado de las luchas y penalidades exteriores de la vida; no puede conquistar nada ni luchar por nada más que por su caudal espiritual, por la constante putificación y perfeccionamiento de su consciência y de su talento. No tiene en las manos ningún objeto durable, cuya prosperidade pueda depararle alegrías, cuyo progreso pueda alentarle, alegrarle; además, no puede aspirar a hacer fortuna, ni a alcanzar honores. Debe resistir a la desaprobación de la gentes, y desinteresarse de su aprobación. El juez no debe ser popular. Cuando investiga y cuando juzga, él solo es a la vez el Pueblo y el Estado, cargando com toda la responsabilidade del Estado...la labor de su autoeducación y de su administración judicial, es puramente íntima. Aun en su actuación no puede tampoco dejar translucir este processo interior, ni puede llegar a la creación visible de estas luchas y anhelos, como, por ejemplo, hace el poeta. El juez es un sacerdote, que no puede ni predicar ni hacer sacrificios. Debe acercarse hasta lo más profundo de los hombres y penetrar tan profundamente, que el criminal sentado em el banquillo pueda considerar como acto de rendición lleno de simpatia e íntima compreensão la sentencia que le condena a una pena grave...El eflúvio de la sabiduria y de la justicia en actos e palavras desprovistas de ostentación es la essência de la actividad, sabiduria y equidad judiciales, que cuando não são negadas, som pocas estimadas por los ombres entregados a sus negócios. La injusticia goza de mayor interés. Lo subversivo es maldecido, pero respetado también. El espíritu del juez ejerce su influencia conservadora e creadora de uma manera abstrata e ignota, como el espíritu de la Divinidad”²⁷.

Estas palavras quase com um século de existência e que hoje nos fazem sorrir, devem também deixar uma vincada mensagem do isolamento e

²⁷ STERNBERG, Theodor Hermann “Introducción Á La Ciencia Del Derecho” – Coleccion Labor – Segunda Edición – 1940 (tradução em castelhano do original).

angústia do “ser juiz” na sua constante tarefa de encontro com o “ser probatório”.

É desta pessoal osmose que emerge a verdade afirmada, imposta como reconstrução de algo passado que, legitimada em nome do povo e pelo poder do Estado dita as consequências presentes dos respetivos comportamentos.

A DIALÉTICA E A RAZÃO

A dialética emerge da discussão e procura incessantemente pelo diálogo uma razão, um caminho de encontro não só com a lógica dos outros, mas também com a nossa própria essência.

Não deixa, contudo, de ser em si uma afirmação, mas não inócua, antes resultante do confronto das ideias, da interação cultural que o conhecimento incute, procurando impor-se através de um percurso de afirmações e refutações, como verdade comumente aceite.

Não interessa aqui traçar um percurso histórico-concetual da definição, evolução e afirmação da dialética, sendo suficiente que se indique, para melhor identificação e posicionamento do conceito, a célere alegoria da caverna que nos foi deixada por Platão, dentro da sua ideia de evolução espiritual dirigido à verdade da percepção das coisas e dos factos.

Na alegoria, Platão dispõe (desde o nascimento) um certo número de humanos no fundo de uma caverna, acorrentados, de costas voltadas para o exterior, de modo a que apenas lhes seja possível divisar as suas próprias sombras, bem como as de animais, objetos plantas e coisas do mundo tangível.

Aquelas pessoas interiorizam as sombras como realidades do seu próprio conhecimento, nominando-as e interpretando-as como verdades absolutas e delas criando as certezas das suas ideias.

Num dado tempo, é permitido a um dos humanos (a quem Platão denomina filósofo), que se livre das suas grilhetas e caminhe para a saída da caverna em direção da luz, para que sinta e perceba a sua fulgência como realidade interativa com as sombras que sempre e apenas viu, bem como as coisas e objetos antes representados nas paredes da caverna.

Esta “nova realidade” apenas captada pelo libertado, é incompatível com “a verdade dos outros” que permanecem acorrentados, para quem a “verdade” é apenas a das sombras que sempre e unicamente viram.

Retira-se da alegoria a necessidade de reflexão sobre as aparências.

Na verdade, somos prisioneiros dos nossos vetores culturais, dos conceitos e informações que fomos recolhendo durante a vida que projetamos nas pessoais experiências.

Para que o conhecimento se solidifique e se imponha como razão plausível, será sempre necessário “sair da caverna” dialogar com os outros e com a nossa própria interioridade através da interação com o mundo sensível.

Este constante diálogo inclui necessariamente a oposição e a crítica, que se entrecruzam, afastam e reúnem no processo dialético do conhecimento.

Todo esse percurso discursivo terá de ser convertido em síntese, cabendo ao julgador aparelhar cada argumento com artes de argúcia, imprimindo-lhes a sua racionalidade através não só do que ouviu, mas também das próprias regras de experiência.

Neste diálogo que ocorre em cada processo, para que a dialética da razão se insinue paulatinamente ao longo do seu percurso, temos por necessário que a proatividade do juiz seja sempre temperada pela tolerância, sem que com isso se permita a evasão das fronteiras da ética processual e da boa-fé.

Dizemos tolerância, porque é através dela que nos capacitamos a ouvir e perceber o “diálogo que há nos outros” e o que a nós dizem. Aqui deve existir

a humildade de por vezes negarmos a nossa razão percetiva, se pelo evoluir da discussão for dada a possibilidade de refazer o pensamento.

A contradição é a principal substância de todo o processo dialético para o encontro da razão. Não deverá ser preterido o significado da expressão “*I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it*”²⁸, porque caso se negue a oportunidade de “compreender” a verdade do outro, inibe-se uma das razões do conhecimento.

Na prática processual nem sempre são aproveitados os mecanismos que permitem ao juiz exercitar este constante diálogo, sendo preteridas algumas possibilidades que em concreto se justificariam não só para racionalizar os meios de elaboração da prova, como também de dar a conhecer aos sujeitos processuais a sua disponibilidade, tolerância e empenho na resolução das questões controvertidas.

Dentro dos critérios de proatividade que o legislador conferiu ao juiz, resulta, conforme o enunciado do art.º 7.º n.º 2 do CPC, a possibilidade de “*em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes...*” sendo que, conforme o nº 3 da norma, “*As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos...*”

Significa, que a abertura ao diálogo a que aludimos é uma constante da tramitação processual, não se resumindo à audiência prévia, prevista e caracterizada no art.º 591.º do CPC, que naturalmente sucede em fase mais adiantada da tramitação processual e já numa contingência de preparação para a discussão da matéria de facto (quando tal discussão não seja ainda possível nesta fase processual ou a ação não termine em razão de qualquer vicissitude formal).

²⁸ HALL, Evelyn Beatrice “*The Frinds os Voltaire*” – Smith Elder & Co – 1906, pág. 199 (disponível em e-book – www.book.google.com)

A envolvimento do magistrado no desenvolvimento dialético do processo, recomenda frequentemente o complemento do “diálogo dos articulados”, perante a interiorização da própria razão das coisas e escolha dos meios de obter a verdade plausível de modo rápido e eficaz.

Contudo e conforme implicitamente já deixamos transparecer, este processo de exegese que leva o juiz à escolha dos meios adequados para a solução do caso concreto, deve ser afirmado numa partilha de conhecimento e tolerância pelas próprias ideias das partes e dos seus mandatários.

Por isso mesmo deve ser partilhado, aferido e concluído num processo de síntese a que não será alheio a complementação da matéria alegada, denegando-se um sentido predominantemente preclusivo do que se deixou dito no articulado.

Por exemplo, em determinada ação que vise aferir a responsabilidade dos danos resultantes de infiltração de águas pluviais ou repasses em habitação, não terá sentido contemporizar-se no diálogo advindo dos articulados, muitas vezes com intermináveis narrativas e refutações, se com uma simples perícia a questão possa ser definitivamente resolvida.

Esta constatação pelo julgador deve ser dialogada e interligada na dinâmica processual perante o intercâmbio de desenvolvimento que acabamos por referir.

Chamando as partes e ouvindo-as e interagindo com os sujeitos processuais nesta fase inicial do litígio, apontando possíveis caminhos de solução e sendo-se tolerante perante os argumentos e alternativas, o juiz insinua-se com toda a sua essência e personalidade numa dialética consistente e direcionada à produção racional da prova e sequente decisão do caso concreto.

Sei bem que nem sempre pode ser assim, mas estando consciente de assim poder ser, proporciono a mim próprio uma imensa sensação de

utilidade perante aquilo que faço e não apenas o mero cumprimento da minha componente técnico-jurídica.

A RAZÃO DA VERDADE

É neste percurso concetual de obtenção da prova que surge a teoria de Jurgen Habermas²⁹.

Para Habermas o acento tónico da descoberta da verdade não é colocado propriamente no devir factual, mas antes e essencialmente, na argumentação que os sujeitos desenvolvem sobre esse acontecimento.

Afirma-se, portanto, como conceito dialético, cuja razão de encontro é a argumentação, a interação dialogante dos sujeitos. Não conduz propriamente à descoberta do verdadeiro, mas antes à paulatina construção da “verdade plausível”.

Este curiosíssimo pensamento constitui indubitavelmente uma adequação filosófica aos novos paradigmas comunicacionais, centrando nos comportamentos interpessoais, no discurso argumentativo e diálogos daí resultantes, o método mais plausível da construção lógica dos factos que se cuida investigar.

Nítida descentralização do objeto e do sujeito para obtenção do conhecimento, preteridos na sua influência pelo discurso, na argumentação que os sujeitos envolvidos produzem, através do elemento comum que a todos une. A linguagem.

Esta “razão da verdade” não é mais procurada no conhecimento isolado do sujeito sobre o facto, mas sim colocada numa abrangência interativa, dialogante com todos os que por algum modo estejam ligados ao

²⁹ **Jürgen Habermas**, nascido em 18/06/1929 em Dusseldorf, filósofo e sociólogo, inserido na tradição da teoria crítica e do pragmatismo, notabilizou-se pelas suas posições sobre a racionalidade comunicativa e a esfera pública. Associado à escola de Frankfurt, afirma-se como um dos mais importantes intelectuais contemporâneos. – Fonte: www.wikipedia.

acontecimento, ou que intentem captar e perceber as especificidades da sua ocorrência.

Surpreende-se nesta intersubjetividade um novo conceito de razão, que assim nasce e se insinua perante o todo o processo comunicacional.

Faz todo sentido enunciar a máxima “da discussão nasce a razão”, porque a razão de Habermas apenas se afirma do intercâmbio comunicativo e não já da ponderação e pensamento de um único sujeito.

Enquanto o diálogo da testemunha com o facto, dando-o a conhecer aos restantes sujeitos através da linguagem, é sempre posterior ao conhecimento que obteve dessa realidade, o diálogo de Habermas é sempre anterior e tende pela sua dialética argumentativa obter o consenso (que no processo se exprime pela motivação) que permita o conhecimento.

O consenso que se obtém quase sempre através do diálogo, pressupõe naturalmente uma adesão prévia a determinados enunciados de validade, que vão sendo afinados pelos argumentos e pautados por critérios de verificação de conteúdo, tanto no plano intersubjetivo dos próprios sujeitos (sinceridade e segurança nas afirmações), como também na composição realista do próprio facto.

Para Habermas, o critério consensual da veracidade de determinada comunicação “...manifesta-se pelas pretensões de validade que implicitamente levam associadas: a verdade, a retitude, a adequação ou a inteligibilidade (ou correção no uso dos meios de expressão). A estes mesmos modos conduz também uma análise de enfoque semântico das formas de enunciados. As orações descritivas que, no sentido mais lato, servem à constatação que podem se asseverados ou negados sob o aspeto da verdade de uma composição; as orações normativas ou orações de dever que servem à justificação das ações sob o aspeto da retitude (ou da justiça) da sua forma de atuar; as ações valorativas (juízos de valor) que servem à valoração de algo, sob o aspeto da adequação aos standards de valor (ou sob o aspeto do bom), e as explicações de regras geradoras que servem à explicação de operações tais como falar, classificar,

*calcular, deduzir, julgar etc., sob o aspeto de inteligibilidade ou correção formal das expressões simbióticas”.*³⁰

Podemos assim retirar que se numa argumentação é colocada em dúvida a proposição de determinado enunciado, os correspondentes questionamentos tendem a ser resolvidos através de afirmações e esclarecimentos.

Esta sintonia comportamental difere daqueloutra onde se ponha em causa o conceito do justo de um ditame. Aqui os questionamentos são esclarecidos com as justificativas “de ter sido assim”.

Quando se ponha em causa a veracidade da afirmação proferida por determinado sujeito, a aferição valorativa desse enunciado entronca na comparação do diálogo de terceiros ou nas afirmações por eles produzidas.

A teoria comunicativa de Habermas coloca a centralidade do homem no âmago da sociedade onde se insere e a ela se liga através de elementos comuns de identificação interativa, nos quais a linguagem constitui o elo universal.

É através da linguagem que o homem recria os seus vetores sócio-culturais, ligando-se aos outros pelas ações e omissões, dentro de uma ética discursiva ilimitada, mas que tendencialmente visa o consenso através da retidão dos costumes e comportamentos.

A razão da verdade dos acontecimentos obtém-se dos emaranhados relacionais dos sujeitos entre si, segundo a lógica argumentativa de cada um, que levará ao conhecimento plausível do facto.

Todo este procedimento tende afirmar-se no decorrer do processo como um meio captativo, reconstrutivo da lógica dos acontecimentos, capaz de gerar da interação argumentativa, a aproximação possível da verdade.

³⁰ HABERMAS, Jürgen “*Teoria de la acción comunicativa*” – Tomo I – Madrid – Taurus, 1988 (citado por Sérgio Cruz Arenhart in - *A Verdade e a Prova No Processo Civil* –in www.abdpc.org.br).

Assim também o era para Aristóteles, cuja dialética se desenvolvia numa incessante busca da verdade através do debate entre os sujeitos.

A repristinação deste conceito por Habermas surge nítida. No entanto parece dissociar-se desta lógica no aspeto de não subsumir às tensões do próprio conflito e da polémica daí emergente a obtenção da “razão da verdade”.

Bem pelo contrário, impõe como prévia condição o equilíbrio dialogante, (chama-lhe isonomia entre os participantes), como uma quase “associação” entre os sujeitos processuais na busca ou descoberta do facto.

Em sede processual inclui-se neste diálogo não só a envolvimento das partes, mas também a do juiz, causídicos, testemunhas e todos aqueles que de algum modo através da argumentação possam erguer o edifício da razão onde se albergue a verdade possível.

Nesta ideia não tem lugar o egoísmo ou o desforço, mas sim a constante cooperação entre todos os sujeitos processuais, aprimorado pelo contínuo interagir que deve formar e constituir a finalidade do processo.

Nesta incursão argumentativa dos sujeitos, deve estar presente uma significativa distinção que Habermas aponta:

A que ocorre entre os factos e os objetos.

Nas justificações argumentativas são trazidos os factos, enquanto nas afirmações (que sucedem com base na experiência passada pela interiorização consciente do mundo sensível), estão contidos os objetos. Porém, ao enunciar um facto, nada impede que a minha afirmação derive da relação de experiência que tenho com o objeto onde aquele se insere.

Portanto, a cativação da verdade possível deve pressupor esta tensão dialética entre facto e objeto, mas num sentido convergente, ou seja, se os enunciados puderem ser reconhecidos numa relação de correspondência com os factos, então aquela minha experiência com o objeto (percepção da sua intrínseca realidade) deve ser entendida como verdadeira.

Daqui parece poder concluir-se algo de muito interessante que se reconduz ao enunciado do tema da presente exposição.

A elaboração da ideia de verdade é congeminação no processo interior do pensamento, arrastada e inquinada pela pessoal experiência da realidade sensível que cada um tem sobre os outros e o mundo das coisas. Não resulta das percepções do devir dos próprios factos, mas sim das ideias que sobre eles mantemos.

Por isso mesmo é que a teoria de Habermas procura indicar um caminho de fuga a esta “fatalidade”. A pretensão de verdade atinge-se não pela experiência do “ser” com as coisas, mas sim pelos argumentos e interatividade discursiva dos sujeitos em razão da experiência cognoscível de cada um sobre o devir factual.

Neste caminho, o juiz nunca pode comportar-se como um mero observador, já que se lhe exige proatividade, um desempenho dialogante, em busca da sua própria motivação, que se baseará, não da descoberta, mas no itinerário que conduzirá à tentativa de construção da verdade possível.

Evidentemente que o material que alimentará a fogueira do discurso argumentativo, não é a historicidade do evento, mas o contraditório que sobre ele se forma, alargando ou suprimindo as fronteiras do terreno onde a razão do facto se joga.

No limite desta linha de pensamento, a finalidade do processo deixa de ser o meio principal para a reconstituição dos factos, mas afirma-se antes como um instrumento que visa incentivar e regularizar a discussão.

Dizemos “incentivar”, porque a história do facto permite e incentiva a sua contradição, não sendo também possível a preterição das regras formais (prazos) para que a história se conte e a polémica se exercite.

Ao abordarmos em momento anterior da exposição a irrelevância da distinção entre verdade formal e verdade material³¹, fizemo-lo numa

³¹ *Infra*, pág. 17 e ssg.

perspetiva prática ou finalista do próprio processo. Contudo, também se surpreende na teoria de Habermas um conceito de “forma”, mas divergente da sua definição dogmático processual.

Há na verdade uma “forma” a seguir para alcançar a verdade possível, já não a resultante da percepção (ideia) da coisa com a sua intrínseca realidade, mas sim e apenas o procedimento processual adequado (o consenso que se obtém da argumentação dialogante), entendido como idóneo para a construção da verdade (que Habermas chama de factível).

Conforme já dissemos, ao enveredar por este caminho, o contraditório impõe-se como condição significativa.

Quando a persuasão sobre a existência do facto não resulte da anuência (expressa ou tácita) contra quem é direccionado, ela há de surgir do desenvolvimento do próprio discurso habermasiano e servir a final como elemento de motivação da convicção do julgador, já comungante ou participante (nos termos descritos) da construção dialético dogmática da verdade factível.

Esse objetivo insinua-se a todos os sujeitos processuais, que entre si interagem de forma mais ao menos reativa ao que é peticionado ou refutado.

Nestas afirmações e refutações joga-se a confluência de prova, que se insere na própria dialética discursiva, um meio predominantemente retórico, que se desenvolve perante o juiz que a disciplina e orienta, participando em todo esse processo que é dirigido, dentro dos parâmetros pré-estabelecidos, ao seu próprio convencimento.

Na confluência da razão com a verdade, podemos afirmar que a ambivalência do “ser” com o “dever ser”, compreende todas as prerrogativas que conduzem à construção da verdade factível.

Se por um lado o “ser” é a essência interior de cada um, não deve ser compreendido como uma verdade cristalizada, mas antes uma interiorização volúvel ao erro e à crítica.

Se o discurso e a retórica probatória recompõem a exteriorização dessa aparente verdade, não é menos certo que jamais poderá aspirar à essência do “dever ser”, aquilo que foi e por isso deixou de existir. Por isso acompanhamos Habermas na mera (e única) possibilidade de obtenção da verdade factível.

Atrevemo-nos, contudo, a deixar algumas observações críticas.

Ao centrar o juiz no âmago do percurso dialético desenvolvido pela argumentação, no seu (por vezes árduo) caminho de atingir a verdade factível, é também necessário reter-se a alternatividade que já referimos entre o “juiz homem” e o “homem juiz”.

E será bem importante que aqui se chame uma vez mais à atenção desta particularidade.

Constituindo o juiz no pensamento habermasiano o elo de ligação do discurso argumentativo que os sujeitos processuais desenvolvem, até que ponto, coordenando e orientando o diálogo, pode permanecer equidistante nos interesses pugnados. Até que ponto esta procura de conhecimento não ficará inquinada pelos valores das suas específicas valências socioculturais, influenciando a argumentação e o diálogo mantido com os restantes sujeitos.

Sendo o juiz (conforme dissemos) uma testemunha dos factos testemunhados e por isso capacitando-se através de percepções, intuições e regras da experiência, então muito mais árdua será a sua tarefa, quando ele próprio é colocado no centro do problema probatório, com as características inerentes ao seu “ser” de homem juiz, que constantemente adapta na sua função de juiz homem.

É certo que o mesmo sucede com cada sujeito dialogante, com as diferenciações culturais, capacidade de apreensão e verbalização, mas aqui o trabalho de exegese que se impõe é a captação final da mensagem de cada depoente, que deve ser devidamente refletida e ponderada segundo as componentes lógico-intuitivas do julgador.

O processo argumentativo e dialogante entre os sujeitos já ficou para trás e nele, o juiz apenas se terá empenhado pelo seu poder de gestão e proatividade.

Apenas há intervenção do magistrado segundo uma razão de eficiência e não de valor, que lhe é exigido para incutir e dinamizar a argumentação no discurso de Habermas.

Aceitamos a conclusão de a prova não se prestar propriamente á reconstrução da verdade, mas antes e na dinâmica deste discurso, a apoiar a argumentação de todos os sujeitos envolvidos no diálogo (inclusive do juiz), num caminho de obtenção da “verdade factível”.

Porém o comprometimento do juiz numa relação isonómica com os próprios litigantes para juntos trilharem a vereda que leva ao altar-mor da motivação e sequente decisão, engloba um relevante risco de parcialidade (ainda que involuntária) do julgador.

Ele aqui não se limita a observar, sugerir e emendar procedimentos. Pelo contrário, passa a fazer parte de todo o processo evolutivo, coordenando e imprimindo de forma ativa o seu desenvolvimento.

Ora assim sendo, como será possível isolar a sua pessoalidade de decisor dos arbítrios da escolha?

É verdade que dois juízes diferentes, colocados perante os mesmos factos, podem chegar a duas conclusões substancialmente distintas, em si idóneas para conduzirem a decisões antagónicas, não só no plano casuístico da apreciação dos factos como até da própria resolução da causa.

Contudo é um antagonismo que não deixando de ser próprio da essência humana, não será desejado por todos os que pretendem obter uma decisão consentânea com a razão social.

Daí que se entenda dever pugnar-se por alguma preservação no envolvimento do juiz nas componentes discursivas do processo, evitando-se

a sua inquinação prematura com imediação dos argumentos e diálogos produzidos pelas partes.

Num enfoque mais objetivo, parece também algo utópico pretender-se que da argumentação e diálogo se atinja “um melhor consenso de verdade”.

Pode assim suceder quando se possa tão só trilhar um percurso objetivo, mas nem sempre a argumentação e diálogo que conduz ao consenso é objetivado aos próprios factos controvertidos.

Há conexões laterais que fazem valer as suas específicas valências (por exemplo, temor ou perspectiva de condenação como litigante de má-fé; custas processuais, racionalização de meios, riscos de decisão final contrária aos próprios interesses e até receio pelo saber ou diminuta preparação técnica do magistrado), fazem valer as suas influências no diálogo argumentativo.

Bastaria observar em abono desta constatação quantas vezes os consensos que se atingem após dias ou longas horas de interatividade argumentativa no seio das organizações internacionais, são pautados pelas conveniências políticas de quem os subscreve e não passam de meras aparências que a realidade das coisas acaba por desmentir.

No âmbito do processo, se por um lado se teme que uma intervenção demasiado assertiva do juiz na decorrência da ação (a que chamaria abuso do direito de ser proactivo) pode inquirar a relação processual e o sequente discurso argumentativo, também (e aqui com maior evidência) a potencialidade discursiva dos sujeitos (em especial quando escudados por causídicos de qualidade), tende a diluir a objetividade através de uma retórica que eu chamaria “de efeito dirigido”, ofuscando a parte que se encontre deficientemente defendida.

É afinal todo este paradigma comportamental que tem de ser dissecado e compreendido perante uma lógica de verdade.

Talvez a isenção seja apenas isso. A capacidade de poder ouvir e compreender os outros perante as suas lógicas próprias de ser e de estar,

tratando essa informação com uma lógica despida de qualquer arbitrariedade.

A maturação intersubjetiva destas realidades deve ser aturada e tratada em “isolamento intelectual”. Apenas mexida pelos instrumentos no intelecto, providenciando-se até ao limite do possível que não seja contaminada pela própria angústia do examinador.

Deve ficar ali e não revestir-se das emoções próprias de quem as percebe. Só assim se reconduz ao fim principal dos factos as trouxeram. A incansável e sempre repetida busca da verdade plausível.■

O regime de IVA nas empresas municipais de recolha de resíduos urbanos

Pedro Marinho Falcão

Advogado

DESCRITORES: Imposto sobre o valor acrescentado – empresas municipais – recolha resíduos urbanos

A delegação de competências por parte dos Municípios no âmbito da gestão do sistema municipal de recolha de resíduos urbanos e outros serviços complementares tem suscitado algumas dúvidas quanto ao respetivo enquadramento em sede de IVA.

Assim, e no caso sobre o qual nos debruçamos, o Município celebrou com uma Empresa Municipal um contrato de gestão delegada no qual esta assumiu, em regime de exclusividade, a gestão de resíduos urbanos cuja produção diária não exceda 1.100 litros por produtor e a limpeza urbana em toda a área territorial do Município designadamente a operação, manutenção e conservação do sistema, construção, renovação e substituição de infraestruturas e equipamentos. Entende-se, para este efeito, como gestão de resíduos a recolha dos resíduos urbanos e seu transporte até às instalações de triagem, tratamento e eliminação.

Ainda no âmbito do referido contrato o Município obrigou-se a “*atribuir subsídios e a realizar transferências financeiras que se revelem necessárias ao*

financiamento anual da atividade de gestão de resíduos”. Com este propósito foram efetuados os necessários cálculos financeiros, nomeadamente com a elaboração do estudo de viabilidade económica e financeira, sendo o seu *quantum* determinado nos termos do Estatuto de Viabilidade Económica e Financeira e Plano de Investimento (EVEF) para o período 2015/2030.

Este contrato foi, nos termos legais, sujeito a visto prévio junto do Tribunal de Contas de forma a permitir a respetiva dotação orçamental para o efeito.

Em decorrência desta relação jurídica suscita-se a questão de saber se o subsídio à exploração atribuído pelo Município à Empresa Municipal no âmbito do mencionado contrato de gestão delegada constitui uma contrapartida de uma prestação de serviços sujeita a IVA ou se, pelo contrário, o mesmo beneficia de uma norma de não sujeição.

Em face da presente problemática importa definir o respetivo enquadramento jurídico-fiscal das operações em análise.

Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º do Código do IVA estão sujeitas a IVA as transmissões de bens e as prestações de serviços efetuadas no território nacional a título oneroso por um sujeito passivo agindo como tal.

Para efeitos do artigo 2.º do Código do IVA são sujeitos passivos de imposto “*As pessoas singulares ou coletivas que, de um modo independente e com carácter de habitualidade, exerçam atividades de produção, comércio ou prestação de serviços, incluindo as atividades extrativas, agrícolas e as das profissões livres, e, bem assim, as que, do mesmo modo independente, pratiquem uma só operação tributável*”.

Não obstante, estatui o n.º 2 do mesmo normativo que “*O Estado e demais pessoas coletivas de direito público não são, no entanto, sujeitos passivos do imposto quando realizem operações no exercício dos seus poderes de autoridade,*

mesmo que por elas recebam taxas ou quaisquer outras contraprestações, desde que a sua não sujeição não origine distorções de concorrência”.

Deste modo, para que se verifique a regra de não sujeição estabelecida neste normativo, terão de estar preenchidas, cumulativamente, duas condições: i) as atividades devem ser exercidas por um organismo público na qualidade de autoridade pública e ii) a não sujeição não pode causar distorções de concorrência.

Isto significa que o Município caso realizasse diretamente a gestão de resíduos urbanos cuja produção diária não exceda 1.100 litros por produtor e a limpeza urbana em toda a área territorial do Município designadamente a operação, manutenção e conservação do sistema, construção, renovação e substituição de infraestruturas e equipamentos, esta função estaria fora do campo de incidência do imposto dado que as referidas funções seriam exercidas no âmbito dos seus poderes de autoridade pelo que as mesmas beneficiariam da exclusão de tributação prevista no n.º 2 do artigo 2.º do Código do IVA.

Contudo, no caso em concreto, está em causa a delegação da competência de gestão de resíduos urbanos e serviços complementares pelo Município à Empresa Municipal por aquela participada, impondo-se uma perfunctória análise do regime fiscal enquadrado no âmbito da relação material estabelecida entre a autarquia e a empresa municipal.

Antes de mais cumpre esclarecer que, às autarquias locais, em articulação com as freguesias, cabe a promoção e a salvaguarda dos interesses próprios das referidas populações designadamente no domínio do saneamento básico podendo este poder ser delegável nas empresas locais por elas participadas (cf. alínea k) do n.º 2 do artigo 23.º e artigo 27.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, que veio instituir o Regime Jurídico das Autarquias Locais - RJUE).

De acordo com o n.º 1 do artigo 19.º do RJAELPL são empresas locais as sociedades constituídas ou participadas nos termos da lei comercial, nas quais as entidades públicas participantes possam exercer, de forma direta ou

indireta, uma influência dominante em razão da verificação de um dos seguintes requisitos: a) detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de gestão, de administração ou de fiscalização; ou c) qualquer outra forma de controlo de gestão.

Por outro lado, considerando que estamos perante a delegação da competência de gestão de resíduos urbanos e serviços complementares, torna-se essencial fazer também referência ao Regime Jurídico dos Serviços Municipais de Abastecimento Público de Água, Saneamento e Resíduos Urbanos.

A alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do referido diploma estatui que “*Os serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos abrangidos pelo presente decreto-lei compreendem, no todo ou em parte: A gestão dos sistemas municipais de recolha, transporte, armazenagem, triagem, tratamento, valorização e eliminação de resíduos urbanos, bem como as operações de descontaminação de solos e a monitorização dos locais de deposição após o encerramento das respetivas instalações.*”

Este diploma prevê, ainda, no seu artigo 17.º, a possibilidade de os Municípios delegarem os referidos poderes em Empresa Municipal cujo objeto social compreenda a gestão dos mesmos necessitando, para o efeito, de celebrar o correspondente contrato de gestão delegada.

Existindo subvenção da prestação dos serviços de interesse geral a cargo da empresa delegatária municipal por parte da empresa delegante a mesma terá de obedecer ao regime que regula as transferências financeiras necessárias ao financiamento anual das atividades de interesse geral previstas no artigo 25.º do referido diploma.

Neste enquadramento, e partindo do pressuposto que foram cumpridos pelo Município todos os formalismos necessários e exigíveis para a formalização do contrato de gestão delegada referente aos resíduos urbanos

cuja produção diária não exceda 1.100 litros por produtor e a limpeza urbana em toda a área territorial do Município designadamente a operação, manutenção e conservação do sistema, construção, renovação e substituição de infraestruturas e equipamentos, e que apenas se podem criar empresas locais cujo objeto social se insira no âmbito das atribuições dos respetivos Municípios, estas, enquanto entidades públicas, quando atuem com prerrogativas de autoridades, beneficiam do regime de não sujeição a IVA constante no n.º 2 do artigo 2.º do Código do IVA.

Tal significa que, considerando que os contratos-programa constituem *“contratos de direito administrativo destinados a definir a missão, responsabilidades e as respetivas dotações financeiras que são transferidas do Município para as empresas locais”*, os mesmos não revestem a natureza de contratos de prestação de serviços.

Nesta medida, e tal como decorre do RJAEPL, *“nas situações de transferência de responsabilidade/atribuições de um Município para uma empresa municipal, as transferências financeiras a efetuar são qualificadas pela lei como dotações financeiras ou subsídios à exploração, não assumem as mesmas, a natureza de contraprestação pela prestação de um serviço (ou pela entrega de um bem).”*

Por outras palavras, de acordo com o quadro legal anteriormente descrito, nos casos em que exista delegação de poderes de um município para uma empresa municipal relativamente à gestão de resíduos urbanos e limpeza urbana em toda a área territorial para o exercício de funções que, se fossem exercidos por aquele constituíam atividades fora do campo de incidência do imposto, considera-se que a empresa municipal beneficia da mesma forma da exclusão de tributação prevista no n.º 2 do artigo 2.º do Código do IVA.

O mesmo já não se verificaria se os referidos serviços fossem assegurados por uma entidade terceira. Neste caso os serviços prestados são objeto de tributação à taxa reduzida, por enquadramento na verba 2.22 da Lista I anexa ao Código do IVA a qual contempla as *“prestações de serviços relacionadas com*

a limpeza das vias públicas bem como a recolha armazenamento, transporte, valorização e eliminação de resíduos.”

Em face do exposto, sempre ter-se-á de concluir que a gestão de resíduos urbanos cuja produção diária não exceda 1.100 litros por produtor e a limpeza urbana em toda a área territorial do Município designadamente a operação, manutenção e conservação do sistema, construção, renovação e substituição de infraestruturas e equipamentos constitui uma competência do Município.

A referida atividade exercida pela Empresa Municipal realizada ao abrigo dos poderes de autoridade conferidos pelo Município delegante beneficia da regra de não sujeição prevista no n.º 2 do artigo 2.º do Código do IVA.

Em suma, e de acordo com entendimento já veiculado pela Autoridade Tributária e Aduaneira, no caso em concreto, o subsídio atribuído à Empresa Municipal pelo Município ao abrigo do contrato de gestão delegada não configura a contrapartida de uma prestação de serviços, pelo que o mesmo não se encontra sujeito a IVA.■

PEDRO MARINHO FALCÃO

Advogado Especialista em Direito Fiscal reconhecido pela OA

Mestre em Direito

Assistente Convidado do Departamento de Direito da Universidade Portucalense

O IVA nos subsídios de limpeza urbana

Alguns aspectos essenciais

Adriana Monteiro

Advogada

RESUMO: O presente estudo, visa descrever o enquadramento jurídico em sede de Imposto Sobre o Valor Acrescentado (IVA), nos casos de atribuição e/ou obtenção de um subsídio específico, por parte de um Município a uma Empresa Municipal, destinado a suportar os custos de limpeza urbana, com a consequente determinação do valor tributável, e taxa de imposto aplicável.

DESCRITORES: IVA – subsídio – limpeza urbana – valor tributável – taxa de imposto

1. ENQUADRAMENTO

1.1. Pressupostos de facto

Com o intuito de otimizar a organização de um conjunto de valências e serviços historicamente prestados pelos Municípios, foram sendo criadas empresas municipais para prestação de serviços especializados.

A ausência de “*know-how*” por parte dos Municípios em áreas específicas, despoletou a criação destas empresas mais técnicas, destinadas a desenvolver o sector económico local.

Estas empresas passaram a prestar serviços específicos da administração local, embora sujeitos à concorrência do mercado.

Porém, como as empresas do sector empresarial local materializam a sua actividade na prestação de serviços de interesse publico, anteriormente a cargo dos Municípios, a transferência de verbas das Autarquias para as empresais municipais, veio a revelar-se como fundamental para o exercício cabal das suas actividade estatutárias, garantindo também desta forma o seu relativo equilíbrio financeiro sem distorções concorrências.

Contudo, a afectação de recursos do Município às empresas locais, por imperativos legais, não podia, nem pode, ser feita de forma discricionária e/ou sem critério. As transferências de fluxos financeiros por parte dos Municípios, apenas podem ser feitas por via da sua participação no capital social da empresa, ou através do pagamento de subsídios ao abrigo de contratos programa celebrados entre ambas as partes, ou em situações concretamente tipificadas na lei.¹

Para tal desidrato, de norte a sul do país, foram celebrados contrato de gestão delegada entre os Municípios e as empresas municipais, por via dos quais, estas, assumem a exclusividade da limpeza urbana e da gestão de resíduos urbanos (limitada, ou não, a determinado *quantum* de produção diária), de determinado perímetro geográfico, por norma, coincidente com a área geográfica do município².

Como contrapartida contratual, no leque das obrigações assumidas pelos Municípios, destaca-se a atribuição de subsídios e a realização das

¹ Não obstante a autónoma de gestão de que gozam as empresas do sector empresarial local, a par das limitações de financiamento impostas por lei, a vigência da Lei 53-F/2006 (que instituiu o Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local e das Participações Locais) veio a denunciar algumas fragilidades, designadamente, de natureza financeira.

² Em muitos casos as incumbências da empresa municipal incluem, também, a manutenção das infra-estruturas, e o transporte de resíduos até às instalações de triagem, tratamento e eliminação

transferências financeiras que se revelarem necessárias ao financiamento anual da actividade de gestão de resíduos.

2.- ENQUADRAMENTO JURIDICO-TRIBUTÁRIO

Tendo como ponto de partida as transferências de fluxos financeiros por parte dos Municípios para a empresas municipais, a que corresponde uma subsídio específica ao exercício de determinada actividade histórica e culturalmente exercida pelas Câmara Municipais, e que por via da outorga de um determinado contrato de gestão delegada, importa saber se este subsídio, também ele específico, está sujeito a tributação em sede de IVA. E, concluindo-se pela tributação, identificar o concreto valor tributável, bem como a taxa aplicável.

Para tanto, será necessário analisar esta concreta operação (atribuição de um subsídio específico por parte do Município á empresa municipal) do ponto de vista da incidência (objectiva e subjectiva), localização, valor tributável e taxas.

2.1.- Incidência objectiva

Na formulação do art. 1º, n.º 1 do CIVA, são tributadas em imposto sobre o valor acrescentado as transmissões de bens, as prestações de serviços, as importações e as aquisições intracomunitárias de bens.

Considerando-se transmissões de bens, as transferências efectuadas em território nacional, a título oneroso, por um sujeito passivo agindo como tal.

Por sua vez, são prestações de serviços, as efectuadas em território nacional, a título oneroso, por um sujeito passivo agindo como tal.

O art. 4º, n.º 1 do CIVA acolheu um conceito residual de prestações de serviços, definindo como tal, toda a operação que não constitua transmissão de bens, aquisição intracomunitária de bens ou importação de bens. Ou seja,

sendo um conceito lato abrange a transmissão de direitos que sendo cessões de bens incorpóreos não são enquadráveis no conceito de transmissão.

Atendendo a que a atribuição de um subsídio específico, destinado a assegurar os custos da actividade de limpeza urbana, não integra uma transmissão de bens, aquisição intracomunitária, ou importação, cai necessariamente no conceito de prestação de serviços acolhido pelo ordenamento jurídico interno para efeitos de tributação em IVA.

Não obstante, como se trata de um subsídio ou subvenção, e tendo em linha de ponderação que a Sexta Directiva faz a distinção entre subsídios á exploração e subsídios ao investimento, para efeitos de tributação em IVA, importa aquilatar da natureza da subvenção.

O art.11º, A, n.º1, al. a), da Sexta Directiva, determina que as subvenções recebidas por um sujeito passivo, que se encontrem *directamente relacionadas com o preço* das operações por ele efectuadas devem ser incluídas na matéria colectável, a título de elementos do preço pagos por terceiros, e como tal tributadas em IVA.

Se as subvenções a atribuir a um sujeito passivo se destinarem a sanear a situação económica de uma empresa, sendo por isso, concedidas sem referência explícita a um qualquer preço, não são tributadas em IVA.

Diversamente, nos casos em que o Município assegure os custos da actividade de limpeza urbana, através de subsídio específico atribuído a uma empresa municipal no âmbito do contrato de gestão delegada, e não por via de recuperação tarifária, resulta como evidente que a subvenção e/ou subsídio a atribuir pelo Município á empresa municipal tem na sua génese os encargos relacionados com limpeza urbana do perímetro do Município, sendo o seu *quantum* determinado nos termos da previsão inserida no contrato de gestão delegada, devem ser qualificados como prestações de serviços, e como tal tributados em IVA.

Dito de outra forma, como o subsídio a atribuído pelo Município se encontra directamente relacionado com o preço de custo dos serviços de limpeza urbana executados pela entidade beneficiária, deve ser categorizado como prestação de serviços.

Neste mesmo sentido se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia, no Processo C-184/00, de 27 de Junho de 2001³, ao considerar que *[s]egundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, «uma prestação de serviços só é tributável se existir um nexo directo entre o serviço prestado e a contrapartida recebida»*

Acorada nesta interpretação, veio do TJUE a decidir que *[n]os termos do artigo 11.º, A, da Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme, as subvenções que cobrem uma parte dos custos de funcionamento de um sujeito passivo são tributáveis, na medida em que tais subvenções estejam directamente associadas a uma actividade económica determinada do beneficiário e impliquem, desse modo, uma diminuição do preço de um bem ou de um serviço que o beneficiário fornece a um consumidor ou um aumento da quantidade dos bens ou serviços fornecidos.*

A própria Autoridade Tributária tem seguido o entendimento estabelecido pelo TJUE, quando no processo A100 2004 081, com despacho datado de 17.02.2005, veio a consignar que estariam abrangidas na categoria de subvenções directamente conexas com o preço de cada operação, (...) *as indemnizações compensatórias destinadas a compensar, por razões sociais ou derivadas de um sector económico, os baixos preços de venda praticados (preços inferiores à normal rentabilidade da empresa subvencionada), desde que, bem entendido, sejam estabelecidas com referência ao preço ou às quantidades transmitidas.*⁴

³ Disponível no sítio da internet: www.curia.europa.eu

⁴ Disponível no sítio da internet: www.portalfinancas.gov.pt

*A contrário, observou no processo A419 2005037, com despacho datado de 15.12.2008, que [r]elativamente ao subsídio que a associação recebe do IPJ, afigura-se estarmos perante um subsídio "à exploração" (pois destina -se a cobrir os custos da actividade) não sujeito a IVA (...).*⁵

A razão para os diferentes enquadramentos radica na distorção que o subsídio e/ou subvenção possa ou não provocar na concorrência. Pois, como sublinha Clotilde Celorico Palma, (...) *a subvenção tem por efeito uma diminuição do preço final a pagar pelo adquirente e, caso não faça parte do valor tributável das operações, os beneficiários da subvenção serão duplamente beneficiados. Por um lado, serão beneficiados pela diminuição do preço, por outro lado, pelo pagamento de um montante de imposto inferior dado que a base tributável é menor*⁶.

Aqui chegados, por aplicação conjugada do disposto no art. 2º, n.º 1, 2, al. a), b) e c), e do art. 4º, n.º 1 do CIVA, o subsídio atribuído por um Município a uma empresa municipal, deve (em nosso entender) ser qualificado como uma prestação de serviços, e como tal sujeita a IVA.

2.2.- Incidência subjectiva

Ser sujeito passivo de IVA significa dever liquidar imposto nas operações efectuadas, isto é, nos *outputs* da respectiva actividade (vendas de bens e prestações de serviços). Excepcionalmente, tal obrigação poderá igualmente ocorrer nos *inputs* (compras de bens e serviços).

Em regra, é sujeito passivo, quem de modo habitual e com carácter de independência exerça uma actividade de produção, de comércio ou prestação de serviços, e aqueles que não exercendo uma actividade, praticem uma

⁵ Disponível no sítio da internet: www.portalfinancas.gov.pt

⁶ PALMA, Clotilde Celorico, *Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, Outubro de 2005, pg. 567.

operação isolada tributada em IRC ou IRS (cfr. al. a) do n.º 1, do art. 2º do CIVA).

Neste caso em concreto, atendo que esta tipologia de empresas municipais, enquanto empresas surgem no giro comercial, com o escopo de procederem à limpeza urbana e à gestão de resíduos urbanos (limitada, ou não, a determinado *quantum* de produção diária), de determinado perímetro geográfico, por aplicação da al. a), do n.º 1, art. 2º do CIVA, devem as mesma assumir-se como sujeitos passivos de IVA, na medida em que exercem uma actividade de prestação de serviços, de forma habitual e com carácter de independência, materializada na recolha, transporte e triagem e tratamento dos resíduos urbanos do Município.

2.3.- Localização da operação tributável

A localização da operação revela uma importância capital, uma vez que, da localização da operação em território nacional ou fora dele, dependerá a sua sujeição a tributação.

Assim, para cada operação em concreto, necessário é averiguar se estão reunidas as condições para que a mesma possa ser considerada realizada em território nacional (exigência que decorre da al. a), do n.º 1, do art. 1º do CIVA), e como tal sujeita a tributação.

Relativamente às prestações de serviços, fruto da imaterialidade que lhe está associada, estabeleceu-se como regra, a localização da sede, estabelecimento estável ou domicílio do prestador, quando os serviços sejam adquiridos por um não sujeito passivo (cfr. art. 6º, n.º 6, al. b) do CIVA), ou a localização da sede, estabelecimento estável ou domicílio do adquirente, quando os serviços sejam adquiridos por um sujeito passivo de IVA agindo como tal (cfr. art. 6º, n.º 6, al. a) do CIVA).

As prestações de serviços limpeza urbana, enquanto acto susceptível de preencher os pressupostos de incidência objectiva e subjectiva de IVA (cfr. art.

1º, n.º 1, al. a) e art. 2º, n.º 1, al- a) do CIVA), apenas serão tributados em Portugal se os mesmos forem localizados em território nacional.

Sendo esta a premissa, e de acordo com o critério de conexão da origem do prestador de serviços, diremos que as prestações de serviços de limpeza urbana, levada a cabo por uma empresa municipal, por se encontrarem localizados em território nacional, por aqui se encontrar a sua sede, são (aqui) tributados em IVA (cfr. art. 6º, n.º 6, al. b) do CIVA).

2.4.- Isenções

O art. 9º do CIVA, contempla as isenções denominadas nas operações internas, que na sua maior parte dizem respeito a prestações de serviços efectuadas a consumidores finais.

Em termos genéricos, estão isentas de IVA as prestações de serviços médicos e sanitários, e ainda a educação, cultura, desporto e assistência à juventude e à terceira idade, entre outros.

Seguindo as directivas europeias, acolheu-se no nosso ordenamento jurídico um leque de operações, que, não obstante se encontrarem localizadas em Portugal e de preencherem os pressupostos de incidência objectiva e subjectiva, não serão tributadas em IVA (cfr. art. 9º do CIVA), por forma a proporcionar ao adquirente a obtenção de serviço a melhor preço, isto é, sem o ónus do imposto.

Uma vez que não está prevista na norma isenção a actividade de limpeza urbana e da gestão de resíduos urbanos, a tributação segue a regra geral. Isto é, deve considerar-se que não se trata de uma operação isenta de imposto, mas sim de uma operação tributada nos termos gerais do CIVA.

2.5- Valor Tributável e Taxas

A regra contemplada no n.º 1, do art. 16º do CIVA dispõe que o valor tributável⁷ é fornecido pelo preço pago ou a pagar pelo adquirente ou por um terceiro pelo bem ou pelo serviço adquirido.

Na hipótese concreta dos subsídios ou subvenções, dispõe a al. a), do n.º 1, do art. 11º da Sexta Directiva que (...) *a base tributável é constituída: [n]o caso de entregas de bens e de prestações de serviços (...), por tudo o que constitui a contrapartida que o fornecedor ou o prestador recebeu ou deve receber em relação a essas operações, do adquirente, do destinatário ou de um terceiro, incluindo as subvenções directamente relacionadas com o preço de tais operações.*

Concretizando-se, o texto da Directiva, consignou-se na al. c). do n.º 5 do art. 16º do CIVA que, [o] *valor tributável das transmissões de bens e das prestações de serviços sujeitas a imposto, inclui: c) As subvenções directamente conexas com o preço de cada operação, considerando como tais as que são estabelecidas em função do número de unidades transmitidas ou do volume dos serviços prestados e sejam fixadas anteriormente à realização das operações.*

Refere Clotilde Celorico Palma que (...) *a doutrina é unânime em justificar a inclusão dos subsídios directamente relacionados com o preço das operações no valor tributável com o facto de se pretender evitar a existência de consumos não tributados, protegendo-se, assim, a neutralidade do imposto*⁸.

Sendo este o enquadramento que emerge do regime que regula a determinação do valor tributável para efeitos de IVA, diremos, que por aplicação conjugada do n.º 1 e da al. c), do n.º 5 do 16º (dando concretização ao texto do art. 11º da Sexta Directiva), são tributadas em IVA as subvenções que estejam directamente conexas com o preço das operações tributáveis, relacionadas com as transmissões de bens ou com as prestações de serviços,

⁷ Valor sobre o qual o sujeito passivo de IVA faz incidir a taxa.

⁸ PALMA, Clotilde Celorico, *Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, Outubro de 2005, pg. 566, nota de pé de página, n.º 1127.

integrando nessa medida a respectiva contrapartida suportada pelo adquirente.

De harmonia com o direito comunitário, são incluídos no valor tributável das operações as subvenções ou subsídios directamente relacionados com o preço de cada operação

Retomando o caso que nos ocupa, consigna-se, que ao abrigo dos normativos que vimos de invocar o valor sujeito a tributação, há-de corresponder ao valor do subsídio e/ou subvenção que o Município, por concretização no respectivo contrato de gestão delegada vier a atribuir à empresa municipal, por forma a suportar os encargos com a limpeza urbana por si executada em todo o perímetro geográfico, previamente determinado por via contratual.

Uma vez que a subvenção apresenta um nexo directo com o preço dos serviços de recolha dos resíduos urbanos e seu transporte até às instalações de triagem, tratamento e eliminação, deverá ser este o valor a considerar para efeitos de tributação em IVA.

No que diz respeito á taxa de imposto a aplicar, dispõe o art. 98º, n.º 2 da Directiva IVA que *[a]s taxas reduzidas aplicam-se apenas às entregas de bens e às prestações de serviços das categorias constantes do Anexo III.*

Concretizando, estatuiu-se na verba 18 do Anexo III que os Estados Membros, podem aplicar a taxa reduzida de IVA nas *[p]restações de serviços relacionados com a limpeza das vias públicas, a recolha e o tratamento do lixo (...).*

Transpondo o normativo para o nosso ordenamento jurídico, definiu-se no CIVA que as operações que constam da lista I, são tributadas à taxa reduzida de 6%, ao passo que as operações que constam da lista II, são tributadas à taxa intermédia de 13%, sendo tributadas á taxa normal de 23% todas as demais operações (cfr. art. 18º, n.º 1 do CIVA).

Do exposto decorre que *[a] taxa normal de IVA aplica-se sempre que ao bem ou serviço em causa não couber umas das taxas reduzidas previstas nas Listas I e II anexas ao CIVA*. Por seu turno, prossegue a autora (...) *só podemos aplicar taxas reduzidas a bens e/ou serviços que constem do Anexo III da Directiva IVA*.⁹

Ora, percorrendo a listas I anexa ao CIVA, verificamos que na verba 2.22, se contempla a tributação á taxa reduzida das prestações de serviços (...) *relacionadas com a limpeza das vias públicas, bem como a recolha, armazenamento, transporte, valorização e eliminação de resíduos*.

Ora, sendo que na hipótese que seguimos, para efeitos de estudo, a actividade da empresa municipal se expressa na actividade na limpeza urbana e da gestão de resíduos urbanos (limitada, ou não, a determinado *quantum* de produção diária), de determinado perímetro geográfico, por noma, coincidente com a área geográfica do município, recolha e seu transporte até às instalações de triagem, tratamento e eliminação, devem as operações que desenvolve na prossecução dos seus fins estatutários, ser tributadas á taxa reduzida de IVA, uma vez que se tratam de serviços relacionados com a limpeza das vias públicas, recolha, armazenamento, transporte, valorização e eliminação de resíduos.

Na esteira do que se afirmou, articulando o disposto nos artigos 11º, n.º 1 e 98º da Sexta Directiva, com os artigos 16º, n.ºs 1 e 5, al. c) e 18º, n.º 1 do CIVA, somos da opinião que a prestação de serviços em que se concretiza a limpeza urbana do Município, por execução da qual a Câmara Municipal atribuirá à empresa municipal um subsídio destinado a custear a despesa que lhe está associada, evitando assim a correcção tarifária, deve ser tributada em IVA pelo valor do subsidio atribuído (contraprestação), á taxa reduzida de IVA de 6%.

⁹ PALMA, Clotilde Celorico, *Introdução ao Imposto Sobre o Valor Acrescentado*, Cadernos do IDEFF, N.º 1, 5ª Edição, Almedina, 2012, pg. 202.

3- CONCLUSÕES

Os encargos inerentes á limpeza urbana do Município, são por este suportados, pela atribuição de um subsídio específico.

Como o subsídio a atribuir pelo Município se encontra directamente relacionado com o preço de custo dos serviços de limpeza urbana executados pela entidade beneficiária (empresa municipal), devem os mesmos ser qualificados como prestação de serviços, nos termos dos art. 11º, A, n.º 1, al. a), da Sexta Directiva 2º, e do n.º 1, 2, al. a), b) e c), e do art. 4º, n.º 1 do CIVA.

A empresa que executa os serviços, enquanto empresa que surge no giro comercial, como uma empresa municipal, que tem como escopo a gestão de resíduos urbanos, assume-se como um sujeito passivo de IVA (cfr. al. a), do n.º 1, art. 2º do CIVA).

De acordo com o critério de conexão da origem do prestador de serviços, as prestações de serviços de limpeza urbana, executados por uma empresa municipal, por se encontrarem localizados em território nacional, por aqui se encontrar a sede são tributados em IVA (cfr. art. 6º, n.º 6, al. b) do CIVA).

A prestação de serviços de limpeza urbana não se encontra no leque de operações isentas (cfr. art. 9º do CIVA).

A prestação de serviços em que se materializa o subsídio destinado a suportar os encargos com a limpeza urbana do Município, deve ser tributada em IVA pelo valor do subsídio atribuído, á taxa reduzida de IVA de 6% (cfr. art. 11º, n.º 1 e 98º da Sexta Directiva e arts. 16º, n.º 1, n.º 5, al. c) e 18º, n.º 1 do CIVA).

BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO, António Joaquim e TOMÁS, João Amaral, *Manual do Imposto sobre o Valor Acrescentado*, Porto Editora, 1986.
- CASALTA NABAIS, José, *Direito Fiscal*, Almedina, 2000.
- DA SILVA FERNANDES, José Domingos, *Manual do IVA*, Publisher Team, 2006.
- LAIRES, Rui, *A Incidência e os Critérios de Territorialidade em IVA*, Almedina, 2008.
- MICONI, Pascale, *Notas á Sexta Directiva do IVA*, DGCI, Serviços de Administração do IVA, 1986.
- PALMA, Clotilde Celorico, *As regras do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado sobre a localização das prestações de serviços*, Revista TOC, n.º 29, Agosto de 2002.
- PALMA, Clotilde Celorico, *Linhas gerais da proposta da directiva das prestações de serviços B2B*, Revista TOC n.º 63, Junho de 2005.
- PALMA, Clotilde Celorico, *Introdução ao Imposto Sobre o Valor Acrescentado*, Cadernos do IDEFF, N.º 1, 5ª Edição, Almedina, 2012.
- PEREIRA, Carlos Ramos, *O Conceito de Sujeito Passivo na Sexta Directiva IVA e na Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, tese de doutoramento não publicada, Santiago de Compostela, 2001.
- SALDANHA SANCHES, J. L., *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2001.
- VASQUES, Sérgio, *Imposto Sobre o Valor Acrescentado*, Almedina, 2015.
- VIDAL LIMA, Emanuel, *IVA Comentado e Anotado*, Porto Editora, 2003.■

BIOGRAFIA DA AUTORA

ADRIANA MONTEIRO

Formação Académica

Mestre em Ciências Jurídico Políticas, menção em Direito Fiscal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015 – 2017)

Pós- Graduada em Fiscalidade pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 2012

Curso de Contabilidade para Juristas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 2011

Pós-Graduada em Direito e Empresas pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique, em 2010

Pós-Graduada em Direito Fiscal das Empresas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2008

Pós-Graduada em Contencioso Tributário pelo Instituto Superior de Gestão de Lisboa, em 2006

Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2004

Experiência Profissional

Advogada no escritório *Adriana Monteiro – Advogados RL*, desde Maio de 2018

Advogada na sociedade “*Nuno Cerejeira Namora, Pedro Marinho Falcão – Sociedade de Advogados, RL*”, de Janeiro de 2006 a Abril de 2018

Inscrita na Ordem dos Advogados

Consultora Fiscal da Valeu Connector

Membro da Associação Fiscal Portuguesa

Membro da Internacional Fiscal Association

Autora do livro *IVA nos atos médicos*, Almedina, 2018

Autora do artigo *Contrato de Agência: Tributação em IVA*, DataVenía, 2018

Autora da anotação ao artigo 46.º, da LGT, *Legixt*, 2018

Autora da anotação ao artigo 25.º, da LGT, *Legixt*, 2017

Autora de diversos artigos e separatas na área da fiscalidade

Oradora convidada em diversos congressos e conferências

Sócia fundadora da sociedade Valdemar & Filhos, Lda.

Sócia fundadora da sociedade Alltop Consultores, Lda.

Sócia fundadora da sociedade Ventos d’Aurora.

Áreas de Actuação

Tributação do Rendimento | Tributação da Despesa | Tributação do Património | Tributação Internacional | Direito Penal Fiscal | Direito Fiscal Contra-Ordenacional | Contencioso Tributário e Arbitragem Fiscal | Direito Societário | Família e Sucessões | Direito Penal.

Challenges of providing care for the urban elderly in Ghana

Thesis submitted to the University of Ghana

Daniel Nikoi Kotei

Assistente social

DEDICATION: I dedicate this report to my parents: Mr. Perigino Kotei Dzani and Mrs. Harriet Kailebi Anang. Also to my brothers: Theophilus Amon Kotei and Joshua Dzani Kotei

ACKNOWLEDGMENT: My first acknowledgement goes to the Almighty God for bringing me to the successful completion of this thesis. Various individuals have contributed immensely, from the beginning to the end of this thesis. My appreciation goes to my supervisor, Dr. Ebenezer Saka Manful, who provided academic guidance and supervision throughout the preparation of this study. I also express my gratitude to Mr. Ebenezer Adjetey Sorse, the Executive Director of HelpAge Ghana for his kind support and motivation in carrying out this study till its completion. Also deserving are my loving friends: Michael Ofori, Simon Addae, Samuel Kwartei Quartey, Mr. Abraham Quansah, and Evelyn Anaman. Finally, I express my sincerest appreciation to every individual who has contributed directly or indirectly to the completion of this thesis.

ABSTRACT: With the increasing evidence that populations are growing older, there are also emerging concerns about the numbers of elderly persons who require care in order to achieve acceptable quality of life. Care for the elderly has occurred at the same time as

the traditional social welfare system of Ghana, the extended family, has begun to break down. This study was conducted to explore the challenges that the urban elderly and their caregivers face in providing care for the former in the La Sub-Metro, a suburb of Accra, in Ghana. This study used qualitative and quantitative survey methods – both explorative and descriptive in nature. Data was collected from a selected sample comprising 126 respondents of which 100 were elderly persons aged 60 and above, 22 caregivers and four services providers. Elderly respondents were randomly selected. Structured questionnaires and interview schedules were used to solicit responses and experiences of the elders, their family caregivers and service providers on care for the elderly. Findings identified several challenges the urban elderly and their caregivers face in providing care for the elderly population aged 60 and above. Weakening traditional family system, inadequate finances, poor physical strength of the elderly, poverty and high cost of living were the challenges that were discovered. The study recommended that the community and the government should help the family to be receptive to the provision of care for their elderly relatives. The help can be in the form of providing respite services such as community and home-based care for the elderly in the areas of health, financial support, and counselling services to families caring for the elderly.

RESUMO: Com a crescente evidência de que as populações estão a envelhecer, surgem também preocupações emergentes relativamente ao número de idosos que precisam de cuidados acrescidos para alcançar uma qualidade de vida aceitável. Cuidados adicionais com idosos ocorre em simultâneo com o desmoronar do sistema tradicional de assistência social do Gana: a família nuclear e alargada. Este estudo explora os desafios que os idosos em centros urbanos e respectivos cuidadores enfrentam na prestação de cuidados no Gana. O estudo utilizou métodos de pesquisa qualitativa e quantitativa - de natureza exploratória e descritiva. O estudo conclui com recomendações de políticas para melhores serviços de atendimento e programas para os idosos.

CHAPTER ONE

INTRODUCTION

1.0 BACKGROUND TO THE STUDY

Over the world, studies concerning older population have established that populations are growing older. This is particularly the case in less developed countries with projections showing that populations are changing from a younger to an older age structure (Population Reference Bureau, 2010; United Nations, 2009; Velkoff and Kowal, 2007; Zimmer and Dayton, 2005). Old age is a reality of life. It is part of the human life cycle in all societies in the world. Global studies have revealed that the population of older persons is growing at a rate of 2.6% per year, which is more than double of the population as a whole, which is increasing at 1.2% annually (United Nations, 2009). By 2050, the older population is expected to continue growing more rapidly than the population in other age groups, and such demographic transformation will necessitate far-reaching economic, health and social adjustments in most countries (Kinsella and Phillips, 2005; United Nations, 2009). However, the worldwide phenomenon of ageing also brought an acknowledgement by the United Nations (UN) of the many challenges regarding ageing and national development, issues concerning the sustainability of families and the ability of States and communities to provide care for ageing populations.

Population ageing is a well-publicized phenomenon in the industrialized nations, and developing countries, like Ghana is no exception. Population ageing in developing countries is often at a much faster rate than in the developed world, which is not widely appreciated (Kelvin, Kinsella, and Victoria, 2001, p. 7). For example by 2030, it is projected that the numbers of older people 60 years and above who reside in developing countries will increase to nearly 73%, which represents an increase of 9% of the World's population aged 60 and older in 2006 (Velkoff and Kowal, 2007).

In Africa, though, ageing is not an uncommon phenomenon, it is a crisis that is just beginning to reveal its shape. It is a family crisis (Apt, 1996; Stanley, 2008). Demographic projections show that a number of countries in Africa have higher proportions of older people aged 60 and over. On average, the proportion aged 60 and over is just under 5% for Sub-Saharan Africa as a whole (Velkoff and Kowal, 2007, p. 10). For example, in 2006, South Africa recorded that 3.5 million people, representing 8% of the total population, were aged 60 and over, making it the country with the oldest population in Sub-Saharan Africa (United States Census Bureau, 2007; Velkoff and Kowal, 2007).

In Ghana, the country which serves as a context for this study, the population aged 60 years and over increased from 812,000 in 1990 to 1.3 million in 2006 (Velkoff and Kowal, 2007). However, projections suggest that by 2050, the country will have an estimated 2 billion older persons (United Nations, 2007). Besides, the average life expectancy at birth in the country stands at 61 years: male, 59.78 years; and for female, 62.25 years (Central Intelligence Agency World Factbook [CIA], 2011). This implies that the Ghanaian population is growing older, and this may be attributable to improvements in health and longevity. At the same time as the proportion aged 60 and over in many Sub-Saharan African countries is projected to increase in the region, most countries are projected to remain fairly young, with less than 6% aged 60 and over (United States Census Bureau, 2007; Velkoff and Kowal, 2007).

Also, in many countries in the world, the ‘oldest old’ – those aged 80 and over, are projected to be the fastest-growing segment of the older population and, this can be said to be really the case for a majority of Sub-Saharan African countries as well. For instance, in 2006, around 2.5 million people in Sub-Saharan Africa were aged 80 and over, and this number is projected to more than double to 6.3 million by 2030 (United States Census Bureau, 2007; Velkoff and Kowal, 2007).

Regardless of the rapid growth in the older population, studies have revealed that older people are often economically poorer and suffer worse social and political exclusion than do other age groups (Beales, 2000; Nhongo, 2004). As such, all societies have some arrangements for meeting the needs of the aged. Old age is considered a period of chronic poverty and powerless, and this is true for a majority of African countries where the problem is worsen given that large numbers of people of all ages endure extreme poverty which affects all facets of their material and social existence (Beales, 2000; Nhongo, 2004; Stanley, 2008). In Ghana, despite being uncommon to find older people living alone, the latter is becoming more manifest in both rural and urban areas (Apt, 1996; Asante, 2004; Mba, 2005). Rising societal neglect of the elderly makes ageing a problem (Apt, 1996).

1.1 PROBLEM STATEMENT

While there is increasing evidence that populations are growing older, the numbers of those who require care in order to achieve an acceptable quality of life has occurred at the same time as the traditional social welfare system of Africa, the extended family, has begun to break down (Apt, 1996). The elderly are, arguably, more vulnerable because of the absence of universal social security schemes and the breakdown of families, stemming from increasing economic hardship and the stagnation and weakening of family organization and kinship networks in Ghana (Apt, 1996; Mba, 2004a; 2004b).

Moreover, reports on studies of ageing have established that, the incidence of elderly destitution is on the increase in Ghana (Apt, 1993; 1996; Asante, 2004; Mba, 2005). Elderly people are found begging on the streets, and this could be due to insufficient family support. Added to this are observations showing that elderly parents have become economic appendages to their children's families, instead of integrated members with economic activities revolving around them (Apt, 1996).

In consideration of the increasingly changing trends in the living arrangements of the urban elderly as well as changes in the trend of family support for older people, it can be inferred from studies concerning population ageing in Ghana that very little has been done on issues concerning care for the elderly. Disproportionate consideration is given to the other aspects of the age spectrum such as children and the youth (Apt, 1996; Mba, 2005). On the basis of this, this study is inspired by the need to explore the challenges that the urban elderly and their caregivers face with regard to providing care for the former in the La Sub-Metro, a suburb of Accra.

1.2 OBJECTIVES OF THE STUDY

1.2.1 Aim of the Study

The aim of this study is to explore the care provisions of the urban elderly and the challenges the elderly and their caregivers face in providing care for the urban elderly in the La Sub-Metro.

1.2.2 Specific Objectives

Specifically, the study seeks to:

- identify the care needs of the elderly and the challenges they face with regards to meeting those needs.
- find out the types of care the elderly receive.
- examine the challenges caregivers face in caring for the elderly.
- identify the factors that affect the care delivery arrangements for the elderly.

1.3 RESEARCH QUESTIONS

Based on the above stated research objectives, the study seek to obtain answers to the following research questions:

1. What are the care needs of the elderly?

2. What challenges do the elderly face with regard to meeting their pressing care needs?
3. What types of care do the elderly receive?
4. What challenges do caregivers face in providing care for the elderly? and
5. What factors affect the care delivery arrangements for the elderly?

1.4 SIGNIFICANCE OF THE STUDY

With the emerging phenomenon of rapid growth of elderly populations in Ghana in the face of society changing, there is the need to acquire data which would identify the challenges the urban elderly and their caregivers face in the care transaction in society. Through this study, information regarding the situation of the urban elderly in the La sub-metro in Accra, with respect to their pressing care needs and the challenges they face in meeting those needs would be made available. This will facilitate and enhance understanding of the situation of the urban elderly in the community. The findings of the study would reveal the kind of caring relationships existing between the urban elderly and their caregivers, how these relationships can influence the quality of care that the former receive, and the challenges that caregivers face in caring for the elderly in the community. Moreover, the types of care that elderly persons receive in the urban area and the factors that affect care delivery for the elderly in society would be made available. This can inform policy formulation, programme design, and the delivery of welfare programmes by the government, non-governmental organizations, and other civil society groups for older people in the country. Furthermore, this study will serve as a stepping stone for further research into issues of care for older people as well as a source of literature concerning the general field of ageing in Ghana.

1.5 STUDY AREA

The study was carried out in five selected communities within the La Sub-Metro namely Kaajaano, Laa-Kpanaa, New Mantiase, Ado-Betor, and La-Koo. The La Sub-Metro, which is one of the eleven (11) sub-metros in the Greater Accra Region of Ghana, is located at the south-eastern part of the region, and has a total population of 81,684, comprising males, 39,726; and females, 41,958; and a total of 19,543 households (Population and Housing Census, 2000). The choice of the study area is influenced by the assumption that the experiences of the elderly in the whole sub-metro represent the experiences of a significant section of the elderly in Accra. Also, as the researcher is a Ga and wanted to carry out field interviews with the elderly in the vernacular, there was an added inducement to choose this community.

1.6 DEFINITION OF TERMS

This part of the study provides definition of key terms as used in the study as follows:

Care: For the purpose of this study, the term ‘care’ refers to “the variety of support and services that enhance or maintain an elderly person’s quality of life” (National Association of Social Workers [NASW], 2010). It also includes, but not limited to, the physical, social, emotional, financial, and/or spiritual support to meet the needs of the elderly in society.

Caregiver: Refers to the extended family, domestic partners, friends, individuals, or institutions who support an elderly person (NASW, 2010). In this study the caregivers were mainly the children and other family relations of the elderly in the La sub-metro.

Challenges: These denote the barriers that hinder the elderly and their caregivers from providing services to meet the socio-economic needs of the former, in society.

Elderly: In this study, the elderly, which is used interchangeably with ‘an older person’ or the ‘aged’, refers to a person who is 60 years and above. This follows the United Nations definition of older people as those who are 60 years and more, and the fact that in Ghana the official age of retirement is 60 years old.

Extended family: Extended family here is defined to include the nuclear family with other close relatives.

Family: Family, in this context, refers to a group of people who consider themselves as related by blood, marriage and/or adoption.

Nuclear family: Is a close family make up by parents and children.

Urban Area: The census or statistical definition of an urban area in Ghana is any settlement with a population of 5,000 or more persons (Ghana Statistical Service [GSS], 2002). Added to this, an urban area should, however, have modern facilities such as electricity, schools, access to good roads, access to potable water, health care services, and some industries (Apt, 1996).

Urban-elderly: Urban-elderly refers to a person aged 60 years and above who resides in an urban area in Ghana.

Quality of life: As used in this study, quality of life refers to the degree to which an elderly person is able to access and enjoy the basic necessities of life, such as food, clothing, housing, healthcare, transportation, and security.

1.7 ORGANISATION OF THE STUDY

The study is organized into five chapters.

Chapter one provides an introduction which covers the background to the study, the problem statement, objectives of the study, research questions, significance of the study, description of the area of study, definition of terms,

and the organization of the study. Chapter two reviews relevant literature related from the empirical and theoretical perspectives. Chapter three provides an in-depth explanation of the methodology of the study. Chapter four presents the findings and discussion of findings of the study. Chapter five focuses on summary, conclusion and recommendations for the study.

CHAPTER TWO

LITERATURE REVIEW AND THEORETICAL FRAMEWORK

2.0 INTRODUCTION

This part of the study presents the review of literature based on the following themes and concepts: definition of the elderly; the demography and living arrangements of the elderly in Ghana; needs of the elderly; types of care and care arrangement for the elderly; informal caring systems for the elderly; formal caring systems for the elderly; challenges caregivers face in caring for the elderly; and factors affecting care arrangements and delivery for the elderly. The theoretical framework of the study is also presented under this chapter.

2.1 THEORETICAL FRAMEWORK

This study employs the Family Systems theory by Bowen (1966) and the Modernization theory by Cowgill and Holmes (1972) as frameworks to explain the existing challenges encountered by the urban elderly and their families and/or caregivers in providing care for the former in society. These theories are frameworks for the study because they have achieved wide prominence as paradigms for dealing with questions pertaining to the situation of the elderly around the world.

The Family System theory, which is a type of the systems theory, takes into account the whole family structure, characteristics of the care recipient and of the caregiver(s), and how the family functions. The Family System theory assumes that, these elements of the family can influence the quality of care provision for the elderly (Bass, 2002; Gupta and Pillai, 2005). According to the Family Systems theory, any attempt to bring about change in the family has an impact on the interlocking systems and the social institutions in which the family is embedded. Changes to the family system, such as supporting caregivers of the elderly both financially, socially, and emotionally, have produced positive lasting results in improving care for the elderly (Bass, 2002). The Family Systems theory also assumed that, in order to achieve the goal of providing care for all the members in the family, the family must secure and conserve energy from within its internal resources. The members of the family must contribute resources for the family system as well as import resources for their individual purposes (Bowen, 1966).

The above statement thus, provides the study with a lens to perceive care for the elderly in the Ghanaian society as a primary practice that takes place within their families. In this regard, most elders in the Ghanaian society give birth to a large number of children in order to serve as a form of social security in old age. The family system retains these adult children, who live in a joint household with their families, with an obligation to provide care for the elderly until they die. However, changes resulting from high cost of living, the deployment of female family members outside the family, who mostly provide the majority of care to the elderly, and the advent of modernization create a challenge in delivering care for the elderly (Apt, 1996).

The Modernization theory assumes that living in large and extended households is common in traditional agricultural societies but becomes less manifest with development, industrialization, and division of labour (Cowgil and Holmes, 1972).

According to the theory, as societies progress from tribal and agrarian economies to individualized and urbanized way of life, the traditional high

status of the elderly becomes undermined while the roles typically allocated to them become greatly modified (Burgess, 1974). Modernization alters an individual's values, attitudes and his/her patterns of interactions and the prevailing cultural arrangements (Cowgill and Homes, 1972). According to the theorists, modernization begins with more or less pronounced and accelerated breakdown of the traditional social order and undermines the traditional ability to support, integrate and provide meaning of life in one's declining years. Added to this, modernization lead to specific impacts including physical separation of family members as some family tribes tends to be more mobile and migrate.

This was attested in a study conducted by Apt (1996) which revealed that, modernization influences the departure of resourceful persons within the family and household, that is, the able-bodied and the young, whose services are needed in the processing of daily needs; the departure of caregivers, mostly women, through formal education and employment; and finally, the inability of the able-bodied to earn needed income as providers owing to increasing unemployment, underemployment and low salary levels even for the fully employed. Applying the modernization theory provides the study with a lens to effectively view the challenges of providing care for the elderly in the urban area as a result of society modernizing.

In summary, the Family Systems theory provides this study with the lens of looking at care for the urban elderly to take place within the family and, therefore, any factor that affects the family will pose a challenge to providing care for the elderly. The Modernization theory, on the other hand, blames the advent of modernization as a factor that puts older people at a disadvantage as it tends the statuses of these generations and leaves the elderly in relative deprivation.

2.2 DEFINITION OF ELDERLY

When does someone become “old”? or “elderly”? A number of terms have been used to describe people who are considered to be old, but there is an increasing awareness that the terms used should acknowledge the tremendous diversity inherent in a group of people whose ages can span a range of 40 or more years (Kinsella and Phillips, 2005). In most developed countries, the chronological age of 65 years has been accepted as a defining year of an 'elderly' or older person, but like many westernized concepts, this does not adapt well to the situation in Africa (World Health Organization [WHO], 2012). While this definition is somewhat arbitrary, it is many times associated with the age at which one can begin to receive pension benefits. At the moment, there is no United Nations (UN) standard numerical criterion, but the UN agreed cut-off is 60+ years to refer to the older population (WHO, 2012). Although there are commonly used definitions of old age, there is no general agreement on the age at which a person becomes old. The common use of a calendar age to mark the threshold of old age assumes equivalence with biological age, yet at the same time, it is generally accepted that the calendar age and the biological age are not necessarily synonymous (WHO, 2012).

In Africa, realistically, if a definition is to be developed, it should be between 50 to 55 years of age, but even this is somewhat arbitrary and introduces additional problems of data comparability across nations (WHO, 2012). Adding to the difficulty of establishing a definition, actual birthdates are quite often unknown because many individuals in Africa do not have official records of their birth date (WHO, 2012). In Ghana, for instance, where most of the people have difficulties knowing their date of birth, assessing one's ageing through calendar dates becomes a real challenge (Apt, 1996). In addition, chronological or "official" definitions of ageing can differ widely from traditional or cultural definitions of when a person is older (WHO, 2012). In the Ghanaian traditional society, recognition of ageing is given through distinct life stages to which roles and patterns of activities are attributed. The

common age categories are childhood, adolescence, adulthood and old age and role expectations differ from one stage category to the other (Apt, 1996). Thus, in the Ghanaian tradition, age, wisdom, and perfection become one; a symbiosis in perfection as demonstrated by the Akans who symbolically address an enstooled child chief as the elder (Apt, 1996).

In summary, issues regarding the definition of older people are still critical in Ghana, as well as most African countries. However, in this study, the elderly is defined to include all persons who are 60 years and above, and thus follows the UN definition of older people as those who are 60 years and above, and the fact that, in Ghana, the official age for retirement is 60 years old.

2.3 ELDERLY IN GHANA: DEMOGRAPHY AND LIVING ARRANGEMENTS

Over the world, global studies on population ageing have established that populations are ageing, and this can be said to be the case for developing countries as well (United Nations, 2009). However, such demographic transformation, will effect have far-reaching implications, including welfare provision, economic, health and social adjustments in all countries (Kinsella and Phillips, 2005; United Nations, 2009). In Ghana, although the majority of the population is characteristically youthful, the population of those aged 60 years and above is also growing. For example, the proportion of the elderly to the total population increased from 9% in 1960 to 12% in 2000, representing a rise from 0.6 million to 2.3 million over the same period (Mba, 2007, p. 105).

According to Mba (2007), the increase in the number and proportion of the elderly persons lends itself to a number of explanations, such as improvements in life expectancy precipitated by improved public health measures, better nutrition and personal hygiene; and declining fertility, which reduces the share of the young children to the total population. Again, the characteristics of the elderly population derived from the 1993-2003 Ghana Demographic and Health Survey (GSS, 2004) disclosed that, generally, there are more

elderly women than men during the period under review since about 52% of the total elderly population are females. This is because in most populations of the world women live longer than men (Mba, 2007). A combination of female greater longevity and marriages between older men and younger women, where mostly the age differ from two to eight years (Apt, 1996), results in women living longer after the death of their spouses (Mba, 2007). The implication for this could be that, more elderly women than men are expected at older ages.

In terms of older people, living arrangements are of special importance, because living arrangements reflect both the nature of accommodation required and the need for independent living, community or institutional long-term care (Kinsella and Phillips, 2005). Living arrangements often reflect socio-cultural preferences; for example, a preference for living in nuclear-family households versus living in an extended-family household, or the tendency of society to allow, encourage, and support institutionalization of older people. Living arrangements, according to Kinsella and Phillips (2005), also reflect the desire and ability of many older people to live independently. At one time, living alone was thought to indicate social isolation or family abandonment of older people.

However, research in more developed countries consistently shows that older people prefer to reside in their own homes and communities, even if that means living alone. Large proportions of older people live alone in many developed countries (Kinsella and Phillips, 2005). However, in less developed countries, according to Kinsella and Phillips (2005), most studies indicate that older people want to live with, or at least close to, their children and/or family relations, with the expectation of receiving support from them.

In Ghana, earlier study by Apt (1996) concerning the living arrangements of the elderly in society revealed that, most of the elderly stay with their families as they grow older. Twenty first century studies on the living arrangements of the elderly in Ghana showed that, although extended household living is still prevalent, there are great variations in living

arrangements by sex. For instance, in a study by Mba (2007), it was discovered that women are much more likely than men to live in extended households (that is, living with spouse, children, grandchildren, sons-in-law, daughters-in-law), in addition to distant relatives and non-relatives. This is because from his findings about 70% of elderly women lived in extended households as compared to about 41% of older men.

On the other hand, roughly 37% of elderly men live in nuclear households (consisting of spouse and children), compared with about 8% of older women (Mba, 2007, p. 107). The explanation for this variation by sex, according to him, is that women tend to live longer than men in most populations, and may therefore have more grandchildren and children-in-law with whom to live. Another possibility is that when the husband dies, a woman may need to move in with extended family for support. Also, grandmothers, rather than grandfathers, may be seen as the more natural choice of individuals to assist in caring for grandchildren (Mba, 2007). With regard to living arrangements of the elderly in Ghana, Mba (2007) discovered that the elderly in rural areas are six to seven times more likely than their urban counterparts to live alone. This is because their adult children move to towns and cities in search of jobs, education and apprenticeship.

Brown (1999) in his study discovered some explanations given by the Ghanaian elderly for preferring to stay with their families. These are:

“to avail themselves of the care and love of the family; to be assisted in the execution of activities of daily living; to enjoy the companionship of family members and as a result feel secure, happy and comfortable; to avoid anxiety and maintain a mental equilibrium; to ensure reciprocal help in the family and maintain family solidarity; to share ideas and take decision together; to follow the tradition and customs of society; to avoid injuries and accidents; as well as to receive medical assistance in terms of sickness” (p. 81).

Brown (1999) further discovered that most of the elderly in his study sample were fairly active in their daily activities. The results in Brown's (1999) study with respect to the activities of daily living by the elderly, revealed that with the exception of the activities which demanded strenuous physical effort such as fetching water, washing of clothes and sweeping, the elderly were able to perform most of the daily activities, either on their own or with minimum help.

In summary, most elderly in Ghana still live with their relations, especially their extended families. However, as the extended family declines under the pressure of changing social and economic environment, responsibility for the care of the elderly is rapidly being transferred to the nuclear family (Mba, 2007).

2.4 NEEDS OF THE ELDERLY

Needs are resources that the elderly need to survive and function efficiently in their countries (Johnson and Schwartz, 1997). The term "needs" in terms of definition and assessment, have attracted various concerns for the large human society in the world. This is because, needs are not value-free, as who determines it, how it is determined and for what purpose it is done, will all affect the outcome. Again, neither the methods used to identify needs nor the concepts of social needs have been clearly defined. It is broadly understood that the ideologies of need will guide the methods of identifying need, thus directing the types of social services in meeting the need (Smith and Harris, 1972). Maslow (1954) suggested that human needs could be structured into five categories in a hierarchy of ascending order of prepotency and probability of appearance: (i) physiological; (ii) safety and security; (iii) belonging and love; (iv) esteem; and (v) self-actualization.

With reference to the provision of service, it has been claimed that services should be geared to meet these needs, as social problems are the result of these needs not being met. Shaw et al (2011) raised concerns that the concepts of

“need” and “want” have always been at the centre of policy design and policy provision in modern welfare states, and the extent to which the needs of people, specifically older people, are met by the delivery of benefits and services is a key indicator of the effectiveness of a welfare state.

Bradshaw (1972) in his definition of need distinguishes between five kinds of social needs: normative, felt, expressed, comparative, and technical. Normative need is defined by comparing the differences in people’s access to resources, for example, services. A person’s or group’s felt need is based on their own belief of need, which becomes an expressed need once it has been formulated as a demand. Finally, technical need occur when existing provision is made more effective or a new kind of provision is invented, in which case a need for a new kind of solution arises (Shaw et al, 2011).

Tintin (2012) found that needs of the elderly could be of various types such as financial needs, health needs, dietary requirements, social and other needs. Tintin (2012) established that for elderly individuals who happen to be living on their own, it is natural that they will have certain amounts of financial needs. The elderly will have to provide items such as food, groceries, medicines, and so on, for themselves. Tintin (2012) stated that the elderly persons who do not have any pension facilities or any other sources of income would have to rely entirely on their savings or through special senior citizen government finance schemes.

Moreover, Tintin (2012) revealed that health care is very essential when it comes to needs of the elderly, because with advancing age, the body of the elderly person tends to slow down because of wear and tear, and becomes less efficient as one grows. Elderly people are prone to age-related health issues, and this is a normal aspect of life. However, through proper medical care and nursing facilities, one can help in keeping most of these health issues in check and prevent them from causing any serious harm (Tintin, 2012). Tintin (2012) suggests regular medical checkups as necessary to help in anticipating

potential future health-related issues, and also help to identify serious health problems at an early stage during which treatment is possible and effective.

In summary, with regard to needs of the elderly, the literature revealed that needs of the elderly are in various form, ranging from financial needs, to medical and social needs. However, as revealed by Bradshaw (1972) most of these needs can either be normative, felt, expressed, comparative, or technical needs. Because people have needs it becomes important to develop or arrange care and support services to meet these needs to achieve higher positive developmental outcomes for the elderly populations.

2.5 TYPES OF CARE AND CARE ARRANGEMENTS FOR THE ELDERLY

Caregiving is usually characterized as either formal or informal, although the distinction between the two can be artificial (Kinsella and Phillips, 2005). Some services such as meals-on-wheels programs for house-bound older people are formally organized, but often delivered partly by volunteers, making these programs a combination of formal and informal support. According to Kinsella and Phillips (2005), care is extremely important but difficult to quantify because many activities may not be recognized by the giver or receiver as “support” or “care.” Family members are the major providers of informal support: daughters and daughters-in-law are often the primary caregivers (Kinsella and Phillips, 2005).

Kinsella and Phillips (2005) argued that the increasing joint survivorship at older ages means that the spouse, usually the wife, rather than an adult daughter is often the primary informal caregiver. While many older people receive financial and other support from adult children, support is often reciprocal. For example, in countries with well-established pension programs, many older adults give support and care to their children and grandchildren (Kinsella and Phillips, 2005). Older people in less developed countries are less likely to provide financial help to younger people, but often contribute

significantly to family well-being in many ways, ranging from socialization to housekeeping to child care (Kinsella and Phillips, 2005).

2.6 INFORMAL CARING SYSTEMS FOR THE ELDERLY

Informal care is care provided by relatives, friends, and neighbours to older people and their families. Much informal care provided to older people by their children, family relations and/or friends is instrumental (such as help with cooking, cleaning, and shopping); personal (help with eating or toileting); and emotional (personal visits and communication) (Kinsella and Phillips, 2005).

Care of the elderly by members of the informal system is typical of all countries of the world (Chappel, 1990). Such a mechanism includes family, friends, neighbours and members of a collectivity such as a village, community, ethnic group or clan. Generally speaking, such care is provided voluntarily without remuneration. Care by family members predominates among the alternatives within the informal support system (Kosberg, 1992). However, the family's capacity to care for its older members seems to depend on its social and economic situation; whether it comes under the ambit of a social security system or not; and its actual nature or structure as a social unit (Brown, 1999).

Empirical studies reveal that families are under severe pressure in most of the developing world, where widespread poverty tends to constrain their social and economic situation. Where the coverage of social security is very limited, and where the structure of the family unit is undergoing far reaching changes (Apt, 1996; Beales, 2000; Brown, 1999). Many reasons have been given to explain why the families have traditionally cared for their older members and, thus, the influence of historical tradition is important in this context. If the responsibility of caring for the elderly in a society had always been with the family, then it had become expected by the elderly and provided without question by the family (Brown, 1999). In such a traditional context,

family care was informed by social or cultural custom and norms. In cases where such care was not willingly provided, informal sanctions against the irresponsible family members became eminent as formal sanctions such as fines or incarceration (Kosberg, 1992, p. 3), as well as shame.

Female members of the family have been the major caregivers of elderly in most societies in the world (Brody, 1981; Gibson, 1984; Koser and Burns, 1981). This fact is confirmed in Ghana in studies by Apt (1996) and Brown (1999). Indeed, while caring for the elderly can make demands on all family members, the brunt of the burden is undoubtedly usually born by wives, daughters, daughter-in-laws, sisters and grandmothers (Brown, 1999). Part of the explanation is due to the tradition of females as caregivers. In the past, women remained in the home, thus making them available to provide care to elderly relatives, while the men usually worked in jobs outside the home (Allan, 1985; Kosberg, 1992).

Results from a nationwide pilot survey revealed that in terms of care for the elderly with regard to financial support, very few elderly people receive regular financial assistance from their children or other relations (Apt, 1996). In urban areas, the “few” financial allowances mostly come from the elderly person’s own children and, occasionally, from his/her brothers and sisters (Apt, 1996). In rural areas, the assistance is usually received from elderly person’s children and occasionally from nieces and nephews. The study further revealed that more elderly women than men receive financial support from nephews and nieces. According to Apt (1996), however, there are no reliable data regarding the actual monetary allowance to elderly parents. Given the current economic situation in Ghana, it may appear that monetary allowances given to the elderly may not be enough, and may be infrequent. Notwithstanding, the fact that children do place high value on the support of ageing parents, the extent to which they actually provide such support in particular, financial support, may depend on their own economic means and situation (Apt, 1996).

Brown (1999), also in his study discovered that the most types of care provided to elderly persons by their caregivers in society were cooking; caring for the elderly person when sick; provision of material assistance; cleaning of house; washing of clothes; provision of emotional support; assistance with taking of medicine, provision of money; among other services which are considered as informal but vital to enhancing the quality of life of the elderly in society.

While on one hand the family system is viewed as a source of support for the elderly, on the other hand it is seen as a source of stress to many or some family members. Possibly, this may cause displaced aggression towards the elderly in families where they are dependent on children and other close relatives (Foire, Becker and Coppel, 1983).

A major weakness of family support system in Ghana is that it is not formal; its effectiveness depends on the demographic and life cycle evolution of the family unit and its members (Brown, 1999). In connection, the introduction of formal programme which assist the family and especially its younger members in providing support for elderly relatives will enhance the quality of life of the elderly. This is because formal programmes usually mobilize State resources and intervention to provide relief services to meet the needs of the elderly, especially the vulnerable, as family support for them declines due to economic hardship and modernization.

2.7 FORMAL CARING SYSTEMS FOR THE ELDERLY

According to Kinsella and Phillips (2005) 'Formal care' generally comes from paid professionals and public and private services set up specifically to provide a service such as home nursing, home help, or counselling to the elderly in society. In Ghana, the responsibility of providing formal care to the elderly in society is mainly assumed by the Department of Social Welfare. The Department of Social Welfare is the main government department responsible for supervising the affairs of the elderly and coordinating the

activities of the various organizations and associations involved in the provision of voluntary social welfare services and material help for the elderly (Brown, 1999).

Some social protection programmes and policies in Ghana that provide formal care and support services to the elderly include: the National Health Insurance Scheme, the Livelihood Empowerment Against Poverty (LEAP), the National Pension Act, 2008 (Act 766), and the National Ageing Policy, 2010.

The National Pension Act, 2008 (Act 766) provides for a pension reform in Ghana that came into operation on January 1, 2010. The Act 766, provides the elderly with a regularly minimum monthly pension of GH¢50.46, an increase of 5% and a flat amount of GH¢15.27 of the previous minimum pension (Social Security and National Insurance Trust [SSNIT], 2012). The Act 766 covers workers of both the formal and informal sectors and offers the elderly the opportunity to save money for retirement. Workers who are registered with the pension scheme are required to contribute 5.5% of their earnings to the fund, while their employers contribute 13%, thus making a total of 18.5% of the worker's salary.

Out of the total contribution of 18.5%, the Act 766 orders that it should be distributed and managed as follows: 13.5% to the First Tier Mandatory Basic SSNIT (2.5% National Health Insurance Scheme [NHIS] Levy for Health care, and 11% for pensions). Also, 5% out of the total contributions of 18.5% go to the Second Tier Mandatory Occupational Pension Scheme which is responsible for the payment of a lump sum benefit to replace the 25% lump sum formerly paid by SSNIT (Yanka, 2011).

In 2003, the National Health Insurance Act, 2003 (Act 650) was passed to provide financial access to quality basic health care services to all residents in the country. In 2004, a Legislative Instrument (L.I 1809) was enacted to regulate the operations of the NHIS, with the National Health Insurance Authority (NHIA) being the regulatory body. Under the Act 650, every person

resident in Ghana is eligible to register under the scheme. For citizens' aged 70 years and above, the Act 650 exempted them from paying premium (Nhia, 2011). However, the age 70 years is too high as life expectancy in Ghana is 61 years. This implies that many elderly die before they could benefit from free healthcare.

Government initiated programmes like the Livelihood Empowerment Against Poverty (LEAP) to provide poor elderly persons who are 65 years or older and with no support, no alternative means of meeting their subsistence needs and have limited productive capacity with financial relief. The LEAP programme which is under the administration of the Department of Social Welfare, started as a pilot project in March 2008 in Ghana. The LEAP provides the poor elderly with conditional and unconditional cash transfers amounting to GH¢8.00 to GH¢15.00 every two months (Department of Social Work, 2011). Besides, beneficiaries are provided free health insurance through the NHIS.

Another action by the government to promote the provision of formal care and support services to the elderly in Ghana is the passing of the National Ageing Policy in July 2010. The policy is to achieve the overall social, economic and cultural re-integration of older persons into mainstream society, and to enable them as far as possible to participate fully in the national development process (National Ageing Policy, 2010). However, as it stands now, government is yet to allocate specific budget for the implementation of the National Ageing Policy.

In summary, it could be argued from the literature concerning formal caring systems for the elderly in Ghana that, certain State implemented social protection programmes such as the LEAP and the pension scheme provides the elderly with financial supports. However, these financial supports are not constantly adjusted to take care of the inflation and changes in the cost of living in society. Thus, fail to provide the elderly with adequate level of social protection to maintain their financial independence.

2.8 CHALLENGES CAREGIVERS FACE IN CARING FOR THE ELDERLY

Empirical evidence from studies in gerontology has established that caring for the elderly person may constitute a burden for some members of the family. For instance Jacobson (1980), noted in his study that majority of the caregivers experience negative feelings about their roles since the majority of cases involved one person providing most of the on-going care for each elderly person in need. Allan (1985) also revealed that while caring for the elderly can make demands on all family members, the brunt of the burden is mostly borne by women. Further, Brody (1981) revealed that daughters and daughters-in-law in particular have the overwhelming responsibility of caring for the aged in the family.

In a study by Brown (1999), most (62.3%) of the caregivers stated that caring for the elderly person constituted a burden on them. The challenges narrated by these caregivers of the elderly include lack of money for personal needs (88.3%); limited time for personal activities such as hobbies, and visiting of friends and relatives (70%); and feelings of anxiety about the elderly health (56.6%). These challenges according to Brown (1999) constituted the major adverse effects on the caregivers in their care giving roles (pp. 100-101).

Most elderly persons rely on only one person for major care although other members of the family would help out occasionally (Jacobson, 1980). Motivated by a sense of family obligation, these persons provide most of the on-going care for the elderly persons in need to the best of their abilities and without much complaint. According to Forner (1986), the resulting emotional conflicts and the extra burden of caring for the elderly parent take a toll on the physical, financial and emotional resources and well-being of these caregivers.

These burdens on family members are influenced by the level and nature of impairments, the existence and involvement of family support given to the major family caregiver, and the degree to which the older person is a 'provocateur', that is, make the caregiver angry or upset (Kosberg, 1985,

1988a; Gibson, 1984). In reality, excessive and unrelenting care giving demands can result in social, physical, psychological, economic and psychosomatic adversities to family members (Brown, 1999). The result may be an inability to provide effective care to meet the needs of the older person as these factors affect sometimes caregivers' abilities in care delivery.

The ultimate adversity experienced by most elderly is abuse and maltreatment. A growing body of literature indicates the existence of elder abuse and maltreatment resulting from acts of omission and/or commission by mainly family members (Kosberg, 1983, 1988b; Kosberg and Garcia, 1991). The problem of abuse and maltreatment exists in many countries and is not limited to only industrialized nations of the world. However, most developing countries have not investigated this adversity.

In summary, from the reviewed literature concerning challenges that caregivers face in providing care for the elderly in society, it can be argued that caregivers face numerous challenges ranging from financial difficulties, emotional stress, to lack of support with caring for the elderly persons. The majority of women are mostly affected by these challenges since they are the primary caregivers in society.

2.9 FACTORS AFFECTING CARE ARRANGEMENTS FOR THE ELDERLY IN SOCIETY

The traditional roles performed by the elderly in the Ghanaian society, and the support given by the family to them, is said to be undergoing some structural changes. In terms of the changes in the role of the elderly (it might be said that with its inculcation of new values, an enquiring mind and the projection of new models of social relations) formal education has brought into conflict the traditional roles and authority of the elderly (Apt, 1996; Brown, 1999). Teachers and other contemporary social leaders, rather than the elderly, are now the counsellors from whom the young seek advice (Brown, 1984, p. 29). Industrialization and job opportunities tend to make the

youth more independent, ignore and, sometimes, even challenge the authority of the elderly (Brown, 1999). The decline of traditional technology in which the youth served their apprenticeship under the elderly has resulted in the loss of their authority.

With regard to changes in family care of the Ghanaian elderly, it would be noted that with increasing social change, the interdependence of the generations which formed the strength of the family support system has been eroded by a number of factors. These factors which have led to a significant decline in family care include:

“modernization, which has created institutions which have assumed the functions, task and duties previously fulfilled by the children; the introduction of industrial occupations that have not made it conducive for younger persons to care for their elderly relatives; modern education which has tended to foster individualism and strain the old community ties of interdependence; the search for profit, competition and salaried activity, militating against the old systems of community and mutual caring; the tendency of modern mass media for eroding the best values of traditional culture and care systems; and increasing tendency of women to join the labour force” (Brown, 1999, p. 13).

The increase of these enormous societal changes has been the shift of the onus of relationships for the care of the Ghanaian elderly from the extended family system towards the nuclear family (Brown, 1999). On the other hand, it has been observed that while most Ghanaians are still willing to take responsibility of their aged parents, young people frequently complain of their own financial inability to care as much as they would wish for aged relatives (Brown, 1999, p. 34). Indeed, the overall effect of the modernization process has been pressure on the nuclear family of young wage earners to provide for themselves, with little resources available for aged parents who may be at a distance and inaccessible to personal care (Brown, 1999).

In a study by Apt (1996), traditional beliefs have immense influence on care and attention given to the elderly in society. As an elderly person gets older, both his children, grandchildren and relatives would become more detached. In the case of women, ageing and widowhood, combined, have frequently led to the charge of 'witch' being laid upon them (Apt, 1996, p. 27), as old age is related to the high likelihood of been referred to as a witch. Another challenge revealed to affect caring for the elderly in society are stigmatization, poverty, malnutrition, desertion by families, and lack of security at old age (Apt, 1996).

In studies by Apt (1996), Brown (1999), Goode (1970), and others, the advent of modernization, urbanization, and social change are said to have affected the care delivery arrangement for the elderly in African societies. Margaret Grieco (as cited in Apt, 1996) pointed out that "the process of modernization and urbanization are now beginning to erode the traditional social welfare system of Africa, specifically, the extended family. At precisely the point of time at which the numbers of the aged are growing, their customary source of support is being eroded". Apt (1996) also holds the view that urbanization and the modernization of economies have placed great burden on the extended family system and one notable sign is that this traditional social welfare system no longer offers the elderly the customary social protection they had previously enjoyed (p. 1).

Social change is also considered another factor that affects care delivery for the aged in the African society. Fairchild (1955, p. 277) defines social change as "variations or modifications in any aspect of social process, pattern or form, a comprehensive term designating the result of every variety of society movement". Brown (1957, p. 87) on the other hand pointed out that it is the movement that arises from development and modernization which must be acknowledged, in that a change is imminent when a society, as a result of an impact from outside, alters its structured form. Some of these structural changes which occur, usually in a developing society, affect the family and in Ghana, specifically, the urban sectors, there is a growing concern about the well-being of the aged and whether families can care for their elderly in the

face of ongoing changes such as urbanization, industrialization, wage labour and migration (Apt, 1996, p. 2).

The incidence of high illiteracy among most elderly in Ghana affects their quality of life in society. This is because education empowers an individual with skills and knowledge which enable him or her to be engaged in formal or other meaningful employment that ultimately provides financial security in old age (Mba, 2007). With financial security one can afford independent living. Other concerns raised by various studies are the indications that only a few elderly Ghanaians are on secured pensions, and normally, the level of pension rates are very low relating, not surprisingly, to the average low level of education and training of the elderly Ghanaian (Apt, 1996; Mba, 2007). Added to this, in Ghana, study by Okraku (1985) (as cited in Apt, 1996), revealed that, the elderly, including pensioners, return to employed work or set up their own businesses as a mode of adjustment to the harsh economic situations they face.

Another factor that affects care delivery for the elderly in society is that the ability of modern families to care for their elderly in the urban context is impaired, according to studies by Apt (1996) and Mba (2007), by crowded housing, limited financial resources, and the increasing education and employment of women. Added to this is observation that elderly parents have generally become economic appendages to their children's families instead of integrated members with economic activities revolving around them as in the past (Apt, 1996). Nonetheless, in a study by Apt (1996) as confirmed also in a study by Mba (2007), it was revealed that, in the face of social change, the most normal living arrangement of the elderly in Ghana is with relations.

In summary, it can be argued from the reviewed literature that several factors affect the processes of care giving to the elderly in society. Among these are modernization, poverty, disintegration of traditional family support systems for the elderly, and the ongoing, but slow change of the extended family to the nuclear family living patterns, in society.

CHAPTER THREE

RESEARCH METHODOLOGY

3.0 INTRODUCTION

This part of the study looks at the research design, target and study populations, sample size, sampling procedure, data collection methods, data handling and analysis, ethical considerations, fieldwork and challenges encountered during the collection of field data.

3.1 RESEARCH DESIGN

This explorative and descriptive study adopted the use of mixed research methods (qualitative and quantitative research methods) to collect data concerning the challenges that the urban elderly and their caregivers face in providing care for the former in the La Sub-Metro. The reason for the choice of the mixed research methods was to complement the strengths of approach and to enhance data validity and reliability (that is, to provide stronger insight and understanding into the challenges of providing care for the urban elderly, and to achieve consistency in findings). The combination of quantitative and qualitative approaches provides a better understanding of research problems than either approach alone (Creswell, 2006).

3.2 TARGET POPULATION

The target population consisted of the elderly, their families and/or caregivers, and institutions that provide services to them in the La Sub-Metro.

3.3 STUDY POPULATION

The study population consisted of all elderly persons aged 60 years and above who resided in the La sub-metro as at the period of the study; families and/or caregivers of the elderly; and institutions such as the “Senior Citizens Group” of the Presbyterian Church of Ghana-La Bethel Congregation; the Social Welfare Department (Zone ‘B’); HelpAge Ghana; and the National

Pensioners Association of the Social Security and National Insurance Trust (SSNIT), that provide services for the elderly in the sub-metro.

3.4 SAMPLE SIZE

A total of 126 respondents were selected from the study population. These comprised 100 elderly persons aged 60 years and above who resided in the sub-metro; 22 caregivers of the elderly in the sub-metro; and one official each from the “Senior Citizens Group” of the Presbyterian Church of Ghana-La Bethel Congregation, the Social Welfare Department (Zone ‘B’), HelpAge Ghana, and the National Pensioners Association of SSNIT.

3.5 SAMPLING STRATEGY AND PROCEDURE

Elderly persons aged 60 years and above were first identified through contacts with community members, and then listed from the various households of the five communities in the La sub-metro. After this was completed, the simple random sampling technique was used to select 20 elderly persons each from the five clusters in the sub-metro. The use of the simple random sampling technique gave each elderly person identified from the communities, the opportunity to be selected and to participate in the study. Twenty two caregivers of the elderly within the clusters were selected with the use of the snow-ball sampling technique. The use of this technique helped the researcher, after the interview of a caregiver, to identify other caregivers of the elderly in the sub-metro. In addition, the four officials who participated in the study were purposively selected. This is because they were considered to have requisite knowledge and, above all, they work for institutions that provide care to the elderly in the sub-metro.

3.6 DATA COLLECTION METHODS

3.6.1 Sources of Data Collection

Data for the study were gathered from two main sources, namely primary and secondary. Primary data were obtained from the sample size of the study

population, by utilizing quantitative and qualitative research methods. Secondary data were obtained from the review of published books and journals, periodicals, grey literature, and other archival records concerning issues of older populations.

3.6.2 Instruments for Data Collection

Three sets of field instruments were used to solicit information on the provisions of care for the urban elderly, and the challenges that the urban elderly and their caregivers face in providing care for the former in the La sub-metro. The instruments used were: structured questionnaires for the elderly respondents, and unstructured interview schedules designed separately for the caregivers and key informants. The structured questionnaires (which contained both open-ended and closed-ended questions) were used to solicit information on the personal characteristics; employment status; living arrangements; activities of daily living; needs of the elderly and challenges in meeting their needs; types of care the elderly receive and caring relationships; and the factors that affect care delivery arrangements for the elderly. Interview schedule for caregivers of the elderly solicit information mainly on their personal characteristics; types of care provided and the caring relationships existing between the caregivers and the elderly they are caring for; challenges faced by caregivers in caring for the elderly, and the factors that affect care delivery for the elderly. Lastly, interviews with key informants dealt mainly with their personal and occupation features; types of care provided; and the challenges in delivery care for the elderly.

3.6.3 Pretest of Field Instruments

A pretest was carried out by the researcher with some of the respondents within the communities in the La sub-metro, in order to refine the interview tools and improve them. This made it possible for the researcher to check and

correct some of the wordings, rehearse the translation of the research questions into the local Ga and/or Twi language, and revise, or remove completely some questions which were detected to be ambiguous.

3.6.4 Qualitative Data Collection

With the use of interview schedule and a recorder, qualitative data were collected from four key informants who work for institutions that provide services for the elderly in the La sub-metro. These key informants included the leader of the “Senior Citizens Group” of the Presbyterian Church of Ghana-La Bethel Congregation; the Zonal Organizer of the Social Welfare Department (Zone ‘B’); the Executive Director of HelpAge Ghana; and the General Secretary of the National Pensioners Association of SSNIT. Also, in-depth interviews with the 22 caregivers of the elderly within the sub-metro were carried out with the use of interview schedule, and the sessions were mainly recorded by handwritten notes taking.

3.6.5 Quantitative Data Collection

Personal interviews (where the researcher interviews and records by himself, instead of giving the questionnaires to the respondent to complete on his or her own), using structured questionnaires were used to collect quantitative data from the elderly of the study within the La sub-metro.

3.7 DATA HANDLING AND ANALYSIS

The qualitative data obtained from engaging the caregivers of the elderly, and the key informants were carefully transcribed and edited using the computer. The emerging issues were grouped, categorized into themes and discussed based on the study objectives. Discussions of the findings were informed by data gathered from the reviewed literature. The quantitative data

generated from interviews with the elderly persons, were edited, coded and processed, with the aid of Statistical Package for Social Sciences (SPSS, version 16 edition) software and the Microsoft Excel. All the collected data were analysed using simple descriptive statistics to support the interpretation of the findings through graphs and tables.

3.8 ETHICAL CONSIDERATIONS

Strict ethical guidelines were adhered to in this study. First, the purpose of the study was explained and made known to all participants involved in the study. Their consent was sought before engaging them in the study. Additionally, participation was voluntary and no respondent was coerced or lured to participate in the study. Exit from the study was voluntary as to when the respondent determined. In cases where interviews were recorded, respondents' permission was sought before carrying on with the process of recording. However, in situations where respondents were uncomfortable with recording, only hand written notes were taken. Further ethical principles of confidentiality and anonymity were adhered to by not disclosing the identity of the respondents in this study. Again, all references were duly acknowledged in order to avoid any form of plagiarism.

3.9 FIELDWORK AND CHALLENGES ENCOUNTERED

The fieldwork started on 28th November, 2011, and ended on 30th December 2011, about a period of 5 weeks. The first week was devoted to the pretesting of the field instruments, recruitment and training of research assistants, and the selection of the sample of the elderly and the caregivers. The rest of the four weeks for the period of the fieldwork were specifically geared towards interviewing of the respondents and collecting of field data. However, the collection of secondary data continued till writing up of the study.

The major difficulty encountered during the fieldwork was the initial unwillingness of the caregivers of the elderly persons to share information, because according to them, many people who come to conduct interviews with them do so for their own interest. This does not come with any support for the work they are doing. However, with the assistance of one of the caregivers interviewed, the researcher was able to access the other caregivers.

CHAPTER FOUR

FINDINGS AND DISCUSSION

4.0 INTRODUCTION

This chapter presents and discusses the findings of the study, as based on the study objectives and information obtained from the reviewed related literature. The presentation start with the characteristics of the respondents selected for the study.

4.1 CHARACTERISTICS OF THE RESPONDENTS

Under this category, information concerning the sex and age of the elderly; their educational and religious background; their marital and employment status; their housing and living arrangements; their activities of daily living; as well as the characteristics of the caregivers of the elderly has been provided.

4.1.1 Sex and Age Characteristics of the Elderly

Out of the 100 sampled elderly population, 75 were females, and 25 were males (see Table 4.1). Nine of the elderly representing 9% were between the ages of 60 and 64 years. A majority of the respondents (73%) fell within the

ages of 65 and 79 years and, 18% were 80 years and above (Table 4.1). From the results, it can be inferred that the elderly respondents were reasonably old and, there were more female elderly persons in the study than their male counterparts. The explanation for this could be that, in most of the populations of the world women live longer on the average than men (Mba, 2007). In Ghana this can be confirmed in the disparities in the average life expectancy among men (59.78 years), and women (62.25 years) (CIA, 2011).

Table 4.1: Distribution of the Elderly by Sex and Age

Age	Sex		Total (%)
	Male	Female	
60-64	2	7	9.0
65-69	5	11	16.0
70-74	7	24	31.0
75-79	6	20	26.0
80-84	2	9	11.0
85+	3	4	7.0
Total	25	75	100.0

Source: Field Data, 2011.

4.1.2 Marital Status of the Elderly

An investigation into the current marital status of the study participants revealed that 99% had been married in one time in their lives. However, 59% (comprising 52% of the females and 7% of the males) were widowed (see Table 4.2). The explanation for this could be that, in Ghana and in many parts of Africa, observations revealed that men generally marry women much younger than themselves (Apt, 1996; Mba, 2007). Observations in Ghana showed that, the age difference between a married couple average between two to eight years (Apt, 1996). For that reason, all things being equal, it is

possible that husbands would have died earlier than their wives. Many older women than men were living without the company and support of their spouse as at the period of the study. This could suggest loneliness in the life of most of the elderly who participated in the study.

Table 4.2: Distribution of the Elderly by Sex and Marital Status

Marital Status	Sex		Total (%)
	Male	Female	
Never married	0	1	1.0
Married	17	16	33.0
Widowed	7	52	59.0
Divorced	0	5	5.0
Separated	1	1	2.0
Total	25	75	100.0

Source: Field Data, 2011.

4.1.3 Educational Attainment by the Elderly

Out of the 75 female elderly respondents interviewed, 42.7% had never been to school; 10.7% had attained primary school education, while 40% had attained middle school education. Two female elderly persons, making up 2.7%, had either secondary or commercial school education. Only one person has attained tertiary education. On the other hand, 56% out of the 25 male elderly respondents interviewed, had attained middle school education; six of them representing 24% had attained secondary school education, while five of them representing 20% had either college or university education (see Table 4.3).

Table 4.3: Distribution of the Elderly by Sex and Educational Attainment

Level of Education	Sex		Percent	
	Male	Female	Male	Female
Never been to school	0	32	0	42.7
Primary school	0	8	0	10.7
Middle school	14	30	56.0	40.0
Secondary school	6	2	24.0	2.7
Commercial school	0	2	0	2.7
College/University	5	1	20.0	1.3
Total	25	75	100.0	100.0

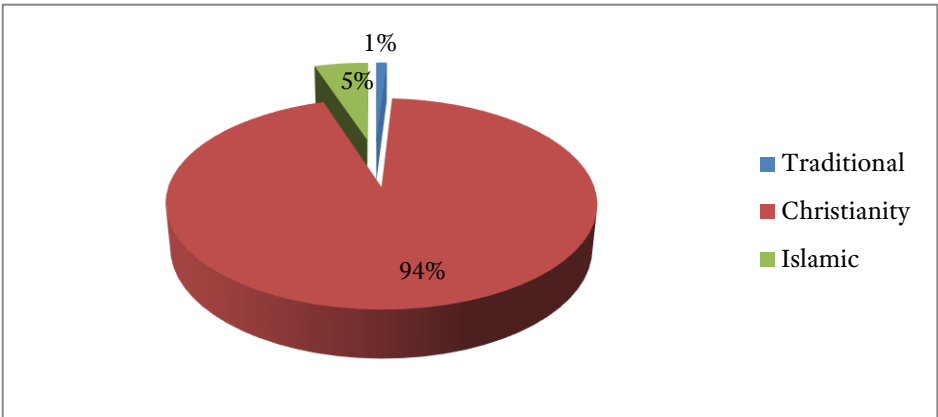
Source: Field Data, 2011.

From the results, it can be inferred that male elderly persons had the opportunity for higher education than the female elderly persons. The disparity in educational attainment among male and female elderly, points to gender inequalities among males and females in the society. The implication could be that more elderly women than men at their old age will be financially dependent. This is because education empowers an individual with skills and knowledge which enables him or her to be engaged in formal or other meaningful employment that eventually provides financial security in old age (Mba, 2007).

4.1.4 Religion of the Elderly

Almost all (94%) of the elderly respondents interviewed were Christians. Muslims accounted for 5% and the remaining percentage of 1 (only one person) was a believer of the traditional religion (see Figure 4.1).

Figure 4.1: Religion of the Elderly

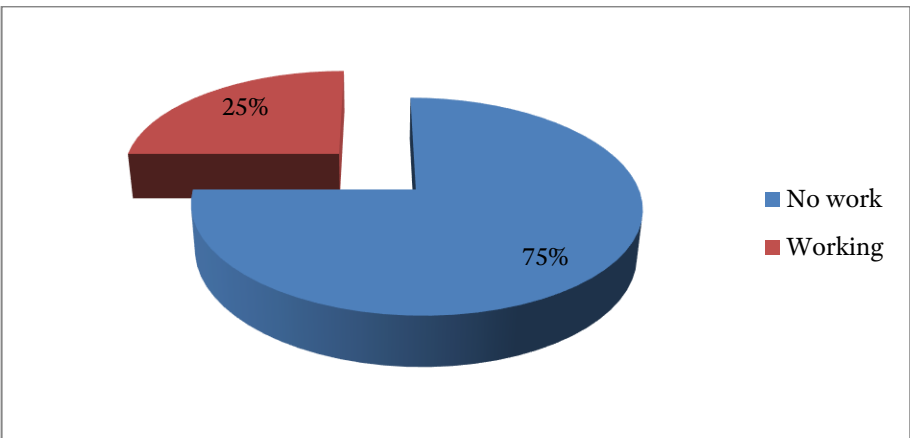


Source: Field Data, 2011.

4.1.5 Employment Status of the Elderly

The results of the study on the current employment status of the elderly interviewed, indicated a relatively low rate of employment. This is because more than half (75%) of the elderly were unemployed (Figure 4.2).

Figure 4.2: Current Employment Status of the Elderly



Source: Field Data, 2011.

Seventy two percent out of the 25 working elderly populace were self-employed, while seven of them representing 28% were into private work (Table 4.4). Those elderly persons who were self-employed engaged in some kind of economic activities such as subsistence farming, trading, and other commercial business.

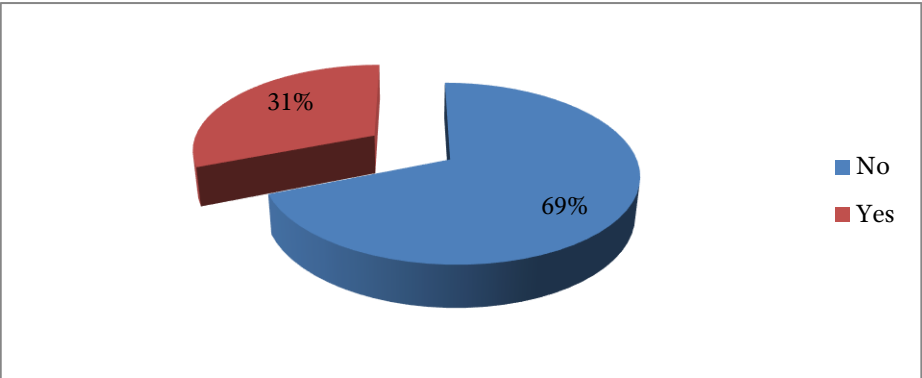
Table 4.4: Kinds of Employment Engaged in by the Elderly

Kind of Employment	Frequency	Percent
Self employed	18	72.0
Private work	7	28.0
Total	25	100.0

Source: Field Data, 2011.

When the elderly were asked whether they receive any pension or social security, the findings revealed that more than half (69%) do not receive any pension or social security, while 31% receive pension or social security. An earlier study carried out by Okraku (1985) revealed that, in Ghana, the elderly return to employed work or set up their own businesses as a mode of adjusting or avoiding the harsh economic situation of the country after retirement.

Figure 4.3: Elderly who are Pensioners



Source: Field Data, 2011.

4.1.6 Housing and Living Arrangements of the Elderly

The data on the residential pattern of the elderly (see Table 4.5) showed that just over half (58%) were staying in their family or ancestral homes, while a few (8%) were living in rented premises.

Table 4.5: Living Arrangements of the Elderly by Residence Type

Residence type	Frequency	Percent
Own house	34	34.0
Family house	58	58.0
Rented house	8	8.0
Total	100	100.0

Source: Field Data, 2011.

With regards to persons that the elderly were staying with, almost a third (34%) live with others (such as tenants, house helps, distant relatives, and non-relatives) other than their own children, spouses, and close relatives, while three percent of the elderly where living alone (Table 4.6).

Table 4.6: Persons the Elderly is staying with

Persons the Elderly is staying with	Frequency	Percent
Alone	3	3.0
Spouse only	4	4.0
Children only	19	19.0
Spouse and children	9	9.0
Spouse, children and other relatives	2	2.0
Children and other relatives	25	25.0
Spouse and other relatives	4	4.0
Others	34	34.0
Total	100.0	100.0

Source: Filed Data, 2011.

Although the living arrangements of the elderly are undergoing some basic changes, 63% of the elderly person preferred to stay with their children and/or other family members as they grow older. Kinsella and Phillips (2005) stated that most of the elderly persons in less developed countries, live with, or at least close to, their children and/or family relations, with the expectation of receiving support from them. This living arrangement was affirmed. In addition, the most normal living arrangement of the elderly in Ghana is with relations. For that reason, the elderly are likely to depend mostly on their family for the provision of care as they grow older.

4.1.7 Activities of Daily Living by the Elderly

Respondents were asked to indicate whether they can meet some listed daily activities of with or without any help. As could be seen in Table 4.7, the elderly pointed out that they can do most of their daily living activities such as walking in the community; going to shopping and/or to the market; preparing their own meal; and doing household chores, such as sweeping and cleaning by themselves or with minimum help.

Table 4.7: Activities of Daily Living by the Elderly

Activities of Daily Living	No help needed (%)	Some help needed (%)	Not Able (%)
Can take a walk in the community	90.0	9.0	1.0
Can go shopping/to the market	70.0	18.0	12.0
Can prepare own meal	70.0	19.0	11.0
Can do housework (e.g., sweeping and cleaning)	61.0	23.0	16.0
Can take own medicine	94.0	5.0	1.0
Can manage own money	92.0	6.0	2.0

Can eat by his/her own	98.0	1.0	1.0
Can take care of own appearance	93.0	6.0	1.0
Can get in and out of bed	97.0	2.0	1.0
Can take a bath	96.0	3.0	1.0
Can get to the toilet on time	98.0	1.0	1.0

Source: Field Data, 2011.

In a similar investigation into the activities of daily living by the elderly by Brown (1999), it was revealed that with the exception of the activities which demanded strenuous physical effort such as fetching water, washing of clothes, sweeping and going to shopping, the elderly were able to perform most of the activities of daily living either on their own or with the minimum of help. This suggests that most of the elderly in the society are fairly active in their daily activities.

4.1.8 Characteristics of the Caregivers

Out of the 22 caregivers sampled and interviewed, 86.4 % were female, and 13.6% were male. The caregivers fell within the ages of 30 to 74 years with 16 of them representing 72.7% been within the ages of 40 to 59 years (Table 4.8).

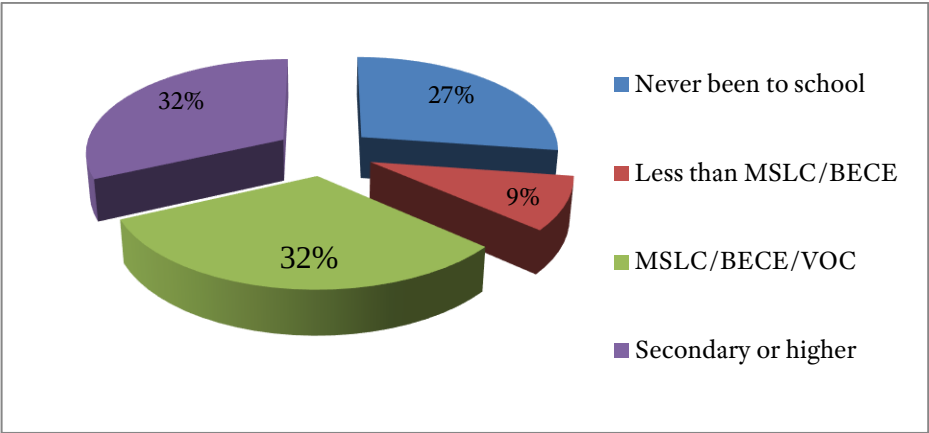
Table 4.8: Distribution of Caregivers by Sex and Age

Age	Sex		Total (%)
	Male	Female	
30-34	0	1	4.5
35-39	0	1	4.5
40-44	0	5	22.7
45-49	1	3	18.2
50-54	0	2	9.1
55-59	0	5	22.7
60-64	2	0	9.1
70-74	0	2	9.1
Total	3	19	100.0

Source: Field Data, 2011.

In terms of their educational levels, 72.7% of the caregivers had attained some form of education (that is from basic to secondary or higher education), while 27.3% had never been to school (Figure 4.4).

Figure 4.4: Level of Educational Attainment of Caregivers



Source: Field Data, 2011.

With regard to religion, just like their elderly respondents, 95.5% of the caregivers were Christians while the remaining 4.5% was a believer of the traditional religion (Figure 4.5). Nine of the respondents representing 40.9% were married, 36.4% were widowed, while 22.7% had never married (see Figure 4.6).

Figure 4.5: Religion of caregivers

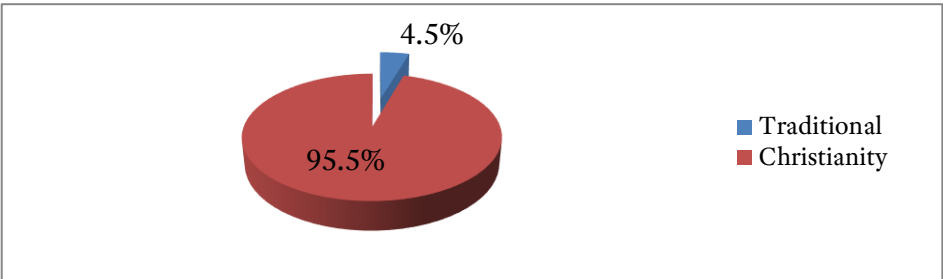
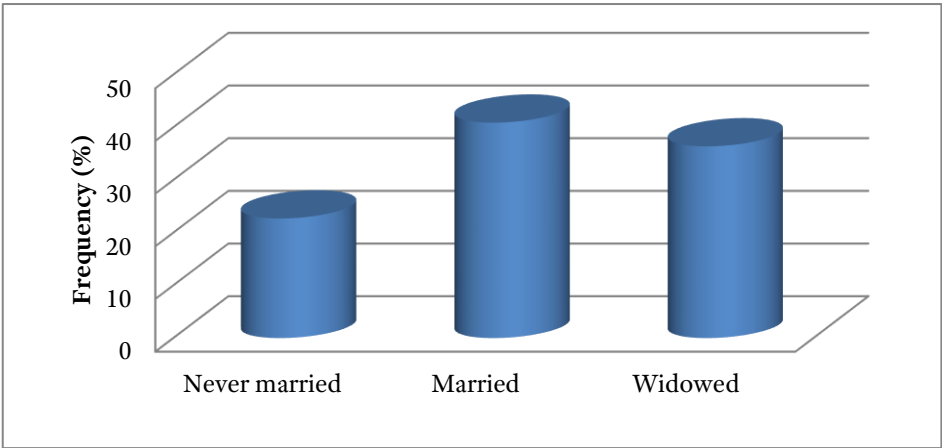


Figure 4.6: Marital Status of Caregivers



Source: Field Data, 2011.

The majority (59.1%) of the caregivers were self-employed, 27.3% had no work, while one person (4.5%) was employed by the government. Moreover, two caregivers (9.1%) were in private work (Table 4.9).

Table 4.9: Employment Status of Caregivers

Employment Status	Frequency	Percent
No work	6	27.3
Government work	1	4.5
Private work	2	9.1
Self employed	13	59.1
Total	22	100.0

Source: Field Data, 2011.

With reference to caring relationships existing between caregivers and the elderly, over half (59.1%) of the caregivers were daughters, while 13.6% were sons of the elderly persons. Grandchildren and house helps who represented

18.2% played significant supporting roles in the care giving process (Table 4.10). Almost all (95.5%) of the caregivers lived under the same roof with the elderly they were caring for. However, only one person was not staying with them.

Table 4.10: Caring Relationships between Caregivers and the Elderly

Relationship to the Elderly Person	Frequency	Percent
Son	3	13.6
Daughter	13	59.1
Granddaughter	2	9.1
Paid Helper	2	9.1
Spouse	1	4.5
Mother	1	4.5
Total	22	100.0

Source: Field Data, 2011.

More females provide care for the elderly than males, which could be due to the tradition of females as caregivers in society. Also, earlier studies by Allan (1985) and Kosberg (1992) revealed that women's stay in the home makes them available to provide care to the elderly, unlike men who usually work in jobs outside the home.

4.2 PRESSING CARE NEEDS OF THE ELDERLY

The concept of “need” has always been at the centre of policy formulation, programme design and services provision in modern welfare states, and the extent that the needs of people, specifically older people, are met by the delivery of benefits and services is a key indicator of the effectiveness of a welfare state; thus, directing the types and delivery of social services in meeting the need (Smith and Harris 1972; Shaw et al, 2011).

The elderly were asked what their pressing care needs were. About 27% reported that they were in need of financial support, while 17% expressed their need for medical care. Six percent expressed their need for belongingness and love, 4% for housing and 2% for food. Twenty eight indicated their pressing care needs to include any two of the following needs: food, financial support, medical care, and housing. Added to this, 16% indicated their pressing care needs to include either three of the following needs: food, medical care, financial support, and clothing (Table 4.11).

Tintin (2012) revealed that needs of the elderly could be financial needs, health needs, dietary requirements, social and other needs. Tintin (2012) established that individuals who live alone without anyone else's support, are likely to have or express financial needs to fend for themselves, including food, groceries, medicines, and so on. Moreover, from the article, it was revealed that, health care is essential when it comes to needs of the elderly. With advancing age, the body of the elderly person tends to slow down because of wear and tear, and becomes less efficient as they grow (Tintin, 2012). Interaction with the elderly persons in the field of data collection revealed that, some of them were prone to age-related health issues such as diabetes, hypertension, and pains in their body joints. Inference to the findings of this study showed that indeed the needs for medical care by the elderly persons as they grow older were expressed by a significant number (17%) of the participants (Table 4.11).

Table 4.11: Pressing Care Needs of the Elderly by Age

Pressing Care Needs	Age						Total (%)
	60 – 64	65– 69	70– 74	75– 79	80– 84	85+	
Food	1	0	1	0	0	0	2.0
Food, financial support and clothing	1	1	2	5	0	1	10.0
Food and housing	0	1	0	0	0	0	1.0

Medical care and financial support	0	0	3	7	3	1	14.0
Financial support and housing	1	1	1	2	0	0	5.0
Medical care	0	4	4	3	4	2	17.0
Housing	0	1	3	0	0	0	4.0
Financial support	6	5	11	4	1	0	27.0
Belongingness and love	0	1	3	1	0	1	6.0
Food and medical care	0	1	1	0	0	2	4.0
Food and financial support	0	1	0	2	1	0	4.0
Food, medical care, and financial support	0	0	1	2	2	0	5.0
Food, medical care, financial support, and clothing	0	0	1	0	0	0	1.0
Total	9	16	31	26	11	7	100.0

Source: Field Data, 2011.

4.2.1 CHALLENGES FACING THE ELDERLY IN MEETING NEEDS

With regards to the challenges faced by the elderly in meeting their needs, 64 out of the 100 sampled elderly population complained of facing challenges in meeting their needs. Seventy percent pointed out that their income was inadequate in meeting their needs (Table 4.12). Two elderly persons (9.4%) faced poor physical strength and only one person expressed feelings of insecurity. Another complained of delay in receiving pension, while 4.7% indicated that they lacked personal assistants. Eight of the elderly (12.4%) complained of either two of poor physical strength, inadequate income, and lack of medical care (Table 4.12).

From the findings, it is clear that there is the challenge of inadequate income in meeting needs. This, as expressed by the majority (70.3%) of the elderly, can be attributed to the fact that at their age, an overwhelming (75%) of them were unemployed. Further, 69% of the elderly did not have access to pension or social security benefit. Beales (2000) and Stanley (2008) argued that income insecurity by the elderly persons in African countries affect all facets of their social and material assistance, in addition to the quality of care they receive.

Table 4.12: Challenges Facing the Elderly in Meeting Needs

Challenges	Frequency	Total (%)
Inadequate income	45	70.3
Poor physical strength	6	9.4
Delay in receiving pension	1	1.6
Poor physical strength and inadequate income	6	9.4
Insecurity	1	1.6
Lack of personal assistant	3	4.7
Inadequate income and lack of medical care	2	3.0
Total	64	100.0

Source: Field Data, 2011.

4.3 TYPES OF CARE THE ELDERLY RECEIVE

Care giving is usually classified as either formal or informal. Informal care is care provided by relatives, friends and neighbours to older people and their families. Examples of informal care include help with cooking cleaning and shopping; personal, such as help with eating and toileting; and emotional such as personal visit and communication. Formal care generally comes from paid professionals, public and private services set up specifically to provide a

service such as counselling, home nursing or home help to older people (Kinsella and Phillipe, 2005).

In the realization of the second objective of this study, the types of care that the elderly receive in the La sub-metro, was thoroughly considered through the perceptions of the elderly persons; the types of care given by caregivers to the elderly; and the contribution of service providers, in terms of the types of services/support provision to the elderly persons in the community.

4.3.1 Types of Care the Elderly Receive: From the Perspective of the Elderly

Interviews with the elderly participants of the study with respect to the types of care that they receive and the people who provide them with such care showed the following findings:

With regards to daily household chores and associated needs (such as cleaning, washing of clothes, fetching of water, and sweeping), 42% of the elderly attend to these needs solely by themselves, while daughter(s) and others (such as grandchildren, nieces, nephews, and house helps) representing 40% provide these needs for the elderly (Table 4.13). When it comes to cooking, 51% cook by themselves, 24% stated that they are assisted by their daughter(s).

Relating these findings to the activities of daily living by the elderly as established by this study (see Table 4.7) showed that, although 70% of the elderly pointed out that they can cook their own meal, 51% of them did this activity (Table 4.13). Sixty one percent elderly persons pointed out that they can do their household chores but 42% of them did these chores. The explanation for this could be that at their age some of the elderly persons experience poor physical strength, and with advancing age, their body tends to slow down because of wear and tear and becomes less efficient as they grow older. This limits them from meeting some of their activities of daily living

which demand strenuous energy to do them. Forty percent were cared for by their daughters during times of sickness, while 27% said they find their own ways to receive care when sick (Table 4.13).

Moreover, concerns about whether the elderly persons are escorted to partake in any community activity (for example, attending to places of worship and clan meetings), and whether they receive emotional support (such as visits and interaction with family members) were raised. The results showed that with the exception of emotional support which was mostly provided by the relatives of the elderly, the elderly persons do most of these things by themselves (see Table 4.14).

Table 4.13: Types of Care the Elderly receive and Persons who attend to them

Person(s)	Person(s) who attend to the Elderly Daily Household Chores/Needs		Person(s) who cook for the Elderly		Person(s) who Care for the Elderly when sick	
	Frequency	Percent	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Self	42	42.0	51	51.0	27	27.0
Spouse	7	7.0	13	13.0	12	12.0
Daughter(s)	26	26.0	24	24.0	40	40.0
Son(s)	5	5.0	1	1.0	7	7.0
Spouse and children	6	6.0	3	3.0	3	3.0
Others	14	14.0	8	8.0	11	11.0
Total	100	100.0	100	100.0	100	100.0

Source: Field Data, 2011.

Table 4.14: Types of Support the Elderly receive and Persons who attend to them

	Person(s) who assist the Elderly when attending Place of Worship		Person(s) who assist the Elderly when Partaking in Community Activity		Person(s) that provide the Elderly with Emotional Support in the Family	
Person(s)	Frequency	Percent	Frequency	Percent	Frequency	Percent
Self	84	84.0	77	77.0	39	39.0
Spouse	2	2.0	2	2.0	13	13.0
Daughter(s)	7	7.0	8	8.0	18	18.0
Son(s)	2	2.0	8	8.0	4	4.0
Spouse and children	1	1.0	0	0	6	6.0
Others	4	4.0	5	5.0	20	20.0
Total	100	100.0	100	100.0	100	100.0

Source: Field Data, 2011.

The elderly were asked whether they receive any financial support from any source. Seventy five percent indicated that they received some financial support, while 25% did not receive any financial support. Out of the 75 % elderly population that received financial support, 69.3% got their financial support from their children, while 30.6% got financial support from either their children, or spouse, or friends, or close relatives (Table 4.15).

Table 4.15: Persons from whom the Elderly receive Financial Support

Person(s)	Frequency	Percent
Children	52	69.3
Children and other relatives	11	14.7
Spouse	1	1.3
Other relatives	7	9.3
Friends/well wishers	4	5.3
Total	75	100.0

With regard to the frequency by which the financial supports were received, 41.3% pointed out that they received their financial support monthly, while 29.3% received theirs occasionally. One person received the financial support annually, while the rest 25.3% received their financial support either daily, weekly or half yearly (Table 4.16). The estimated amount of financial support that the elderly receive monthly, showed that 45 of them representing 60% received below GH¢50.00; 23 of them representing 30.7% received from GH¢50.00 to GH¢100.00, while the remaining seven of them representing 9.3% received above GH¢100.00 (Table 4.17).

Table 4.16: Frequency of Receiving Financial Support by the Elderly

Times of receiving Financial support	Frequency	Percent
Daily	6	8.0
Weekly	12	16.0
Monthly	31	41.3
Half yearly	3	4.0
Yearly	1	1.3
Occasionally	22	29.3
Total	75	100.0

Source: Field Data, 2011.

Table 4.17: Estimated Amount of Financial Support the Elderly receive monthly

Amount (GH¢)	Frequency	Percent
Below GH¢50	45	60.0
GH¢50–GH¢100	23	30.7
GH¢151–GH¢ 200	2	2.7
GH¢251–GH¢300	1	1.3
GH¢351–GH¢400	1	1.3
GH¢451 –GH¢500	2	2.7
GH¢501+	1	1.3
Total	75	100.0

Source: Field Data, 2011.

From the findings of this study, it can be argued in conformity with other earlier studies by Apt (1996), Brown (1999), and Kinsella and Phillips (2005) that in African societies, the family members, specifically the children of the elderly play significant role in giving care which mainly are in the form of financial support and direct caring for the elderly persons when they are sick in their families. Notwithstanding, from the findings, it can be inferred that activities such as household chores and cooking were mostly performed by the elderly themselves. Besides, for elderly persons who do not get any financial support from their children, relatives or friends, it could be argued that their challenge of income insecurity will be aggravated provided they receive no financial support from any other source. Future studies should explore other sources of financial support in meeting their needs that this study does not cover.

4.3.2 Types of Care Given by Caregivers to the Elderly

Twenty two caregivers of the elderly were asked to indicate the types of services/support they provide for the elderly persons.

As could be seen from the Table 4.18, the caregivers rated higher the following services as those provided always: cooking; washing of clothes; washing of dishes; cleaning of house; assisting with taking of medicine; caring for the elderly when they are sick; providing the elderly with emotional support; providing the elderly with physical security; paying for medical bills and prescribed drugs.

Besides, the following services were indicated as seldom provided by the caregivers: provision of material assistance and provision of money for upkeep. Nonetheless, the caregivers rated the following services as mostly not provided: taking care of older persons' business; dressing and/or undressing the elderly; assistance with walking; keeping of money owned by the elderly persons; paying of rent; assistance in bathing; assistance in getting in and out

of bed; taking care of appearance; assistance in attending place of worship; and assistance in partaking in any community activity (Table 4.18).

Table 4.18: Types of Care Giving by Caregivers to the Elderly

Types of services/support	Always (%)	Not Always (%)	Not at all (%)
Cooking	63.6	22.7	13.6
Washing of clothes	54.5	13.6	31.8
Cleaning of house	59.1	9.1	31.8
Assistance with taking of medicine	50.0	31.8	18.2
Caring when sick	81.8	13.6	4.5
Provision of physical security	40.9	40.9	18.2
Provide the elderly person with emotional support	68.2	22.7	9.1
Paying for medical bills and prescribed drugs	68.2	22.7	9.1
Washing of dishes	59.1	9.1	31.8
Provision of money for daily needs	27.3	40.9	31.8
Provision of material assistance	9.1	50.0	40.9
shopping	31.8	22.7	45.5
Taking care of older person's business	18.2	0	81.8
Dressing and/or undressing	36.4	4.5	59.1
Assistance with walking	22.7	22.7	54.5
Handling of money	27.3	18.2	54.5
Paying of rent	4.5	0	95.5
Assistance with bathing	31.8	0	68.2
Assistance with getting in and out of bed	27.3	4.5	68.2
Taking care of appearance	22.7	18.2	59.1
Assistance with attending place of worship	0	13.6	86.4
Assistance with partaking in community activities	0	4.5	95.5

Source: Field Data, 2011.

In a study by Brown (1999), which similarly investigated the types of care that caregivers provided to the elderly person, higher percentages were represented by services such as cooking, washing of clothes, caring for the elderly person when he or she is sick, provision of emotional satisfaction, and assistance with taking of medicine. The types of care that the elderly receive from their families and/or carers are mainly in the form of caring for them when sick, attaining to their household chores, and providing them with emotional satisfaction. These types of care which are classified as informal care (Kinsella and Phillips, 2005) were mainly provided by the daughters and other close relations of the elderly in this study.

4.3.3 Types of Care the Elderly Receive: Contribution from Voluntary and Government Organizations

Four officials of organizations in both government and voluntary that provide services to the elderly persons in the sub-metro were interviewed.

According to the leader of the “Senior Citizens Group” of the Presbyterian Church of Ghana-La Bethel Congregation, the church plays a vital role in the provision of care for the elderly members in the community. The types of care provided to the elderly members included: counselling; paying visits to the elderly members; worshipping with and giving communion to the elderly members who are frail, bedridden and therefore cannot attend church, at their homes; organizing medical screening for the elderly members; and occasionally providing them with detergents and money, alongside basic food items like rice, milk, sugar, and oil.

The Executive Director of HelpAge Ghana (HAG) indicated that the organization, which has been in existence for almost 23 years in the community, has provided the elderly persons with enormous services. The types of services provided to the elderly persons, as indicated by the key informant, included: health care; adoption of the elderly (that is, assuming

responsibility of providing for the needs of the elderly who are extremely poor and have no relatives to support them); and day centre.

The key informant indicated that, with the adoption of the elderly, the organization runs a scheme called “The Adopt-A-Granny Scheme” a programme which links needy older persons with sponsoring families, organizations and individuals who provide regular financial support for their upkeep. The scheme makes it possible for people to adopt older persons experiencing poverty, poor health and isolation, and support them through a monthly subsistence allowance of GH¢22.50. Moreover, the key informant indicated that the organization, as at the time of the study, has in its custody about 36 elderly persons within the community who have been adopted and are cared for by the HelpAge Ghana.

The Zonal Organizer of the Department of Social Welfare (Zone B) indicated that the Department, as at that time, has registered about 400 elderly persons within the La sub-metro on the LEAP cash transfer. The elderly persons selected for the LEAP cash transfer are those who are aged 65+ years and are considered to be extremely poor and without any alternative means of meeting their subsistence needs in addition to having limited productive capacity.

Elderly persons who are beneficiaries of this cash transfer, according to him, receive an amount ranging from GH¢8.00 to GH¢15.00 every two months. The key informant pointed out that the department receives cases of elderly destitution within and around the sub-metro. These cases are referred to the Department and, according to him, are resolved by relocating the elderly persons to their families, or by referring them to other institutions that can provide them with support.

The General Secretary of the National Pensioners Association (SSNIT) indicated that in addition to ensuring that pensioners receive their monthly pension regularly, the association also provide the elderly members with services such as financial support, medical care, and education, occasionally.

From the findings, it can be argued that (apart from family support for the elderly in the La sub-metro) institutions such as voluntary and governmental organizations provide some form of care which could either be formal or informal mainly in financial support, medical care, material provision, and counselling to the elderly members in the community. However, with regard to the amount of money given to the poor elderly, specifically under the LEAP programme, financial supports are insufficient to meet adequately the needs of the poor elderly. The receipt of GH¢8.00 to GH¢15.00 every two months, implies that for that period, on the average, the elderly would have to survive on less than 30 Ghana pesewa a day. Taking into consideration the high cost of living in society and the situation that the selected elderly for the LEAP are those extremely poor who have limited productive capacity, with such financial support the elderly would have numerous unsatisfied needs. This would render the elderly to be financially dependent, and also affect their quality of life.

4.4 CHALLENGES FACING CAREGIVERS IN CARING FOR THE ELDERLY

With regards to challenges facing caregivers in caring for the elderly person, available evidence from other studies by Jacobson (1980), Allan (1985), Brody (1981), and Brown (1999), revealed that caring for the elderly person may constitute a challenge on some caregivers of the elderly in the family. Jacobson (1980) noted that many of the caregivers had negative feelings about their roles since the majority of cases involved one person providing most of the ongoing care for elderly person in need. Moreover, Allan (1985) revealed that while caring for the elderly person can make demands on all family members, the brunt of the burden is mostly born by women.

Findings of the study showed that all of the caregivers interviewed, caring for the elderly people, face one challenge or the other. Available evidence of

this are complains of inadequate income by the majority (64%) of the caregivers.

These challenges of inadequate income by different caregivers are narrated in the following expressions:

Financial Constraints

“Feeding my old lady everyday on special diet is of great concern to me. But I am not able to do so because I do not have the money.” (Carer A).

“I become distressed everyday having to change the old lady several times because I do not have the money to buy diapers for her.” (Carer B).

“It is so frustrating caring for my elderly sick husband because the little money I have, I have spent it on him, and now that I am not working, I have to depend on his meagre pension, together with the children.” (Carer C).

As much as the caregivers wished to provide the elderly with adequate care services (such as providing the elderly persons with adequate nutrition and buying them the needed care dressing materials) to keep them healthy, they were not able to meet satisfactorily because they do not have enough money. The problem of financial constraints affects the quality of care services provided to the elderly.

Furthermore, the caregivers expressed worries about lack of time for hobbies; and limited time to meet personal activities such as visiting other family relatives and/or friends, or partaking in any income earning activity. The caregivers complained that insults and quarrel with the elderly persons, made them emotionally distressed. Some of the caregivers expressed worry about the elderly people’s lack of access to sanitary facilities such as toilet within or near their homes.

The following are some expressions narrated by different caregivers:

Limited Movements

“I always have to be at home in order to attend to my old lady who is frail and bedridden. Because of this I cannot go anywhere.” (Carer D).

Emotional Distress and Sleeplessness

“I cannot sleep at night because the old lady I am caring for cries and makes strange noises. In my attempts to console her, I receive insults in return. This makes me become restless and emotionally disturbed.” (Carer E).

Irritability/Unpleasant Experiences

“My old father has hyperactive behaviour and whenever he goes out of the house, he cannot locate his way back home. When this happens I have to go around the community looking for him, all day long. Confrontation with him to control his frequent movement out of the house without support, triggers insults and sometimes assaults from him.” (Carer F).

Caregivers were asked whether they receive help from anyone in caring for their elderly persons. Responses from the caregivers with regard to the subject showed that 86.4% received some help from their siblings, children, and other relatives (Table 4.19).

Nonetheless, most of the caregivers expressed concerns for government and non-governmental organizations to institute certain levels of support, mainly financial support and provision of medical care, since family contributions are insignificant.

Table 4.19: Persons who Assist Caregivers with Caring for the Elderly

Persons who assist the Caregiver	Frequency	Percent
No one	3	13.6
Siblings	14	63.6
Siblings and children	2	9.1
Other relatives	3	13.6
Total	22	100.0

Source: Field Data, 2011.

Apt (1996) and Brown (1999) stated that in the Ghanaian society, notwithstanding the fact that most Ghanaians do place high value on the care of their aged parents, caregivers frequently complain of their own financial inability to care as much as they would wish for their aged relatives, and the extent to which they do in fact provide such care, particularly financial support, depend on their own economic means and situation. Added to this, the complains of emotional distress and the burden of caring for the elderly parents as expressed by the caregivers of this study confirmed with similar experiences by carers of the elderly in a study carried out by Brown (1999).

These challenges of caring for the elderly according to Foner (1986) take a toll on the physical, financial, and emotional resources and wellbeing of the caregivers, and thus, may affect their ability to provide quality care to meet the needs of the elderly person. Added to this, the social life of the caregivers is affected. This is because caring for the elderly limits them from making time for hobbies, as well as visiting friends and other family relations.

4.5 FACTORS THAT AFFECT CARE DELIVERY FOR THE ELDERLY

Participants who were sampled for the study were asked to give their perspectives on the factors that affect the quality of care delivery for the elderly in the community. The findings revealed the following factors:

Poverty and high cost of living in the society; lack of universal social security schemes, policy and welfare programmes for the elderly; beliefs that elderly persons are witches; break down of the extended family system as a result of social change; lack of specialized health care and recreational facilities for older people; neglect of older people by families; lack of interest and passion by family members to care for the elderly; loss of family bond as a result of breakdown of marriages; issue of dependency on the elderly person by other relations; deployment of children from the family; poor living arrangements and lack of access to sanitary facilities, specifically toilet within or near to the homes of the elderly persons; poor personal relationships by elderly persons with their family relations; failure by some elderly persons to take responsibility for children's welfare during their adulthood; lack of or inadequate income by the elderly and/or their families; lack of respect for the elderly by society; lack of adequate preparation toward old age by the elderly person, added to this is the advent of modernization in society.

Throwing more light onto the aforementioned factors, the following expressions were made by the different respondents interviewed:

Problems with Family Relationships

“If older people have good and sound relationships with their family members, taking care of them in their old age won't be a problem” (By an elderly respondent).

“Some of the elderly parents fail to look after their children, so these children also don't see the need to look after their elderly parents. However for some children, although they have been well cared for by their parents, they don't have the passion to look after their elderly parents” (By an elderly respondent).

“Good relationships lead to good care of older people” (By a caregiver).

Poverty

“Poverty makes the older person worry, and worrying kills the elderly quickly” (By the Leader of the Senior Citizens Group, La Bethel Presbyterian Church).

The Advent of Modernization

“We are in the era where modernization is taking away our communal way of living, and this has affected caring for older people in our society” (By the Zonal Organizer of the Department of Social Welfare, Zone B).

“Complete denials by families of the elderly person and the advent of social changes in the Ghanaian social setting have affected care for the elderly in their families” (By the Director of HelpAge Ghana).

In studies by Apt (1996), Brown (1999), Goode (1970), and others, the advent of modernization, urbanization, and social change are said to have affected the care delivery arrangements for the elderly in African societies. Margaret Grieco (as cited in Apt, 1996) pointed out that:

“the process of modernization and urbanization are now beginning to erode the traditional social welfare system of Africa, specifically, the extended family. At precisely the point of time at which the numbers of the aged are growing, their customary source of support is being eroded”.

Apt (1996) also holds the view that urbanization and the modernization of economies have placed great burden on the extended family system and one notable sign is that this traditional social welfare system no longer offers the elderly the customary social protection they had previously enjoyed (p. 1).

Social change is also considered another factor that affects care delivery for the aged in African society. Fairchild (1955) defines social change as “variations or modifications in any aspect of social process, pattern or form, a comprehensive term designating the result of every variety of society movement” (p. 227). Brown (1957) on the other hand pointed out that it is the movement that arises from development and modernization which must be acknowledged, in that a change is imminent when a society as a result of an impact from outside alters its structured form. Some of these structural changes which occur, usually in a developing society, affect the family. In Ghana, specifically, the urban sectors, there is a growing concern about the wellbeing of the aged and whether families can care for their elderly in the face of ongoing changes such as urbanization, industrialization, wage labour and migration (Apt, 1996, p. 2).

With the issue of belief as a factor that affects care for the elderly in the sub-metro, in a study by Apt (1996), it was revealed that public belief has immense influence on the care and attention given to elderly people. As elderly person gets older, his or her children, including his grandchildren and relatives would become more detached. In the case of women, as established by the results of the study, majority are widowed, and this in combination with ageing have frequently led to the charge of ‘witch’ being laid upon their shoulders (Apt, 1996, p. 27), as old age is related to the high likelihood of been referred to as a “witch”.

Another factor which affects the quality of care delivery for elderly, as disclosed by the study and also been established in a study by Apt (1996), include: poverty, stigmatization, lack of security, and in addition, neglect by their families. Factors like poor living arrangements and inadequate income as complained by the respondents share the same conformity with what Apt (1996) says, that the ability of modern families to care for their elderly in the urban context are seriously impaired by crowded housing, limited financial resource, and the increasing education and employment of women (p. 41).

Again from the findings it can be inferred that majority of the elderly persons, owing to the fact that they were unemployed and did not have access to pension benefit, met their needs mainly through funds transferred from their children, and this according to Apt (1996) makes the elderly parent become economic appendages to their children's families instead of integrated members with economic activities revolving around them, as it was in the past.

4.6 CONCLUSION

Under this chapter, the findings concerning the characteristics of the study participants showed more female elderly persons than their male counterparts. The explanation for the disparities in sex among the elderly in society was that, in most populations of the world women live on the average longer than men (Mba, 2007). With regard to age and marital status, majority of the participatory elderly were relative old, and most of the female elderly persons were living alone without the company and support of their spouse. This problem was aggravated by the low employment status by the majority of the participatory elderly and their lack of access to pension benefit. Regarding the living arrangements of the participatory elderly, majority of them were living in their family or ancestral homes with either their children, or spouse, or other close relatives. This pattern of living arrangements by the elderly makes them dependent on their family for care provisions.

From the findings it was revealed that, the pressing care needs of the elderly such as financial support, medical care, food, clothing and housing, were mostly not satisfied adequately because the elderly and their caregivers face the challenge of inadequate income. Moreover, issues regarding the types of care that the elderly receive in the urban community showed that, most of the care received by the participatory elderly were mainly financial support, emotional support, and caring for them when they are sick. These types of

care were mainly provided by their children and other close relatives of the elderly in the La sub-metro.

Furthermore, from the discussion in this chapter, it can be confirmed with earlier studies in the literature that modernization, poverty, high cost of living, the belief by some community members that the elderly are witches, and the weakening of the traditional family support system were the major factors within the broad socio-economic changes affecting the care delivery arrangements for the elderly in the La sub-metro.

CHAPTER FIVE

SUMMARY, CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

5.0 INTRODUCTION

This part of the report consists of summary of major findings of the study, conclusion, and recommendations based on the findings of the study.

5.1 SUMMARY OF MAJOR FINDINGS

The study which was aimed to explore the care provisions of the urban elderly and the challenges the elderly and their caregivers face in providing care for the urban elderly in La Sub-Metro, a suburb of Accra, revealed that the relative majority of the elderly sampled in the sub-metro fell within the ages of 65 and 79 years. There were more female elderly persons than their male counterparts.

Elderly persons in the sub-metro expressed the following main needs: financial support, medical care, housing, food, clothing, belongingness and love. Although these needs were considered as necessary to their well-being, a majority of them expressed dissatisfaction in meeting these needs adequately because of several challenges they faced. Some of these reasons were

inadequate income, due to unemployment, and lack of access to any pension or social security benefit. This problem of income insecurity by the elderly persons in the sub-metro tended to affect all facets of their social and material assistance, in addition to affecting their ability to afford quality care. This finding is consistent with a study by Beales (2000).

Findings of this study revealed that most of the care that the elderly received were informal. This include assistance with doing household chores such as sweeping the room of the elderly persons, washing of their clothes, fetching water, cooking and washing dishes, caring for the elderly persons when they are sick, providing the elderly persons with emotional support and physical security, paying their medical bills and prescribed drugs, as well as providing the elderly persons with financial support. These types of care were mainly provided by the daughters and other close family members of the elderly in the sub-metro.

The elderly persons in the Sub-metro receive support from voluntary organizations such as HelpAge Ghana, and the 'Senior Citizens Group' of the La Bethel Presbyterian Church. Support received was mainly in the form of financial support, counselling, visits, medical care, and the provision of basic food items. Moreover, formal support from established governmental agencies such as the Department of Social Welfare (Zone B) provides some selected elderly persons in the community, considered to be poor and incapable of meeting their subsistence needs, with cash transfers under the LEAP programme. The Pensioners Association of SSNIT also provides the elderly members with some financial support, medical care, and education, in addition to facilitating their access to monthly pensions.

The caregivers received inadequate income, lack of time for hobbies, and had limited time to meet personal activities such as visiting other family members and/or friends, or engaging in any income earning activity. Caregiving resulted in emotional distress on the part of caregivers.

Challenges faced by the caregivers of the elderly, revealed other factors such as poverty, high cost of living in the community, the weakening traditional family system of caring for the elderly persons as a result of social change, the loss of interest and passion by families to care for the elderly, lack of specialized health care services and recreational facilities in the community for the elderly. The lack of respect for the elderly and the belief that they are “witches” had a serious impact on the self-worth of the elderly.

Also the fact that society is modernizing affect the quality of care provided to the elderly persons in the community.

5.2 CONCLUSION

In conclusion, the elderly persons in the community have pressing care needs, which mainly include the need for financial support and medical care. These needs bring to light the type of social services/support they need in order to realize their quality of life. Nonetheless, the challenges of income insecurity (owing to unemployment) by the elderly persons and their caregivers, and the issue of lack of access to pension and social security by majority of the elderly affect the quality of care provided to them in the sub-metro.

Although the urban elderly in the sub-metro receive both formal and informal forms of support in meeting their needs, the family relations of the elderly persons, especially their female children play significant roles in the caring process of the elderly persons in the community.

The advent of modernization and social change, poverty and high cost of living in the urban community affect the provision of care for the elderly. Lack of respect for the elderly persons by society coupled with the belief of some community members that the elderly are ‘witches’, and lack of interest and passion by families of the elderly to care for them contributes to the challenges of providing care for the elderly in the community. Moreover, the lack of

specialized health care services and recreational facilities for the elderly in the community, among numerous factors, create challenges and these, in turn, affect the provision of care for the elderly persons in the La sub-metro.

5.3 RECOMMENDATIONS

From the aforementioned discussions, this study recommends the following:

The Government of Ghana must support the implementation of policies and plans on ageing in the country, especially the implementation of the National Ageing Policy, by allocating specific budgets for older people's affairs.

There should be some arrangement by the community and the state to help the family to continue to be receptive to the provision of care for their elderly relatives through the provision of respite services such as community and home-based care for the elderly in the areas of health, financial support, and counselling services to families caring for the elderly in the society.

The economic situation of older people needs to be supported by the state through policy action to enable those older people willing to work to stay economically active for longer, in both formal and informal sectors.

Provision must be made by the government to adjust the amount of money given under the LEAP programme to the poor older people in society.

Stigmatization of older people in the society should be dealt with by respecting and promoting their right to age with dignity through intensive community sensitization programmes to address the issues of violence, abuse and accusations of witchcraft against older people in the society.

Greater prominence should be given to the rights of older people to access healthcare, and the need to provide targeted public healthcare services for older people, particularly women who, on average, live longer than men.

Action is needed on training personnel in the care and treatment of older people's health issues; the provision of specialist services; and the improved availability of medicines for older people.

Humanitarian professional such as social workers must be available to provide information to caregivers in the form of accessing several channels of support from within and outside the community.

Education of families on care for older people will contribute to relieving caregivers of the challenges they are facing in caring for the elderly in the community.

Identifying, supporting and scaling-up the operations of civil society organizations in the area of providing services/support for older people in the society.

There is also the need to encourage the conduction of studies into issues concerning population ageing in the country. This would made available adequate information for policy influence and the implementation of intervention programmes that will facilitate the quality of life of older people in society.

REFERENCES

- Allan, G. (1985). *Family life*. London: Basil Blackwell.
- Apt, N. A. (1996). *Coping with old age in a changing Africa*. Avebury: Aldershot.
- Apt, N. A. (1993). Care for the elderly in Ghana: An emerging issue. *Journal of Cross-Cultural Gerontology*, 8, 301-312.
- Asante, K.B. (2004, June 28). In defence of age. *The Daily Graphic Newspaper*, p. 7.
- Bass, D. (2002). Context and implementation of care giver assessment. *National Family Care Giver Support Program* (Issue Brief). Washington, DC: Administration on Aging.
- Beales, K. (2000, July). Why We Should Invest in Older Women and Men: The Experience of HelpAge International. *Gender and Development*, 8 (2), 9-18.
- Bowen, M. (1966). The use of family theory in clinical practice. *Comprehensive Psychiatry*, 7, 345-374.
- Bradshaw, J. (1972). A taxonomy of social need. *New Society*, No. 496, 640-643.
- Brody, E. M. (1981). Women in the middle and family help to older people. *The Gerontologist*, 21 (5), 471-480.
- Brown, C. K. (1999). *Caring for the elderly: Perspective from Ghana and Japan*. Cape Coast, Ghana: Catholic Mission Press.
- Brown, C. K. (1984). Improving the social protection of the ageing population in Ghana. *ISSER Technical Publication Series*, University of Ghana, Legon.
- Brown, R. (1957). *A natural science of society*. Glencoe: The Free Press.
- Central Intelligence Agency [CIA] World Factbook. (2011, July 12). Retrieved from http://www.indexmundi.com/ghana/life_expectancy_at_birth.html

- Chappel, N. L. (1990). Ageing and social care. In R. H. Binstock, and L. K. George (Eds.). *Ageing and social sciences* (3rd Ed.), pp.438-454, New York: Academic Press.
- Cowgill, D. O., and Holmes, L. D. (Eds.). (1972). *Aging and modernization*. New York: Appleton-Century-Crofts.
- Creswell, J. W. (2006). *Understanding mixed methods research*. Retrieved from http://www.sagepub.com/upm-data/10981_Chapter_1.pdf
- Department of Social Welfare [DSW]. (2011, November, 29). *Livelihood Empowerment Against Poverty (LEAP)*. A working paper presented to HelpAge Ghana for a Workshop on Ageing Issues in Ghana.
- Fairchild, H. P. (Ed.). (1955). *Dictionary of Sociology*. New York: Philosophical Library.
- Fiore, J., Becker, J., and Coppel, D. B. (1983). Social network interactions: A buffer or a stress? *American Journal of Community Psychology*, 11, 423-439.
- Foner, A. (1986). *Ageing and old age: New perspectives*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall.
- Ghana Statistical Service (GSS). (2004). Ghana Demographic and Health Surveys 1993-2003. Calverton: GSS and Macro International.
- Ghana Statistical Service (GSS). (2002). *2000 Population and Housing Census: Special Report on Urban Localities*, Accra.
- Gibson, M. J. (1984). Family support patterns, policies and programmes. In C. Nusberg (Ed.). *Innovative ageing programs abroad: Implication for the United States* (pp.159-195). Westport, C.T: Greenwood.
- Goode, W. J. (1970). *World revolution in family patterns*. New York: The Free Press.
- Gupta, R., and Pillai, V. (2005). Analysis of caregiver burden in South Asian families in the Dallas Fort-Worth metropolitan area: Insights for social practice. *Journal of Applied Sociology*, 22(7), 35–54.

- Jacobson, S. (1980). The role of caregivers in the Black Community-Executive Summary, *Institute for the Study of Human Systems, Inc.*, Prepared for Administration on Ageing, Washington, D.C.
- Johson, L. C., and Schwartz, C. L.(1997).*Social welfare: A perspective to human need.* London: Allyn and Bacon.
- Kelvin, Kinsella, and Victoria, A. Velkoff. (2001). An aging world: 2001. *U.S. Census Bureau International Population Reports* P95/01-1, Washington, DC.
- Kinsella, K., and Phillips, D. R. (2005). Global ageing: The challenge of success. *Population Bulletin*, 60 (1), 3-34.
- Kosberg, J. I. (1992). *Family care of the elderly: Social and cultural changes.* Newbury Park: Sage.
- Kosberg, J. I. (1988a). Family care of the aged in the United States: Policy issues from an International Perspective Tampa, FL. *International Exchange Centre on Gerontology.* University of South Florida.
- Kosberg, J. I. (1988b). Preventing elderly abuse: Identification of high risk factors prior to placement decisions. *The Gerontologist*, 28 (1), 43-50.
- Kosberg, J. I. (1985). *Policies encouraging and requiring family care of the aged: A critical assessment.* Paper presented at the 12th International Congress of Gerontology, New York.
- Kosberg, J. I. (Ed.). (1983). *Abuse and maltreatment of the elderly: Causes and interventions.* Littleton, M. A.: John Wright-PSG.
- Kosberg, J. I., and Garcia, L. I. (1991). Social changes affecting family care of the elderly. *Journal of the International Institute on Ageing*, 1 (2), 2-5.
- Koser, G., and Burns, K. (1981). *Review of the literature on informal support networks.* New York: State Health Planning Commission.
- Maslow, A. (1954). *Motivation and personality.* New York: Harper.

- Mba, C. J. (2007). Population ageing in Ghana and correlates of support availability. *Gerontech Journal*, 6 (2), 102-110.
- Mba, C. J. (2005). Racial differences in marital status and living arrangements of older persons in South Africa. In *Generations Review (Journal of British Society of Gerontology)*, 15 (2), 23-31.
- Mba, C. J. (2004a). Population ageing and survival challenges in rural Ghana. In *Journal of Social Development in Africa*, 19(2), 90-122.
- Mba, C. J. (2004b). Older persons in Ghana. In *BOLD Quarterly Journal of the International Institute on Ageing*, 15 (1), 14-18.
- National Ageing Policy (2010). Ghana: Ministry of Employment and Social Welfare.
- National Association of Social Workers [NASW]. (2010). *NASW standards for social work practice with family caregivers of older adults*. Washington D. C.: NASW.
- Nhia, H. I. (2011, November 29). *National Health Insurance Scheme (NHIS): A benefit to the age*. A working paper presented to HelpAge Ghana for a Workshop on Ageing Issues in Ghana.
- Nhongo, M. T. (Ed.). (2004). The changing role of older people in African households and the impact of ageing on African family structures. *HelpAge International's Regional Representative for Africa*. The Ageing in Africa Conference, Johannesburg.
- Population and Housing Census (2000). Ghana Statistical Service [GSS].
- Population Reference Bureau [PRB]. (2010). *2010 World population data sheet*. Retrieved from http://www.prb.org/pdf10/10wpds_eng.pdf
- Shaw, R., Willis, R., Vlachantoni, A., Evandrou, M., Falkingham, J., and Luff, R. (2011). Measuring unmet need for social care amongst older people. *Population Trends*. Retrieved from <http://www.ons.gov.uk/ons/rel/population-trends-rd/population-trends/no--145--autumn-2011/ard-pt145-unmet-social-care-need.pdf>

- Smith and Harris (1972). *Determining needs*. Retrieved from <http://www.unescap.org/esid/psis/publications/spps/11/chap3.pdf>
- Social Security and National Insurance Trust [SSNIT]. (2012, January 5). Retrieved from <http://ghana.gov.gh/index.php/news/features/10133-ssnit-reviews-pensions-for-2012>
- Stanley, E. (Ed.). (2008). Protecting the rights of older people in Africa. *HelpAge International*. Retrieved from <http://www.helpage.org/download/4c48abf252f5f/>
- Tintin (2012, February 21). *Needs of the elderly*. Retrieved from <http://www.buzzle.com/articles/needs-of-the-elderly.html>
- United Nations (2009). *World population ageing 2009*. New York: Department of Economic and Social affairs.
- United Nations (2007). World Population Prospects. The 2006 Revision Vol. I: Comprehensive Tables. *Department of Economic and Social Affairs, Population Division*, New York. Retrieved from <http://esa.un.org/unpp/index.asp?panel=3>
- United States Census Bureau (2007). *International Data Base*. Retrieved on June 9, 2011, from www.census.gov/ipc/www/idb
- Velkoff, V.A., and Kowal, P. R. (2007). Population ageing in Sub-Saharan Africa: Demographic dimensions 2006. *International Population Reports*, P95/07-1, Washington DC.
- World Health Organization [WHO]. (2012). *Definition of an older or elderly person*. Retrieved from <http://www.who.int/healthinfo/survey/ageingdefnolder/en/index.html>
- Yanka, G. (2011). The new three tier pension scheme set to take off (1). Retrieved from <http://newtimes.com.gh/story/the-new-three-tier-pension-scheme-set-to-take-off-1>

Zimmer, Z., and Daylon, J. (2005). Older adults in Sub-Saharan Africa living with children and grandchildren. *Population Studies*, 59 (3), 295-312.

BIOGRAFIA DO AUTOR

Daniel Nikoi Kotei é um assistente social de profissão que tem mais de uma década de experiência a trabalhar com populações vulneráveis, nomeadamente crianças, jovens, famílias e idosos. Ele é um membro registado da Associação de Assistentes Sociais do Gana. Actualmente, ele colabora com o International Justice Mission, Gana, na qualidade de especialista de aconselhamento a vítimas de tráfico humano - trabalho forçado. Ele possui bacharelado e mestrado em Serviço Social pela Universidade do Gana. Adicionalmente, ele possui um certificado em gestão de recursos humanos e aconselhamento focado em trauma de crianças.■

(Con)vivência em condomínio e o barulho da vizinhança

Angelina Teixeira

Lia Raquel Silva

Advogadas

RESUMO: (Con)viver em condomínio é um desafio permanente, sendo consideravelmente maior quando sujeito à ingerência do comumente designado “barulho da vizinhança”. Pelo que, serão abordados alguns tipos de “barulhos de vizinhança” e equacionadas algumas soluções, numa tentativa de reflexão, ainda que sintética sobre o tema.

DESCRITORES: I – “Noção de Propriedade Horizontal” | II – “Diferentes Ruído de Vizinhança” – i. “Barulhos de Habitação”; ii. “Doença”; iii. “Animas”; iv. “Obras e Comércio”; v. “ruidos no âmbito dos licenciamentos”.

I – “Noção de Propriedade Horizontal”

O regime da propriedade horizontal consagrado no Código Civil Português (doravante “CC”), nos artigos 1414.º a 1438.º-A, não contempla a noção de propriedade horizontal. Nessa medida, só através da conjugação dos artigos 1414.º, 1415.º e 1420.º é possível chegar à caracterização de tal instituto.

Deste modo, de acordo com o disposto no artigo 1414.º do CC entende-se por propriedade horizontal como *“As fracções de que um edifício se compõe, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a*

proprietários diversos em regime de propriedade horizontal”¹. Por sua vez, o artigo 1415.º do Código Civil refere “*só podem ser objeto de propriedade horizontal as frações autónomas que, além de constituírem unidades independentes, seja, distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública*”².

Assim, ao titular da fração autónoma de um prédio a lei atribui a designação de condômino, conforme o disposto no artigo 1420.º n.º 1 do CC “*O condômino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício*”, cumulando simultaneamente, dois direitos reais distintos – o de propriedade singular da sua fração e o de compropriedade relativamente às partes comuns do imóvel (n.º 2).

Decorre do disposto no artigo 1422.º n.º 1 do mesmo Código que “*Os condôminos, nas relações entre si, estão sujeitos, de um modo geral, quanto às fracções que exclusivamente lhes pertencem e quanto às partes comuns, às limitações impostas aos proprietários e aos comproprietários de coisas imóveis*”³.

O legislador, no que diz respeito ao instituto da propriedade horizontal refere, no disposto do artigo 1418.º n.º 1 do mesmo diploma que a sua

¹ Na definição de A. Menezes Cordeiro, “*a coisa corpórea sobre que incide o direito de propriedade horizontal é composta por uma fração autónoma e pelas partes comuns do edifício*”, *Apud* Neto, Abílio, Código Civil Anotado, 15.ª Ed. Revista e Atualizada, Abril de 2006, nota 2, p.1184; No entendimento de Henrique Mesquita “*o que caracteriza a propriedade horizontal e constitui razão de ser do respetivo regime é o facto de as fracções independentes fazerem parte de um edifício de estrutura unitária*”, *Apud* Neto, Abílio, *ob.cit.* nota 4, p. 1184.

² H. Mesquita refere que “*a propriedade horizontal pressupõe a divisão de um edifício através de planos ou secções horizontais, por forma que, entre dois planos, se compreendam uma ou várias unidades independentes, ou ainda através de um ou mais planos verticais, que dividam igualmente o prédio em unidades autónomas. Logo, em alguns casos, a chamada propriedade horizontal, pode ser propriedade vertical. A divisão através de um ou vários planos é a única possível quando se trate de edifícios de um só piso.*”, *Apud* Neto, Abílio, *ob. cit.*, nota 5, p. 1184.

³ H. Mesquita refere que “*o que há de específico no direito de propriedade sobre as frações autónomas e apenas o facto de sobre tal direito impenderem restrições que não derivam do regime normal de domínio, mas que a lei estabelece ou permite em virtude de o objecto do direito de cada condômino se integrar num edifício de estrutura unitária, onde existem outras fracções pertencentes a proprietários diversos*”, *Apud* Neto, Abílio, *ob. cit.*, nota 7, p. 1184. Discorre do acórdão do STJ que, “*As relações entre condôminos são de natureza real, sendo-lhes inaplicáveis os preceitos legais que regulam as relações de natureza obrigacional.*”, *Apud* Neto, Abílio, *ob. cit.*, nota 2, p. 1191. Mota Pinto, entende que “*Quanto às partes comuns, cada um dos condôminos tem um direito de compropriedade e está sujeito ao regime desta (Mota Pinto, RDES, 21.º-113). A compropriedade que se verifica em relação as partes comuns é uma compropriedade forçada, no sentido de que não é possível sair da indivisão, ao contrário do que sucede na compropriedade normal.*”, *Apud* Neto, Abílio, *ob. cit.*, nota 4, p. 1191.

constituição depende de título constitutivo⁴, onde são especificadas as partes comuns do edifício correspondentes às várias frações, de modo a que sejam individualizadas e fixado o valor relativo a cada fração, expresso em percentagem ou permilagem, sendo facultativa a menção de outras especificações constantes no título, designadamente – o fim a que se destina cada fração ou parte comum; regulamento de condomínio⁵, disciplinando o uso⁶, fruição⁷ e conservação quer das partes comuns, quer das frações autónomas; previsão de compromisso arbitral para a resolução de litígios emergentes da relação de condomínio -, nos termos do n.º 2.

Não obstante, do disposto no artigo 1429.º-A e 1431.º do referido Código que obriga à elaboração de um regulamento do condomínio, no caso de haver mais de quatro condóminos, disciplinando o uso, a fruição e a conservação das partes comuns, cabendo a sua elaboração à assembleia de condóminos ou ao administrador de condomínio.

Sucede que, o direito de propriedade individual de cada condómino está sujeito a ser derogado pelo direito de viver em compropriedade.

Inerente a este direito de propriedade individual, existe um direito de personalidade⁸. O direito de personalidade, aqui encarado como direito

⁴ De acordo com a publicação efetuada no BMJ “*I - A falta de requisitos legalmente exigidos para a constituição da propriedade horizontal importa a nulidade do título que tenha sido celebrado e a sujeição do prédio em regime de compropriedade. II – Essa nulidade pode ser arguida por qualquer dos condóminos e pelo Ministério Público*”, *Apud* Neto, Abílio, *ob. cit.*, nota 11, p. 1186; *Cfr.* artigo 1416.º e 1417.º do Código Civil, 5.ª Edição, Almedina, setembro 2013.

⁵ «Condomínio» é a situação jurídica em que se encontram vários sujeitos que, sendo contitulares de uma coisa materialmente unitária, têm direitos exclusivos sobre fracções juridicamente autonomizadas da coisa. É esta situação que se verifica, designadamente, em consequência da propriedade horizontal, em que “cada condómino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício” – artigo 1420.º, n.º 1, C.C. O condomínio é, pois, distinto da contitularidade, situação em que os vários sujeitos são titulares de um *mesmo* direito - Base de Dados Jurídica BDJUR.

⁶ “O direito de uso consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da sua família” – artigo 1484.º, n.º 1, C.C. - Base de Dados Jurídica BDJUR.

⁷ O direito de fruição é a faculdade que tem o proprietário de uma coisa de retirar dela, em seu proveito, todas as suas utilidades e, designadamente, de receber os seus frutos e rendimentos. Outros direitos contêm a faculdade de fruição da coisa, para além da propriedade: assim, por exemplo, o usufruto (artigo 1446.º, C.C.) - Base de Dados Jurídica BDJUR.

⁸ Os direitos de personalidade encontram-se regulados no Código Civil, nos artigos 70.º e segs. Ainda que uma pessoa não disponha de quaisquer direitos patrimoniais, ela é necessariamente titular do conjunto de direitos absolutos que respeitam às várias manifestações, físicas e morais, da

subjetivo da autonomia privada, que permite ao seu titular em caso de ofensa ou ameaça à sua personalidade física ou moral, e independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a realização da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida, nos termos do artigo 70.º n.ºs 1 e 2 do Código Civil⁹.

Os direitos de personalidade são direitos fundamentais e por isso, constitucionalmente protegidos. Aqui salientamos a importância para as situações de verificação de colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, pelo que, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes, caso contrário, prevalece o que se considera superior, nos termos do artigo 335.º n.ºs 1 e 2 do Código Civil¹⁰.

sua personalidade: é a tal conjunto que se dá a designação de direitos da personalidade. Os artigos 1474.º e 1475.º, C.P.C., prevê ser possibilidade de se pedirem ao tribunal “providências destinadas a evitar a consumação de qualquer ameaça à personalidade física ou moral ou a atenuar os efeitos de ofensa já cometida” – Base de Dados Jurídica BDJUR.

⁹ No entendimento de Mário de Bruto “do n.º1 resulta que não é necessário que haja uma ofensa ilícita; basta a ameaça. Por outras palavras: não se exige o prejuízo efetivo; é suficiente a possibilidade de prejuízo”, *Apud* Neto, Abílio, *ob. cit.*, nota 2, p. 51., “embora a simples ameaça tenha de ser suficientemente séria para legitimar a tutela jurídica” (A.e ob. cit.); Segundo castro Mendes, “a responsabilidade civil a que se refere o n.º2 é a responsabilidade e indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados à família ou sucessores do defunto, não por pretensos danos causados a este mesmo”, *Apud* Neto, Abílio, *ob. cit.*, nota 5, p. 51.

¹⁰ F. Cunha de Sá, discorre que “para haver colisão de direitos, têm de estar frente a frente dois direitos subjetivos, ou seja, o comportamento de cada titular tem de preencher, por hipótese, o seu direito, não só estruturalmente, na forma que lhe cabe, mas também na valoração jurídica que em concreto lhe dá sentido. De outro modo, poderíamos ter um conflito entre um direito, materialmente actuado, e um outro e diverso fenómeno, que poderia até consistir no abuso de um direito – mas não em colisão de direito, porque um dos sujeitos atuaria sem direito ou para lá do seu direito. Mas se isto é assim, resulta daqui que a colisão, como fonte de perturbação constante da ordem jurídica, teve de ser também juridicamente resolvida, ou pelo critério da prevalência, quando os direitos sejam desiguais ou de espécie diferente e, assim, seja possível considerar o estabelecimento de uma hierarquia entre eles, ou pelo critério da conciliação, quando todos os direitos sejam iguais ou da mesma espécie. No primeiro caso, só o direito superior pode ser exercido, ou só ele pode ser exercido integralmente, e o direito inferior não deve ser exercido, ou não deve ser exercido senão na medida em que tal exercício parcial já não colida com a produção do efeito próprio do direito superior; no segundo caso, os titulares devem ceder na medida do necessário para que todos os direitos produzam igualmente o seu efeito, e não haja maior detrimento para uns do que para outros. Vem isto a significar, em última análise, que a situação de colisão de direitos se traduz, em cada caso concreto, na fixação de preciso limite, a cada direito, o qual é juridicamente inserido na sua própria estrutura formal e que, assim sendo, a actuação do titular que impede os outros direitos, iguais ou da mesma espécie que o seu, de produzirem igualmente efeito, ou se o produzirem sem maior detrimento para o respectivo titular, ou, ainda, que obstaculiza o exercício do

(Con)Viver em propriedade horizontal, apresenta-se como um desafio pela linha tênue que separa a defesa dos interesses próprios de cada condômino e aqueles que são comuns.

A Constituição da República Portuguesa nos termos do artigo 25.º n.º 1 dá-nos conta que “A integridade moral e física das pessoas é inviolável.”, e artigo 66.º n.º 1 e seguintes “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.” O direito ao descanso e ao repouso¹¹, tantas vezes colocado em causa, são direitos fundamentais. Recai, na nossa opinião, sobre cada cidadão, comumente, sobre cada condômino a tarefa de se defender e exercer todos os direitos legalmente protegidos e fazer-se munir dos meios de tutela colocados à disposição pelo legislador. O reconhecimento do direito ao descanso e ao repouso como direitos fundamentais e a colisão destes direitos com a relação de vizinhança – música, animais, obras, barulhos que excedam o considerado para uma habitação normal, e ainda o exercício atividades de atividades económicas -, têm vindo a emergir em diversos processos judiciais a correr termos nos tribunais portugueses.

direito que deva considerar-se superior, actua em excesso de direito, com falta de direito, viola a específica proibição normativa do art. 335.º. E, como tal, tem esta violação de entender-se como um puro e simples ilícito (forma) com todas as características diferenciais que se nos mostraram perante a diversa qualificação jurídica de abuso de direito”, Apud Neto, Abílio, ob. cit., nota 4, p. 277.

¹¹ “1. O repouso e o sossego que cada pessoa necessita de desfrutar no seu lar para se retemperar do desgaste físico e anímico que a vida no seu dia a dia provoca no ser humano é algo de essencial a uma vida saudável, equilibrada e física e mentalmente sadia. O direito ao repouso, ao sossego e ao sono são uma emanção da consagração constitucional do direito à integridade física e moral da pessoa humana e a um ambiente de vida sadio, constituindo, por isso, direitos de personalidade e com assento constitucional entre os Direitos e Deveres Fundamentais. 2. A nossa lei fundamental concede uma maior protecção jurídica a estes direitos do que aos direitos de índole económica, social e cultural, havendo entre eles uma ordem decrescente de valoração. É na lei ordinária existe um dispositivo que expressamente manda dar prevalência, em caso de conflito de direitos, àquele que for considerado superior – nº 2 do art. 335º Civil.”, in, <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1e8ce6a3977120378025735500505f0c?OpenDocument>; De acordo com a publicação efetuada no BMJ “I - Viola o direito ao repouso, que é um direito de personalidade, a produção de ruídos em fração habitacional que, pela sua frequência e intensidade, ultrapassa a normalidade, incomodando todos quantos residem no prédio e têm de descansar. II – Sendo o repouso de um cidadão absolutamente indispensável à saúde e, portanto, à sua vida, é de fazer cessar imediatamente qualquer causa adequada à sua continuada lesão. III – Os condôminos lesados pela produção daqueles ruídos têm direito a ser indemnizados pelos danos morais derivados de tal ilícito.”, Apud Neto, Abílio, ob. cit., nota 47, p. 55.

É precisamente o reconhecimento e a colisão destes dois direitos que tentaremos apresentar algumas reflexões.

II – Diferentes Ruídos de Vizinhança

i.– Barulhos de habitação

A convivência sadia entre vizinhos/comproprietários é essencial para a coabitação em regime de propriedade horizontal.

Sucedem que, reiteradamente surgem problemas entre condóminos, pelos variados ruídos que se fazem sentir entre vizinhos. É o designado ruído de vizinhança.

O Decreto-lei n.º 9/2007, de 17 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 278/2007, de 1 de janeiro, conhecido por “Regulamento Geral do Ruído”¹² dá uma definição de ruído de vizinhança como “*o ruído associado ao uso habitacional e às actividades que lhe são inerentes, produzido directamente por alguém ou por intermédio de outrem, por coisa à sua guarda ou animal colocado sob a sua responsabilidade, que, pela sua duração, repetição ou intensidade, seja susceptível de afectar a saúde pública ou a tranquilidade da vizinhança*” (artigo 3.º al. r).

Podem ser variados os barulhos de vizinhança, desde logo, o barulho do televisor, rádio, aspirador, do secador, aparelhos de cozinha e eletrodomésticos, barulho de tacões sobre o piso, o arrastar de cadeiras, bater de portas, queda de objetos (propositadamente ou não), a projecção de voz no interior de cada fração, música, entre outros¹³.

¹² Revogando o regime legal da poluição sonora, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14 de novembro.

¹³ “3. A actuação de quem, habitando o 1º andar de um prédio, produz ruído, propositadamente, a partir das 22 horas, batendo com um objecto tipo martelo ou actuando como tal, no soalho da sua habitação, ao longo das divisões, atirando com objectos pesados que produzem estrondo no chão e pondo o volume da aparelhagem sonora e da televisão em registo audível no rés-do-chão do mesmo prédio, impedindo tal ruído, pela sua intensidade, duração e repetição, os habitantes do rés-do-chão – um casal e duas filhas menores – de dormir, e obrigando-os, por vezes, a pernoitar fora de casa, em hotéis e pensões, viola o direito ao descanso e ao sono, à tranquilidade e ao sossego destes, que são aspectos do direito à integridade pessoal. 4. Se, em consequência de tal actuação, o casal e as duas filhas sofreram profundo sofrimento, angústia e dor, as menores mostravam agitação e terror de voltar para casa, a mulher passou a ter crises compulsivas de choro e a andar deprimida, sendo o seu quadro depressivo agravado por estar grávida, e o marido ficou angustiado e ansioso, e perdeu algumas deslocções profissionais ao estrangeiro pelo extremo cansaço decorrente da impossibilidade de dormir,

Vem consagrado neste diploma no artigo supra mencionado, na respetiva al. p) o designado “período de referência” o qual caracteriza o intervalo de tempo a que se refere um indicador de ruído, de modo a abranger as atividades humanas típicas, nomeadamente, o período diurno - das 7 às 20 horas; o período do entardecer - das 20 às 23 horas; e, o período noturno - das 23 às 7 horas.

O período de referência permite estabelecer que o exercício de qualquer atividade ruidosa compreendida entre as 23 horas e as 07 horas, aos sábados, aos domingos e em dias de feriado é estritamente proibida, exceto quando autorizada por licença especial de ruído concedida respetivo município, conforme artigo 15.º, e apenas quando preencha o artigo 14.º do diploma supra mencionado.

Nem todo o ruído de vizinhança pode e deve ser considerado como propositado, pois podemos deparar com ruído de vizinhança, isto é, barulho provocado de forma inopinada, irrefletida, considerado pelo próprio como “norma” ou “hábito”, contudo, casos os há em que nem sempre assim ocorre.

Nessa medida, o barulho provocado em horário compreendido entre as 23h e as 07h que seja considerado excessivo, desagradável e incomodativo deve pelo condômino ser evitado.

Pode o condômino que se sinta incomodado pelo ruído provocado pelo outro condômino, pela sua intensidade, duração e repetição, solicitar que cesse esse mesmo barulho, em prol da saúde pública e tranquilidade da vizinhança. Se o condômino gerador de ruído, não o fizer, pode o condômino lesado, solicitar que as autoridades¹⁴ interpelem o condômino gerador do ruído e o solicitem a cessação do mesmo.

estamos perante danos não patrimoniais que assumem gravidade suficiente para justificar a intervenção reparadora do direito. 4. A ilicitude, nesta perspectiva, dispensa a aferição do nível de ruído pelos padrões legais estabelecidos: a ilicitude de um comportamento ruidoso que prejudique o repouso, a tranquilidade e o sono de terceiros está, precisamente no facto de, injustificadamente, e para além dos limites do socialmente tolerável, se lesar um dos direitos integrados no feixe dos direitos, liberdades e garantias pessoais.”, in
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8c155cef977563ef802575e70056fcd?OpenDocument>

¹⁴ PSP ou GNR (aquela que estiver perto da área de residência). A título meramente exemplificativo, para requerer um pedido indemnizatório há que provar os danos, podendo para o efeito ser arrolado testemunhas ou proceder à junção do competente relatório da polícia municipal.

O agente de autoridade constatando, a existência de ruído, precisamente pela intensidade e duração do mesmo, pode exigir a cessação do mesmo. Nestes casos, a análise da intensidade do ruído é aferida apenas pelo aparelho auditivo, sem recurso ao sonómetro, precisamente, pela intensidade, duração do mesmo e respetiva correlação com o horário em que o mesmo é praticado.

Aqui se reflete a prevalência do direito de personalidade, na medida do direito ao descanso, à tranquilidade e ao repouso, sobre o direito individual de propriedade.

ii. Doença

Situações melindrosas existem quando o condómino se encontra em situação de doença e se depara com ruídos de vizinhança. Nestes casos, a lei não refere qualquer impedimento ao ruído de vizinhança no período compreendido entre as 07h e as 23h, caso inverso ao período de referência entre as 23h às 07h.

Encontrando-se um condómino em situação debilitada, recai uma vez mais sobre condómino gerador de ruído o cuidado sobre os barulhos que gera¹⁵.

A este propósito, veja-se o lo o Acórdão da Relação de Lisboa que condenou uma condómina a pagar uma indemnização de 7500 euros ao vizinho do andar de baixo *“Os ruídos desnecessários, que causem algum prejuízo as vizinhos, são sempre ilícitos, traduzindo o uso anormal do prédio, ou redundando em abuso de direito. São ilícitos os ruídos produzidos pela Ré na sua residência, situada no oitavo andar de determinado edifício, ao fazer uso de calçado ruidoso entre as 7h00 e as 8h00 de cada dia, e ao fazer uso de aspirador ao fim de semana, antes das 8h00, sempre sem qualquer necessidade, sabendo que isso perturba muito o descanso ou a tranquilidade dos vizinhos, sendo fundamento de responsabilidade civil.”*- Acórdão da Relação de Lisboa, 3 de maio de 2018, in www.dgsi.pt e <https://www.dn.pt/portugal/interior/condenada-a-pagar-7500-euros-a-vizinho-por-fazer-ruído-9467359.html>. Ora, nos termos da lei, aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Como tal, deve a ré cessar imediatamente a produção desses ruídos e, também, indemnizar os vizinhos pelos danos que entretanto lhes causou de forma consciente e voluntária, in <http://www.udireito.com/2018/ruídos-incomodativos-para-os-vizinhos/>.

¹⁵ Discorre do Acórdão do TRL, Processo n.º 2427/15.4T8LSB.L1-2, de 03-05-2018, relator Farinha Alves: *“No caso dos autos, estão em causa os ruídos produzidos pela Ré na sua casa de habitação, entre as sete e as oito de cada dia, especialmente ao andar com calçado ruidoso em pavimento de tijoleira e ao fazer, esporadicamente, uso do aspirador. Sabendo que isso incomoda os vizinhos, em particular os AA., porque a insonorização do prédio é má e porque lhe foi evidenciado pelos AA., que esses ruídos eram muito perturbadores do seu descanso. (...) Resultando também da prova produzida que a Ré tinha conhecimento de que a Autora padecia de doença do foro oncológico, e, nesse período, fez tratamentos, pelo menos de quimioterapia. E o ruído do aspirador*

era perfeitamente evitável naquela hora, deixando para mais tarde a tarefa de aspirar. E os ruídos dos passos podem ser substancialmente atenuados, fazendo uso de calçado não ruidoso e colocando tapetes/passadeiras nas zonas de circulação. (...) Assim, a Ré, entre as 7H00 e as 8H00 de cada dia utiliza na sua residência, calçado ruidoso, e ao fim de semana, também antes das 8H00, faz uso de aspirador, em qualquer dos casos, sem qualquer necessidade, e sabendo que isso perturba muito o descanso ou a tranquilidade dos vizinhos. Ora, nos termos do art. 483.º do C. Civil, aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. No caso, a Ré permite-se produzir ruídos, inteiramente evitáveis, ao menos naquela hora, sabendo que, com isso está a perturbar o descanso dos AA.. **Ou seja, aqueles ruídos são produzidos pela Ré de forma consciente e voluntária, e sem causa justificativa, sabendo a Ré que, com eles está a lesar a tranquilidade dos AA, nos termos bem evidenciados nas diligências que estes realizaram para tentarem fazê-los cessar.** Ora, como observam Pires de Lima e Antunes Varela no seu Código Civil Anotado, III Vol., 2.ª edição, em anotação em anotação ao art. 1346.º, os ruídos desnecessários, que causem algum prejuízo aos vizinhos, são sempre ilícitos, traduzindo uso anormal do prédio, ou redundando em abuso do direito. Assim a produção daqueles ruídos, procedendo de ato voluntário da Ré, é ilícita. No mesmo sentido se pronunciou, entre outros o acórdão do STJ invocado pelo Recorrente, proferido no processo n.º 161/05.2TBVLG.S1, disponível em www.dgsi.pt, em cujo sumário se pode ler: «6. O ruído, afetando a saúde, constitui não só uma violação do direito à integridade física, como do direito ao repouso e à qualidade de vida. Direitos que, no seu cotejo com o de exercício de uma actividade comercial ou industrial se lhe sobrepõem e prevalecem, de acordo com o artigo 335.º do Código Civil. 7. A emissão de ruídos, desde que perturbadores, incómodos e causadores de má qualidade de vida, e ainda que não excedam os limites legais, autorizam o proprietário do imóvel que os sofre a lançar mão do disposto no artigo 1346.º do Código Civil, que só deve suportar os que não vão para além das consequências de normais relações de vizinhança. 8. A apreciação da normalidade deve ser casuística, tendo como medida o uso normal do prédio nas circunstâncias de fruição de um cidadão comum e razoavelmente inserido no núcleo social. 9. Sendo ilícita a emissão de ruídos recai sobre o poluidor sonoro o dever de indemnizar nos termos dos artigos 483.º e 487.º do Código Civil.» (...)", <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/14c315b6719afe4c802582a600381679?OpenDocument>. Neste sentido, também o TRL, Processo 7091-10.4TBCSC.L1-6, de 07-04-2016, relatora Maria Manuela Gomes, “3.2.3. “In casu”, demonstrou-se que a Ré mantém na sua casa de habitação, um segundo andar direito, toques de piano, repetidos (por, na maioria, de solfejo e repetição de escalas - “sempre as mesmas músicas” “sempre a mesma coisa”), acompanhados de marcação do ritmo mediante o bater do pé no chão. Mais se provou que a situação, arrastada no tempo (por mais de quatro anos) perturba o Autor – que vive no 1.º andar do mesmo lado – e sofre de doença psicótica agravada, por estado depressivo, exaustão emocional, cefaleias e humor deprimido. A Ré tinha conhecimento desse facto e que o Autor trabalhava em casa, como consultor económico-financeiro. (...) De um lado, o de repouso do Autor, potenciado por ser portador de uma patologia psíquica [nervosa]. De outra banda, o “jus fruendi” da Ré, ao permitir que sua filha toque piano em casa, instrumento que está a aprender e do qual tem lições, em escola de música, mas que consabidamente deve praticar. Arredando a parte do acompanhamento do ritmo com os pés - manifestamente abusivo, sabendo que há moradores no piso inferior e que o som se propaga do seu soalho ao teto do vizinho, prática que terá de cessar (porque não a utilização do metrónomo de Winkel, em vez do “sapateado”?), vejamos agora

Ainda assim, sentindo-se o condômino incomodado, tem o direito de solicitar a intervenção das autoridades, sendo atribuído pelas mesmas um prazo para fazer cessar o respetivo ruído de vizinhança. Nestes casos, não estamos perante uma contraordenação, mas sim perante uma simples infração, que é aferida pelo incómodo provocado, quer pela sua intensidade,

o conflito de direitos, que se perfila. (...) Como se refere no Acórdão do STJ de 18.12.2008 – proc. nº 08A2680 – “O Prof. Menezes Cordeiro conceptualiza-a [referindo-se à colisão de direitos] em sentido amplo, (“haverá colisão de direitos quando um direito subjectivo, na sua configuração ou no seu exercício, deva ser harmonizado com outro ou com outros direitos”) e em sentido estrito (“ocorre sempre que dois ou mais direitos subjectivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si.”) apud “Da Colisão de Direitos”, in “O Direito”, 137, 2005, 38; cfr. ainda, Dr.ª. Elsa Vaz de Sequeira, “Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil” (2004). (...) Ora, na situação em apreço, tal colisão existe. E embora, o direito ao repouso – sobretudo de pessoa doente e a trabalhar – deva prevalecer sobre lições e prática de piano de um vizinho, cremos ser possível a conciliação, em termos hábeis e de equidade. Assim, parece-nos razoável que a Ré só autorize que se toque piano na sua residência, nos dias úteis entre as 10 às 18 horas e nos sábados, domingos e feriados entre as 12 às 20 horas. Sempre, contudo, por um período não superior a 2 horas por dia. E o piano não poderá, como se disse, ser acompanhado, ou seguido, de bater de pés. Quanto ao pedido de indemnização, vistos os factos provados, considera-se que o Autor sofreu um dano patrimonial (despesas médicas e medicamentosas) e não patrimonial (sofrimento por privação de tranquilidade e agravamento da sua patologia).(...) Efectivamente, na linha do Acórdão do STJ de 19.10.2010 – proc. nº 565/1999.L1.S1 - entendemos que: “Pressuposto essencial da colocação de qualquer questão de responsabilidade civil e obrigação de indemnização é a existência de um dano. “Sem ele, isto é, sem que ocorra um prejuízo resultante da lesão de um bem, direito ou interesse juridicamente protegido, não tem cabimento falar-se de responsabilidade, qualquer que tenha sido a natureza e efeitos da conduta do agente. “No caso, emerge a lesão de bens imateriais, com protecção jurídica a nível da Lei Fundamental e com tutela na lei ordinária. “Ali, em conformidade com os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consagram-se o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, acolhe-se, como direito fundamental, a inviolabilidade moral e física das pessoas e reconhece-se a todos os cidadãos o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, bem como o dever de o defender - arts. 24º da DUDH, 8º da DEDH e 1º, 25º-1 e 66º-1 da CRP. “Além disso, o Código Civil estabelece que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à personalidade física ou moral, prevendo a responsabilidade civil dos autores das ofensas, sendo que, como é entendimento comum, o preceito abrange direitos como o direito à vida, à integridade física, à honra e bom nome, “à saúde e ao repouso essencial à existência física” - art. 70º-1 (cfr. Pires de Lima e A. Varela, “C Civil, Anotado”, I, 4ª ed. 104). (...) Inquestionado, e inquestionável, pois, que o Autor sofreu os referidos danos provocados pela actividade ruidosa levada a cabo pela Ré, consubstanciados e decorrentes da perturbação do descanso e do trabalho. Concorrente, também, ante a violação dos direitos pessoais dos Autores, o carácter ilícito da actuação da Recorrida. (...)”, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/BC7E791CCBB3568880257FA1002D482A>

duração e repetição, proveniente da falta de cuidado, e em prol da sã convivência e urbanidade que deve existir na relação de vizinhança.

iii. Animais

Dedica-se um subcapítulo, ainda que sucinto, relativo ao tema dos animais de companhia precisamente pelo barulho que os mesmos podem provocar e afetar as frações vizinhas.

Relembrando a análise relativa à constituição da propriedade horizontal e que a mesma deve constar de título constitutivo, nos termos das disposições dos artigos 1418.º, 1429.º-A e 1431.º do Código Civil, importa agora referir que no âmbito do direito de propriedade, cada condômino é detentor do direito de propriedade do seu imóvel, ou dito de outro modo, da sua fração autónoma. E como tal, goza de modo pleno e exclusivo do direito de uso, fruição e disposição da sua fração. Não obstante desse gozo pleno e exclusivo se encontrar limitado ao cumprimento das restrições impostas por lei.

Não decorre da lei qualquer proibição à existência de animais de companhia numa fração autónoma, mas sim ao proprietário de cada fração, não podendo o condomínio ter qualquer ingerência sobre a decisão que pertence a cada condômino e à sua fração.

A ingerência do condomínio, isto é, dos restantes condôminos, apenas ocorre quando têm de se pronunciar sobre questões relativas às partes comuns em assembleia de condomínio. Todavia, o deliberado numa assembleia de condomínio, assim como o que ante venha ou seja transposto para o respetivo regulamento condomínio quanto à existência e/ou permanência de animais, e ainda o número de animais nas frações autónomas apenas vincula quem aprovou.

Assim, o único meio de proibição da detenção de animais de companhia numa fração autónoma apenas pode surgir do título constitutivo¹⁶.

¹⁶ Discorre do acórdão dos Julgados de Paz de Coimbra, Processo 42/2011-JP, de 29-08-2011, relator, Dionísio Campos, "(...) Os órgãos do condomínio existem para a administração apenas das partes comuns (art. 1430.º, n.º 1 do CC), e não já das frações autónomas, o que impõe uma demarcação rigorosa entre o que os órgãos do condomínio podem deliberar e executar e o que, não estando na sua competência, cai fora do seu âmbito de actuação. Assim, se um condômino, dentro da sua fração privativa, produz ou permite barulhos (por exemplo, de cães) superiores ao permitido pela lei administrativa e a horas interditas a tais ruídos, perturbando os seus vizinhos, viola o dever de não produção de ruídos de vizinhança consagrado no art. 1346.º do CC e no Regulamento Geral do Ruído. (...) Assim, se a assembleia de condôminos aprovar uma cláusula do regulamento que proíba os

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 314/2003 de 17 de Dezembro - Programa Nacional de Luta e Vigilância Epidemiológica da Raiva Animal e Outras Zoonoses (PNLVERAZ) - prevê no seu artigo 3.º n.º 1 “*O alojamento de cães e gatos em prédios urbanos, rústicos ou mistos, fica sempre condicionado à existência de boas condições do mesmo e ausência de riscos hígio-sanitários relativamente à conspurcação ambiental e doenças transmissíveis ao homem.*”; e ainda no n.º 2 “*Nos prédios urbanos podem ser alojados até três cães ou quatro gatos adultos por cada fogo, não podendo no total ser excedido o número de quatro animais, excepto se, a pedido do detentor, e mediante parecer vinculativo do médico veterinário municipal e do delegado de saúde, for autorizado alojamento até ao máximo de seis animais adultos, desde que se verifiquem todos os requisitos hígio-sanitários e de bem-estar animal legalmente exigidos.*” e, por fim o n.º 3 “*No caso de fracções autónomas em regime de propriedade horizontal, o regulamento do condomínio pode estabelecer um limite de animais inferior ao previsto no número anterior.*”

No que concerne aos barulhos e ruídos provenientes de animais de estimação, comumente o latir e o miar, entre outros, aplica-se a lei geral do ruído.

Compreende-se que em causa não falamos de barulhos do dia-a-dia, provenientes do uso normal de habitação e por isso suportáveis por qualquer pessoa. Antes, estaremos perante as situações de manifestações de um ladrar

condóminos de deterem animais domésticos nas suas fracções, estaremos perante uma norma que, em princípio, não vincula os condóminos, dado que atinge o domínio privativo da propriedade sobre as fracções autónomas, cujo aproveitamento pertence exclusivamente aos respectivos proprietários. Isto não significa, obviamente, que os condóminos não estejam sujeitos às restrições de vizinhança nas relações entre si, uma vez que a delimitação negativa da propriedade opera igualmente no campo da propriedade horizontal. Porém, em caso de violação de um dever de vizinhança pelo proprietário de uma fracção, cabe ao condómino ou condóminos afetados reagir nos termos gerais de Direito, incluindo o pedido judicial de condenação na cessação da actividade ilícita e a indemnização pelos danos sofridos (cfr. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2008, pp. 733-734). Mas uma coisa é uma deliberação restritiva imposta a outrem, outra são os comportamentos voluntariamente contratualizados e assumidos. Assim, nada obsta a que os condóminos se vinculem voluntariamente a certos comportamentos, dentro dos limites da sua autonomia contratual (cfr. Sandra Passinhas, Os animais e o regime português da propriedade horizontal, 2006, pp. 833-873). Porém, tais acordos condominiais vinculam apenas quem a eles se obrigou, e não já terceiros, como é o caso do arrendatário que a tal não se tenha concretamente obrigado. (...), in

<http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/264977471e50638480257ac4003b1804?OpenDocument&Highlight=0,animais,barulho,condom%C3%ADnio,ru%C3%ADdo>

ou miar considerado intenso, repetitivo e incomodativo, de forma a impeça ou a dificulte reiteradamente o descanso dos restantes condóminos.

Uma vez mais, o direito de personalidade, no qual se inclui o direito ao descanso e ao sossego derroga o direito à habitação quando da mesma ocorrem barulhos provenientes da existência de um animal. Embora ambos sejam direitos constitucionalmente protegidos, isto é, os direitos de personalidade e os direitos de habitação, aqui entendidos como o direito a ter um animal e nessa medida entendido como fundamental para o desenvolvimento e harmonia de um lar, na verdade, este direito pode ser derogado pelos direitos de personalidade¹⁷.

¹⁷ Discorre do acórdão TRL, Processo 1229/05.0TVLSB.L1-2, de 01-10-2009, relatora Ondina Carmo Alves, "(...) como refere CAPELO DE SOUSA, ob. cit., 547, em caso de conflito entre um direito de personalidade e um direito de outro tipo, a respectiva avaliação «abrange não apenas a hierarquização entre si dos bens ou valores do ordenamento jurídico na sua totalidade e unidade, mas também a deteção e a ponderação de elementos preferenciais emergentes do circunstancialismo fáctico da subjetivação de tais direitos, máxime, a acumulação, a intensidade e a radicação de interesses concretos juridicamente protegidos. Tudo o que dará primazia, nuns casos, aos direitos de personalidade ou, noutros casos, aos com eles constituintes direitos de outro tipo». Urge, portanto, averiguar se, no caso concreto, a prevalência de um direito relativo à personalidade não resulta em desproporção inaceitável, visto que, como antes ficou dito, o sacrifício e limitação do direito considerado inferior – direito de propriedade – deverá apenas ocorrer na medida adequada e proporcionada à satisfação dos interesses tutelados pelo direito dominante. Para o efeito, importa lançar mão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, há que sopesar a adequada proporção entre os valores em análise, aquilatando em que medida é que o sacrifício que se impõe ao titular de um direito se justifica face à lesão do outro, vedando-se o uso de um meio intolerável para quem é afetado pela medida restritiva. No caso em apreço, não ficou demonstrado que os cães pertencentes aos réus estivessem constantemente a ladrar não parando de ladrar, de dia e de noite e que, por isso, os autores estivessem impossibilitados ou com enormes dificuldades em dormir e que a filha dos autores tivesse, por virtude desse facto, dificuldade de se levantar de manhã. (...) É verdade que ficou provado que os autores, algumas noites, tiveram dificuldade em dormir, admitindo-se que em consequência do ladrar dos cães, mas por provar ficou que, por essa circunstância, os autores não tenham conseguido dormir inúmeras noites – v. resposta negativa dadas aos artigos 20º da Base Instrutória. (...) A intensa e imperiosa convivência entre as pessoas leva a considerar que nas relações de vizinhança há que tolerar, obviamente até certo ponto, algum ruído e alguma incomodidade que todos causam uns aos outros como, de resto, ficou demonstrado nos autos. Os próprios autores, pese embora sofram de alguma hipersensibilidade ao ruído provocado pelos cães dos réus, eles próprios são igualmente produtores de ruído – v. Ns 23 a 25 dos Fundamentos e Facto – sendo certo que os autores também têm na sua habitação um cão que não pode deixar de ladrar, sendo susceptível de causar algum incómodo a outras pessoas igualmente hipersensíveis ao ruído. Em face da prova produzida entende-se que a reduzida intensidade da incomodidade sofrida pelos autores e a ausência de consequências decorrentes dessa incomodidade, não deve levar à pretendida limitação dos direitos dos réus à propriedade privada. Não

Uma vez mais, quando o barulho ocorra entre as 23 horas e as 07 horas da manhã, qualquer condômino pode apresentar queixa e as autoridades policiais adotam medidas para fazer cessar o barulho. Se o barulho ocorrer entre as 07 horas e as 23 horas, as autoridades policiais podem fixar um prazo para se pôr fim ao problema. A violação deste período de descanso constitui uma contraordenação ambiental, punível com coima¹⁸.

é aceitável, atento o circunstancialismo fáctico apurado, que os réus/apelados não possam utilizar plenamente a respectiva moradia e nela deter os seus cães. (...)”, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/40604c53baeec5978025767a0061e331?OpenDocument>

¹⁸ Discorre do acórdão do TRL, Processo 613/08.2TBALM.L1-2, de 15-10-2009, relator Neto Neves, “(...) Para o caso, tratando-se de ruídos incómodos provocados por animais de estimação, deverá questionar-se a violação grave e reiterada de regras de sossego. (...) Como se referiu, alguns moradores do prédio, dois das fracções imediatamente por cima e por baixo da arrendada e um terceiro de uma fracção do mesmo andar desta, queixam-se da existência de barulho provocado pelos cães do R. e da interveniente, que ladram durante o dia e esporadicamente durante a noite, quando tocam ou batem à porta daqueles ou quando sentem alguém no patamar do 4º andar ou aquando da paragem do elevador. Este facto não aponta para uma gravidade extrema do ruído. Por um lado, o barulho é essencialmente diurno – o qual, por regra, é absorvido pela própria actividade e conversas de cada morador, também elas geradoras de ruído, frequentemente acrescidas de sons hoje em dia provenientes do funcionamento de aparelhos domésticos, entre eles os rádios e as televisões e, portanto, de pequeno impacto, por via de regra, não sendo normal que se durma nessa parte do dia – e, por outro lado, só esporadicamente noturno, mas, sendo este devido a factos como o tocarem ou baterem à porta do R., passagem de pessoas no patamar do andar ou paragem nele do elevador, não se evidencia que o ladrar dos cães seja constante, prolongado e que ocorra a horas muito tardias da noite. (...) Na apreciação da gravidade do ruído deve, ainda, ter-se em conta que, devendo embora ser sempre respeitado no essencial o direito ao sossego e repouso noturno, mormente em prédios em que, pelo número de habitações que os compõem, os ruídos mais facilmente se multiplicam, é socialmente tolerada, mesmo em tais prédios, a existência de animais domésticos de companhia e de pequeno porte, ainda que causadores de um certo nível de barulho, desde que nem elevado nem constante ou muito repetitivo e não persistentemente noturno. Não se vê, pois, que a conduta do R. e mulher, ao possuírem os três cães causadores dos ruídos incómodos apurados, se revista de gravidade e gere consequências que torne inexigível para um locador normal a subsistência do contrato de arrendamento. (...), in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a7514017d204b39480257673005f3d5d?OpenDocument&Highlight=0,animais,barulho,condom%C3%ADnio,ru%C3%ADdo>

iv. Obras e Comércio

Encontrando-se um prédio constituído em regime de propriedade horizontal surgem desde logo limitações ao poder de fruição do mesmo, ainda que estas apenas digam respeito à propriedade autónoma de cada condômino, nos termos do disposto no artigo 1420.º do Código Civil, n.º 1 que refere que *“Cada condômino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício”*.

Pelo que, quaisquer transformações que pretendam executar na sua fração autónoma estão limitadas, quer por força do disposto no artigo 1422.º n.º2 do Código Civil, quer pelas implicações que no decorrer das mesmas possam causar na boa convivência entre vizinhos, deparamo-nos aqui uma vez mais, com o ruído de vizinhança.

Aqui chegados, importa analisar o disposto no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro, do Regulamento Geral do Ruído, no seu n.º1 que refere que obras de recuperação, remodelação ou conservação realizadas no interior de edifícios destinados a habitação, comércio ou serviços que constituam fonte de ruído apenas podem ser realizadas em dias úteis, entre as 8h e as 20h, e não se encontram sujeitas à emissão de licença especial de ruído.”, pelo que são da responsabilidade dos seus proprietários.

Porém, decorre do n.º 2 refere que *“o responsável pela execução das obras deve afixar, em local visível e acessível aos utilizadores do edifício, informação relativa à duração prevista das obras e, quando possível, o período horário no qual se prevê que ocorra a maior intensidade de ruído.”*

Contudo, a execução da obra está sujeita a suspensão, no caso de não ter sido afixado aviso prévio em local visível e/ou violação do período legalmente permitido, conforme o disposto no artigo 18.º. Nestes casos, a execução das obras¹⁹ são suspensas por ordem das autoridades policiais, oficiosamente ou pedido do interessado, constituindo uma contraordenação ambiental leve, conforme o disposto no artigo 28.º n.º 1 al. d).

O valor da coima pode variar entre os singulares, de (euro) 200 a (euro) 2 000 em caso de negligência e de (euro) 400 a (euro) 4 000 em caso de dolo, quando praticadas por pessoas, nos termos do disposto no artigo 22.º n.º 2 da

¹⁹ Caso as obras persistam, apesar de todos estes procedimentos, pode ainda recorrer a um Julgado de Paz (a existir na área do imóvel) ou, na sua falta, aos tribunais, in Condomínio Deco +).

Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto da Lei Quadro das Contraordenações Ambientais, aletrado pelo Decreto-Lei n.º 42-A/2016, de 12/08.

Paralelamente e também incómodo é o ruído proveniente da exploração de espaços dedicados ao comércio²⁰ integrados em prédios constituídos em propriedade horizontal.

²⁰ Discorre do acórdão do STJ, Processo 7613/09.3TBCSC.L1.S1, de 29-11-2016, relator Alexandre Reis “I - Os direitos ao repouso, ao sono e à tranquilidade são emanação dos direitos fundamentais de personalidade, à integridade moral e física, à protecção da saúde e a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, corolários da dignidade humana. Por outro lado, são tarefas fundamentais do Estado a prossecução da higiene e salubridade públicas, o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a efetivação do direito ao ambiente, prevenindo e controlando a poluição e os seus efeitos e promovendo a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana. II - Os direitos fundamentais, enquanto princípios que são, não se revestem de carácter absoluto, antes são limitados internamente, para assegurar os mesmos direitos a todas as outras pessoas, e também externamente, para assegurar outros direitos fundamentais ou interesses legalmente protegidos que com eles colidam, mediante a harmonização entre uns e outros, a qual sempre implicará o sacrifício, total ou parcial, de um ou mais valores. III - Os conflitos entre o direito fundamental de um sujeito e o mesmo ou outro direito fundamental ou interesse legalmente protegido de outro sujeito não de ser solucionados mediante a respetiva ponderação e harmonização, em concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro e realizando, se necessário, uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual. IV - A essência e a finalidade deste princípio da proporcionalidade é a preservação, tanto quanto possível, dos diversos direitos fundamentais com amparo na Constituição e, em concreto, colidentes, através da sua harmonização e da otimização do meio escolhido com a observação das seguintes regras ou subprincípios: (i) a sua adequação ao fim em vista; (ii) a sua indispensabilidade em relação a esse fim (devendo ser, ainda, a que menos prejudica os cidadãos envolvidos ou a coletividade; (iii) a sua racionalidade, medida em função do balanço entre as respetivas vantagens e desvantagens.” <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a4ad03aaa6d934278025807a00589b2f?OpenDocument&Highlight=0,ru%C3%ADdo,obras,condom%C3%ADnio>. Neste

seguimento, também o acórdão do STJ, Processo 3920/07.8TBVIS.C1.S1, de 19-04-2012, relator Álvaro Rodrigues, “(...) 8. Merece particular realce a conclusão de que às normas, constitucionais e legais, que tutelam a preservação do direito de personalidade deverá ser conferido o necessário relevo (prevalência) e efetividade na vida em sociedade – não sendo obviamente tolerável que o interesse no exercício ou exploração lucrativa de actividades lúdicas ou de diversão se faça com o esmagamento dos direitos básicos de todos os cidadãos que tiverem o azar de residir nas proximidades, aniquilando, em termos claramente desproporcionados, o direito a gozar de um mínimo de tranquilidade, sossego e qualidade de vida no seu próprio domicílio; na sua casa de habitação, cada um tem o direito de viver em tranquilidade, quer no desenvolvimento dos afazeres de cada dia, quer nos momentos de lazer, e muito especialmente de aí poder passar, sem ruídos importunos vindos do exterior e produzidos por outrem, as horas destinadas ao sono e ao repouso; o repouso e o sossego que cada pessoa necessita de desfrutar no seu lar para se retemperar do desgaste físico e anímico que a vida no seu dia a dia provoca no ser humano é algo de essencial a uma vida saudável, equilibrada e física e mentalmente sadia.[3] Mais adiante, lêem-se na mesma decisão as incisivas palavras que se seguem: No caso dos autos, e perante a matéria de facto apurada, não pode duvidar-se que a actividade de diversão noturna explorada pelo Réu acarreta uma lesão grave e continuada do direito de personalidade da A., ocasionando dano substancial ao gozo e fruição de um mínimo de tranquilidade na sua própria casa, independentemente da maior ou menor concretização da proveniência/origem dos ruídos inerentes à

exploração do mencionado estabelecimento (espaço interior do edifício onde se encontra implantado, esplanada que lhe está afecta ou movimento de clientes e respectivos meios de transporte), sendo certo que os ruídos e perturbações originadas pela actividade desenvolvida raramente se circunscrevem ao interior do estabelecimento. (...) Ademais, cabe a quem pretenda exercer uma actividade daquela natureza em edifício habitacional uma obrigação de especial contenção quanto aos níveis de poluição sonora que provoca e o dever de optar pelas soluções técnicas adequadas, no que respeita ao isolamento acústico das suas instalações, que eliminem ou reduzam ao máximo possível os incómodos causados aos outros residentes, degradando a sua qualidade de vida. (...) Por isso, bem andou o Tribunal da Relação ao decidir o seguinte: «Na decorrência do já exposto, se, de um ponto de vista normativo, nada obstará a que o Tribunal, em aplicação dos critérios constantes do art.º 335º, do CC, e que definem as regras gerais de resolução das situações de colisão de direitos, optasse por proferir condenação numa inibição meramente condicional ou temporária da actividade lesiva dos direitos da A. - se a matéria de facto alegada pelas partes e apurada na causa mostrasse que as causas da lesão eram efectivamente elimináveis ou removíveis através de procedimentos técnicos determinados -, por essa forma se limitando o sacrifício do direito do demandado ao estritamente necessário para assegurar o exercício pleno do direito prevalente da demandante, verificamos, porém, que tal não se afigura viável/possível no caso em apreço, na medida em que o Réu [que, agora, parece definitivamente “alheado” dos autos.../cf. fls. 368 e seguintes] não curou efectivamente de alegar, como seria seu ónus, durante o processo, a sua disponibilidade para remover as deficiências construtivas que potenciavam o incómodo substancial da lesada, tal matéria não foi objecto de discussão entre as partes e não foram processualmente adquiridos factos que demonstrassem, por um lado, que as insuficiências do isolamento acústico eram, do ponto de vista técnico e económico, remediáveis, e, por outro lado, quais seriam exactamente as obras e procedimentos que se impunha ao Réu realizar no seu estabelecimento para alcançar plenamente aquele objectivo (definindo, afinal, em termos minimamente consistentes, o projecto de isolamento acústico que se verificou inexistir).[6]». Finalmente, importa não olvidar o que se ponderou no Acórdão deste Supremo Tribunal, de 7-04-2011 (Relator, o Exmº Conselheiro Lopes do Rego) onde se escreveu expressamente: «A lei processual não admite em regra, por força do princípio da determinabilidade do conteúdo das decisões judiciais, a condenação condicional, ou seja, a sentença judicial em que o reconhecimento do direito fica dependente da hipotética verificação de um facto futuro e incerto, ainda não ocorrido à data do encerramento da discussão da causa – particularmente nos casos em que o facto condicionante sempre exigiria ulterior verificação judicial, prejudicando irremediavelmente a definitividade e certeza da composição de interesses realizada na acção e a efetividade da tutela alcançada pelo demandante» (Pº 419/06.3 TCFUN-L1.S1 in www.dgsi.pt). Defende ainda o Réu/Recorrente que o Tribunal não tem competência para decretar o fecho de um bar, cabendo tal às autoridades administrativas. Não tem razão! Convém aqui recordar o que se decidiu no já falado Acórdão do STJ de 7-4-2011 «Impõe-se, por outro lado, distinguir claramente os planos de uma possível ilegalidade administrativa no exercício das actividades que geram a poluição ambiental, decorrente do desrespeito das normas regulamentares ou atinentes ao licenciamento e à polícia administrativa, e da ilicitude, consubstanciada na lesão inadmissível do direito fundamental de personalidade. Tal diferenciação de planos tem justificadamente conduzido à conclusão de que os tribunais constituem a última linha de defesa daquele direito fundamental de personalidade, sempre que o mesmo não tenha sido devidamente acautelado pela actividade regulamentar ou de polícia da Administração, em nada obstando à tutela prioritária do direito fundamental lesado a mera circunstância de ter ocorrido licenciamento administrativo da actividade lesiva ou os níveis de ruído pericialmente verificados não ultrapassarem os padrões técnicos regulamentarmente definidos (vejam-se, por exemplo, os Acs. do STJ de 22/10/98- p. 97B1024-de 13/3/97 - p.96B557- e de 17/1/02 - p. 01B4140)», in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fc664c231f3e73cf802579ea003d91d2?OpenDocument>

Pelo que, as atividades comerciais encontram-se enquadradas nos termos do disposto no artigo 3.º al. a) como sendo atividades ruidosa permanentes, isto atividades desenvolvidas com carácter permanente, ainda que sazonal, que produza ruído nocivo ou incomodativo para quem habite ou permaneça em locais onde se fazem sentir os efeitos dessa fonte de ruído, designadamente laboração de estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços. O ruído produzido por esses espaços ainda que devidamente licenciado para o exercício da atividade deve ser aferido por profissionais e através de sonómetro.

v. Ruídos no âmbito dos licenciamentos

Chegados aqui, existem inúmeros concelhos caracterizados pela coabitação de múltiplas atividades antropogénicas em áreas de residência que são susceptíveis de gerar conflitos ao nível do ruído.

É no âmbito das competência de fiscalização conferidas pelo Regulamento Geral do Ruído, já citado, que os municípios têm na sua esfera a gestão da fase instrutória das reclamações relativas a atividades ruidosas (ex: medições acústicas para despiste da violação dos limites legais sonoros, como elemento probatório em sede de reposição da legalidade). Recordamos que as competências em matéria legislativa no tema que nos ocupa abarcam diversos domínio de intervenção, nomeadamente local, regional e central, correlacionando-se com o planeamento territorial, o licenciamento e medidas ou procedimentos de fiscalização e controlo destas.

Na prática, é ainda no âmbito das responsabilidades de cada Município o licenciamento das atividades ruidosas temporárias, a título meramente exemplificativo, trabalhos ou obras urgentes, competições desportivas, corrida de automóveis, casamentos, aniversários, música ao vivo, treinos de aeronaves, campos de tiro, tendas de circo, mediante a *Licença Especial de Ruído* (ou “LER”), que têm gerado inúmeras queixas por parte das/dos cidadã/ãos.

Parece-nos assim importante que se chama à colação da necessidade imperiosa de criar e fomentar critérios harmoniosos para a emissão e

implementação da LER²¹, com a colaboração das autoridades policiais e polícia municipal (no âmbito das suas atribuições e competências).

Torna-se assim cada vez mais prioritário que o decisor sobre a aplicação (boa) das regras impostas e das condicionantes em cada caso concreto tenham ainda como objetivo, a prevenção de procedimentos mais céleres e eficazes no futuro na atribuição de LER.

A (não) decisão de licenciar e as condições da imposição do exercício devem ter na sua balança a equação entre as obrigações de fiscalização num prato, e noutro, alguns aspetos que são contraditórios (ex: promoção de qualidade de vida das populações) que, à luz do regime atual, não são isentos de divergente doutrina²².

De reter, que no âmbito de qualquer procedimento de emissão de LER, non quadro das atividades previstas na lei, cada município deverá, desde logo: (i) analisar a fundamentação para o pedido de exceção e as suas implicações; (ii) avaliar e validar as medidas de prevenção e de redução do ruído propostas e (iii) fixar as condições do exercício da atividade, considerando, a localização, a data, duração e medidas de minimização.

Não é apenas o Provedor de Justiça que vai alertando que este tipo de licenças especiais de ruído se devem abster de estipular condições individuais, sob pena de invalidade, é a própria lei, a doutrina, e a jurisprudência, sempre que, em causa, estejam formas de renúncia ao exercício de uma competência que é a da aplicação de norma geral e abstrata por meio de ato administrativo²³.

Alertamos os leitores para o facto de as medidas de minimização puderem assumir um papel de enorme relevância na compatibilização entre o exercício da actividade com a colisão de eventuais direitos de não exposição

²¹ Foi inclusive criado um grupo de trabalho (GTLER) que envolveu elementos da APA e das CCDR, entre outros, com o escopo de criar as *Boas Práticas* em cada território no âmbito do processo da emissão destas licenças especiais em prol da qualidade de vida dos seus munícipes.

²² A proibição do exercício de atividades ruidosas temporárias na proximidade de edifícios de habitação aos sábados, domingos e feriados e nos dias úteis entre as 20 e as 8 horas, na proximidade de escolas durante o seu horário de funcionamento, e na proximidade de hospitais ou estabelecimentos similares pode ser excecionada mediante emissão de LER, ao abrigo do artigo 15º do RGR, pelo respetivo município - https://www.ccdr-alg.pt/site/sites/ccdr-alg.pt/files/Ambiente/Ruido/guia_ler_jul_2017_.pdf (pág. 11).

²³ Relatório do Provedor de Justiça. “Boas Práticas no Controlo Municipal de Ruído” 2013.

ao ruído que “perturbe” a população residente numa determinada zona da sua residência, cabendo aos municípios o bom rastreio e a concretização dos maus elementares princípios gerais a que estão adstritos.

A transparência dos procedimentos deve estar disponível nos sítios eletrónicos quer dos Municípios, Juntas de Freguesia, autoridades policiais e CCDDR’s, bem como nos locais de realização das atividades que vejam a sua autorização emitida.

“O ruído faz pouco bem, o bem faz pouco ruído”

(Francisco de Sales)

“A necessidade cada vez mais aguda de ruído só se explica pela necessidade de sufocar alguma coisa”

(Konrad Zacharias Lorenz)

“Na vida, não existem soluções. Existem forças em marcha: é preciso criá-las e, então, a elas seguem-se as soluções.”

(Antoine de Saint-Exupéry)

Deixamos ao longo do texto parte das indicações bibliográficas consultadas e indicadas. ■

Angelina Teixeira,

angelinateixeira-53245P@adv.oo.pt

Lia Raquel Silva,

liaraquelsilva-57743P@adv.oo.pt

Teoria do cenário da bomba relógio no combate ao terrorismo e mitigação ao direito fundamental da impossibilidade da tortura

Leonardo Alves de Oliveira

Aluno Delegado da Polícia Civil do Estado do Amapá;
Pós-graduado em Direito Administrativo e em Direito Constitucional

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Desenvolvimento e análise do tema; 2.1 – Definição de terrorismo; 2.2 – Conceituação da teoria do cenário da bomba relógio; 2.3 – Não aceitação da mitigação; 2.4 – Hipótese de legítima defesa de terceiro; 3 – Conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da bomba relógio; combate ao terrorismo; tortura.

RESUMO: A doutrina sempre preconizou o entendimento de que não é possível promover a mitigação do direito fundamental à não tortura em nenhuma circunstância, todavia, a teoria do cenário da bomba relógio, de origem norte-americana, busca trocar as lentes do mencionado entendimento, dando novo prisma ocular ao tema, afirmando ser possível, num caso deveras extremo, aplicar atos de tortura em desfavor de terroristas com o fito de salvaguardar a vida de inúmeros inocentes potenciais vítimas dos atos deste, ainda que tal prática num primeiro momento se pareça com uma violação de direitos, isto seria admito em prol de um bem muito maior

1 – Introdução

Não é hodierno o fenômeno social e criminal do terrorismo. Pode-se citar como exemplos conhecidos de terror o atentado de 11 de setembro de 2001

ocorrido e desfavor das chamadas torres gêmeas, nos Estados Unidos, além dos atos de extermínio praticados na Alemanha na era do nazismo, que foram o estopim da 2ª Guerra Mundial.

Tais acontecimentos podem nos conduzir ao seguinte questionamento: e se isso pudesse ser evitado?; e se para evitar um ato de terror fosse necessário violar os direitos fundamentais do terrorista, por meio de abate ou até da tortura?; Seria isso razoável?

Buscando desenvolver uma análise sobre o tema e sobre o enfoque destes questionamentos à luz do prisma jurídico, é que se apresenta este artigo no afã de elucidar tais questionamentos.

2 – Desenvolvimento e análise do tema

2.1 – Definição de terrorismo

No ano de 2016, até por um clamor social na ocasião dos grandes Jogos Olímpicos e da Copa do Mundo de Futebol, ocorridos no Brasil recentemente, houve a edição da Lei n.º 13.260, dispondo acerca do terrorismo e o definindo como sendo a prática de usar, ameaçar usar, guardar, transportar, explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos ou nucleares nocivos, atentar contra vida ou integridade física de pessoas, sabotar o funcionamento ou apoderar-se de meios de comunicação e de transporte, hospitais, portos, aeroportos, além de outras condutas, tudo sempre com o intuito de cometer a xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião e com finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz ou a incolumidade pública (Lei n.º 13.260/16, artigos 1.º e 2.º).

Para prática do terrorismo, a lei comina pena base de doze a trinta anos.

2.2 – Conceituação da teoria do cenário da bomba relógio

Definido o que vem a ser o terrorismo, a teoria em comento, chamada cenário da bomba relógio, de origem norte-americana, dispõe que em havendo uma situação extrema e extraordinária de terrorismo, exemplificada no caso por um caso de bomba relógio, seria possível aplicação da tortura ao autor do fato, caso capturado, para que este revele, sobretudo, o local do explosivo, além de esclarecer se há reféns, ou se está articulando a prática criminosa com auxílio de outros infratores.

Isto é, em suma, numa situação de ato terrorista, seria possível violar os direitos humanos e fundamentais do infrator para se tentar preservar a vida e a integridade física das inúmeras e indeterminadas potenciais vítimas, o que também é direito humano e fundamental destas.

2.3 – Não aceitação da mitigação

Acadêmica e doutrinariamente é comum se verificar a assertiva de que o único direito humano e fundamental que não admite mitigação é o da não tortura, pois até mesmo o direito à vida em certos momentos poderia ser perpassado, mas no tocante à tortura não haveria nenhuma razão ensejadora capaz de permitir sua flexibilização.

A história do mundo e do Brasil passa por períodos de obscuridade e violação de direitos humanos, o que gera um temor. De certo é daí que emerge a grande preocupação com a preservação dos direitos fundamentais a todo custo, evitando-se ou condenando-se qualquer violação, sobretudo a garantia da não tortura.

O ponto nodal deste entendimento é que em Estados como o Brasil, que são democráticos, sociais, humanistas, constitucionais e garantistas de direitos humanos e fundamentais não aceitam tal prática, tal teoria. Não se entende como correta a mitigação de nenhum dos direitos humanos e fundamentais,

mesmo que o alvo disto seja um terrorista que ponha e risco a vida e a integridade física de um sem número de indivíduos inocentes.

Alega-se que permitir tal flexibilização se trataria de uma abertura temerária de precedentes para combate ao terrorismo (e até outros crimes, futuramente). Defensores da não aceitação desta teoria disciplinam que aplicação da tortura poderia passar a ser a regra no combate ao terrorismo, deixando de ser a exceção extrema.

2.4 – Hipótese da legítima defesa de terceiros

Não obstante tal entendimento, não é ilógico querer pensar (inclusive com a devida fundamentação legal) que podem ocorrer situações de extrema urgência e de perigo iminente à permitir que seja uma tortura aplicada em prol e se elucidar uma situação criminoso que ponha em risco muitos inocentes, buscando efetivar a preservação da vida e da integridade física destes.

A teoria do cenário da bomba relógio reza que, em havendo, por exemplo um explosivo dentro de um shopping center, mercado, prédios, igreja, estádio esportivo, aeroporto, ou qualquer outro lugar com aglomeração de pessoas, seria possível aplicar atos de tortura ao responsável pelos atos preparatórios ou atos de terrorismo, caso ele seja capturado com o fito de descobrir o local da bomba e outros detalhes acerca dos fatos de terror.

Nestas situações, a tortura praticada não seria uma violação de direitos fundamentais, sequer seria crime, haja vista que os agentes de segurança pública ao fazê-lo estariam acobertados pela excludente genérica de ilicitude da legítima defesa de terceiros ou do estado de necessidade, haja vista que neste caso hipotético haveria um grande grupo indefinido de pessoas correndo risco grave e iminente de terem suas vidas ou integridade físicas severamente violadas pelo ato terrorista, havendo necessidade de defendê-los.

3 – Conclusão

O terrorismo deve ser combatido universalmente, por todas as nações. Contudo, como exposto alhures, via de regra, mesmo aqueles que se imbuem do espírito do terror e tentam cometer tais atos vis continuam sendo seres humanos, daí por que devem ser tratados como tais, isto é, devem ter os seus direitos humanos e fundamentais preservados.

Ora, as forças de segurança pública se prestam a servir e proteger a população, sendo servidores públicos e não justiceiros, para ao seu bel critério sair violando direitos a esmo, sobretudo aqueles mais caros, os fundamentais.

Entretanto, não é absurdo afirmar que pode ocorrer alguma situação atípica, extrema, deveras extraordinária, envolvendo atos de terrorismo que coloque em risco a integridade física e a vida de inúmeras pessoas. Nestes casos (repise-se, extremos e de altíssimo risco iminente), não é ilógico pensar que violar gravemente os direitos do terrorista aplicando-lhe a tortura seja um ato infinitamente menos grave do que permitir a perda de várias outras vidas inocentes.■

Comentários sobre a natureza jurídica da FIFA como sujeito de direito internacional e seu eventual direito de ação perante o Tribunal Constitucional Internacional

José Vincenzo Procopio Filho

Advogado (Brasil)

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela
Universidade do Porto

RESUMO: A investigação presente assenta esforços na discussão acerca da possibilidade de uma entidade internacional como a Federação Internacional de Futebol Association – FIFA litigar, em matéria de direitos humanos, no âmbito do Tribunal Constitucional Internacional que se pretende criar. Além de nota introdutória, o trabalho fará, em capítulo inaugural, um juízo crítico a respeito da natureza jurídica da FIFA à nível de Direito Internacional, balizado, sobretudo, em textos académicos e jornalísticos. No capítulo derradeiro, alicerçado sobre o Projeto do Tribunal Constitucional Internacional, o estudo discorrerá sobre a possibilidade formal de uma entidade da estirpe da FIFA acionar o Tribunal Constitucional Internacional, quando da flagrante violação dos direitos humanos no campo do futebol.

PALAVRAS-CHAVE: FIFA; Direito Internacional; Tribunal Constitucional Internacional; Direitos Humanos; Futebol.

RIASSUNTO: La presente inchiesta si basa sulla discussione sulla possibilità di un'entità internazionale come la FIFA Federation of Football Association (FIFA) per litigare, nell'ambito dei diritti umani, nell'ambito della Corte Costituzionale Internazionale che si

intende creare. Oltre a una nota introduttiva, il lavoro, in un capitolo inaugurale, formerà un giudizio critico sulla natura giuridica della FIFA in diritto internazionale, in particolare nei testi accademici e giornalistici. Nel capitolo finale, basato sulla bozza della Corte costituzionale internazionale, lo studio discuterà la possibilità formale di un'entità del lignaggio della FIFA di innescare la Corte costituzionale internazionale in caso di flagrante violazione dei diritti umani nel campo del calcio.

PAROLE CHIAVE: FIFA; Diritto internazionale; Corte costituzionale internazionale; Diritti umani; Calcio

Notas Introdutórias

É sabido que o futebol, além de um vasto e lucrativo mercado, é uma das modalidades esportivas com mais adeptos e praticantes ao redor do mundo. Na condição de desporto de alto rendimento, desconsiderando-se – por agora – a receita e os dividendos que gera as suas entidades dirigentes, clubes e empresas privadas, respeita a uma função social bem delimitada e que tem sido fruto de sua positivação como direito social em diversas ordens jurídicas do mundo.

Este fator social que traveste o desporto dá-se, *prima facie*, pela sua estreita e histórica relação com as políticas de saúde física e mental, estando, por isso, muito presente nas preparações militares, o que, de certo modo, explica o crescimento de medalhistas olímpicos com patentes militares. Além disso, sob o ponto de vista de sua vocação de ascender-se como direito nas ordens jurídicas constitucionais dos Estados, a autoafirmação do desporto tem sido objeto de respeitáveis documentos internacionais, oriundos, sobretudo, de importantes instituições como a Comunidade Europeia que, valendo-se de seu caráter comunitário, entregou ao seus Estados-Membros, em 14 e 15 de Maio de 1992 (data em que os Ministros responsáveis pelo Desporto dos Estados Europeus reuniram-se na 7ª Conferência), a Carta Europeia do Desporto, atualizando assim a positivação do desporto no âmbito da Comunidade Europeia e, em simultâneo, servindo como aparato de complementação jurídica tanto para a Carta Europeia dos Desporto Para

Todos de 1975 como, também, para a Convenção Europeia sobre a Violência e os Excessos de Espectadores por Ocasão de Manifestações Desportivas e Nomeadamente de Jogos de Futebol (1985) e para a Convenção Europeia Contra o Doping (1990). (CARTA EUROPEIA DO DESPORTO, 1992).

Outrossim, a Comissão Europeia e a União das Associações Europeias de Futebol (UEFA) assinaram, na cidade de Bruxelas (capital da Bélgica), em fevereiro de 2018, um Acordo de Cooperação que prevê a união de forças, em diversas áreas, visando o Campeonato Europeu de Seleções de 2020 (Eurocopa 2020) e a sua consagração como maior evento desportivo transnacional da história do desporto. O Acordo, lavrado pelos dignitários do Conselho Europeu e pelo Presidente da UEFA, prevê, dentre outras medidas, o exercício da “boa governança”, da solidariedade, da integridade, a leal concorrência e o desenvolvimento sustentável do desporto. *In verbis*, a subscrição do documento cooperativo atende a necessidade de promoção dos valores sociais do desporto e a proteção irrestrita da justiça e da solidariedade. (UEFA, 2018) (ACORDO DE COOPERAÇÃO, 2018).

A título ilustrativo, no que toca a “estadualização” do direito ao desporto, destaca-se a ordem constitucional brasileira que, além de disposição expressa da Carta Constitucional de 1988 (arts. 24 e 217), agasalha a regulamentação do desporto no país pela via infraconstitucional específica, notadamente por intermédio da Lei nº 9615/1998 (Lei Pelé). A realidade portuguesa, a seu turno, *ad referendum* a toda a tutela entregue pela Comissão Europeia, empenha ao desporto regulamentação específica no artigo 70, alínea d, dotando-o de envergadura constitucional, sem prejuízo, também, de sua materialização infraconstitucional pela Lei de Bases do Desporto de 2004. (RODRIGUES, 2015).

Ficando evidente o papel social do desporto, e consoante o aparato jurídico alhures aludido, faz-se imperioso considerar a relevância social do desporto, em especial do futebol, evidenciando-se, portanto, a importância de conhecer os meandros de governança.

Do ponto de vista administrativo, o futebol é organizado, a nível mundial, pela *Fédération Internationale de Football Association* – FIFA, filiada ao Comitê Olímpico Internacional – COI, tendo como associadas as Confederações Continentais de Futebol (UEFA, em nível Europeu; a CONMENBOL na América do Sul; a CONCACAF, que abrange as Américas do Norte e Central, o Caribe e mais as Guianas e o Suriname; a AFC, que congrega a Ásia; a CAF, que incide sobre as federações da África; e, por fim, a OFC que representa a Oceania) e estas, por sua vez, alicerçadas sobre as Federações de Futebol Nacionais. (FIFA, 2018)

Inobstante a sua repisada faturação social, o futebol, como produto do meio e das relações interpessoais, assume uma faceta sentimental que transcende a sua mera condição de jogo. Desde a sua aceção na Inglaterra, o futebol – por intermédio, também, de suas rivalidades (critério eletivo da pesquisa) transcendentais as suas quatro linhas – tem materializando-se como importante escoadouro a liberdade de expressão, sintetizada na afeição a manifestações de cunho político, religioso, social e étnico, sendo, portanto, inevitável que seus *derbies* reflitam na inteireza a realidade de diversos Estados Nacionais no decorrer da história.

Um *derby* (ou, em bom “sulamericanismo”, clássico) que importa ser mencionado é o mais que centenário “*The Old Firm*”, que coloca em litígio eterno as duas maiores forças do futebol escocês: o Glasgow Celtic, detentor da maior conquista continental do futebol escocês (a edição de 1966/67 da Copa dos Campeões da UEFA) e da hegemonia na Copa da Escócia (38 conquistas); e o Glasgow Rangers, maior campeão da história do Campeonato Escocês (54 conquistas, cinco a mais que o rival). Mas, além dos gramados, da história e da tradição vencedora dos gigantes escoceses, o *derby* alimenta-se de uma rivalidade que se arvora, sobretudo, nas concepções políticas e religiosas de seus principais atores. Os adeptos do Celtic, clube fundado por imigrantes irlandeses (fato que explica as suas cores: verde e branco), além de católicos e progressistas, defendem a separação da Escócia do Reino Unido. Os torcedores do Rangers, por outro lado, são presbiterianos, conservadores

e nacionalistas, característica que justifica a adoção de seu fardamento azul e branco, inclinando-se, claramente, à Cruz de Santo André (bandeira escocesa). Estas diferenças essenciais, que apesar de serem alheias ao campo, incorporaram-se a identidade e a história do confronto, colocando o *The Old Firm* como um dos clássicos que despertam o ódio mais visceral entre torcidas no mundo. (NOGUEIRA, 2017).

Em contrapartida, a Espanha, e suas controversas relações internas com os variados grupamentos étnicos presentes em seu território, abriga uma rivalidade futebolística que se suplanta, também, ao “campo e bola”. O confronto entre FC Barcelona¹ e Real Madrid Club de Fútbol² guarda uma vertente política considerável que se confunde com a história do *derby*. O Barcelona, historicamente (embora hajam contraditas, advindas especialmente dos torcedores do Espanyol, seu rival local), representou, durante a Ditadura Franquista, o sentimento de resistência e orgulho catalão, transformando-se em baluarte dos ideais libertários de uma região autônoma que clamava por liberdade. O Madrid, por outro lado, sempre representou a dominação da capital e, em especial do Governo Espanhol (e da Monarquia), sobre as regiões autônomas, sendo atrelado ao sentimento anti-separatista e ao unionismo espanhol. (FORMIGA, 2017)

Deste modo, levando-se em consideração o papel que o futebol representa na vida das sociedades nacionais conhecidas, a posição de governança desempenhada por suas entidades dirigentes e, ainda, pela sua justa e legítima fatoraçoão social em ordens jurídicas nacionais e transnacionais, não há como desconsiderar, seja do ponto de vista moral ou jurídico, a FIFA como uma Organização Internacional de não-estatal e, conseqüentemente,

¹ Ironicamente, o Barcelona, representante catalão na La Liga (divisão de elite do futebol espanhol) é o maior campeão da história da Copa del Rey (Copa da Sua Majestade Real) com trinta conquistas, seguido do basco Athletic Bilbao com 24 troféus.

² A alcunha “Real” é um título, até os dias atuais, outorgado a clubes pelo Palácio Real. Além disso, o ditador Francisco Franco era assumidamente torcedor do Real Madrid, tendo o seu governo coincidido com a época mais vitoriosa da história do clube (1955-1960), culminando com a conquista de cinco títulos europeus consecutivos pelo time de Madri.

pessoa jurídica legitimada a proposição de ação perante o Tribunal Constitucional Internacional, já em avançadas discussões.

1. Da natureza jurídica da FIFA e sua consagração como pessoa jurídica de direito internacional.

Ab initio, as organizações internacionais tem ganhado, frente a reinvenção da doutrina de Direito Internacional Público que – em evidente anacronismo histórico – entregava tão somente aos Estados a onipotente condição de sujeitos de direito internacional, clamoroso destaque. (CUNHA, 2017, p.127-128).

Além do ajuste na contextualização doutrinária, e inobstante as suas especificidades (que as tornam imprescindíveis a Sociedade Internacional), as organizações internacionais têm conseguido enveredar-se por terrenos inóspitos a burocracia e a reiterada assertividade clássica de soberania dos Estados, ao passo que, *in casu*, protagonizam verdadeira postura vanguardista de governança e tutela de bens jurídicos relevantes à humanidade, bens que, se relegados à responsabilidade exclusiva dos Estados, estariam agonizando na evidente complexidade de estruturas e no malsinado juízo valorativo estatal que os coloca, em certa medida (e com notável crueldade jurídica), na periferia axiológica frente à outros igualmente importantes. (ARAÚJO, 2014).

Sob esse prisma, portanto, iça-se o desporto e sobre ele a necessidade de cooperação internacional para o seu pleno desenvolvimento. Reconhecido por diversas e importantes ordens jurídicas nacionais como garantia constitucional (em algumas, inclusive, sob a roupagem de Direito Social), o desporto, em especial o futebol, dispõe de importante participação - seja em sentido *lato* através do Comitê Olímpico Internacional (COI) ou em *stricto sensu* pela FIFA - no sistema de cooperação internacional reinante na Sociedade Internacional sedimentado, sobretudo, pelos documentos internacionais à respeito da matéria, nascidos do interesse governamental

pelo desporto ou pela relação política entre os Estados e as entidades do futebol. (vide Notas Introdutórias).

Isto posto, no que concerne à administração do futebol para além de seu regramento propriamente dito (competência normativa em matéria regulamentar do jogo), a FIFA, no exercício de sua governança, estende seu poder político para além dos limites de sua *expertise*, sobretudo, quando exerce administrativamente, por intermédio da frágil (e um tanto duvidosa) aquiescência das Federações Nacionais, a prerrogativa de definir as sedes de suas competições oficiais (Mundial e Clubes e Copa do Mundo). Este poder político, que se coscuvilha até mesmo na reformulação da discussão acerca do conceito clássico de soberania estatal (razão de ser também do Tribunal Constitucional Internacional), (SOUZA e AQUINO, 2018) encarna-se em instrumentos jurídicos cíveis (formulados sob a égide da tutela dos contratos) tendentes à expressar – com aspirações leoninas, em reiteradas ocasiões – a obrigatoriedade de cumprimento das exigências protocolares impostas aos países-sede. A construção de arenas monumentais, oriundas de interações fraudulentas entre a iniciativa privada e o Estado (tal como aconteceu no Brasil na preparação para o Mundial de 2014, quando a construção da Arena das Dumas, em Natal, movimentou dinheiro ilegal proveniente da relação da Construtora Odebrecht com agentes políticos estatais com mandato eletivo); (PORTAL G1, 2018), a inconsequente e duvidosa política de isenção fiscal que a FIFA propõe aos países-sede, quase que em regime contratual de adesão; a obrigatoriedade de aperfeiçoamento das estruturas nacionais de telecomunicações e de transportes; o reconhecimento de exclusividade da FIFA na comercialização do evento em todos âmbitos e vertentes; o custeio com a hospedagem dos representantes das instituições, árbitros e auxiliares, bem como a responsabilização do país-sede com os gastos relativos à infraestrutura indispensável à realização do Mundial, sem qualquer contrapartida financeira por parte da FIFA; a responsabilidade do país-sede no fornecimento de transporte terrestre para as Delegações Nacionais disputantes do Torneio, imprensa e representantes da FIFA; e, por fim, além de exigir subscrição de contrato de candidatura pelo país-sede, onde este se

obriga, inclusive, a vender uma carga determinada de ingressos, com preços definidos por decisão unilateral da instituição. (ARANTES, 2012)

Diante de tanta influência política, capaz de subjugar silenciosamente a soberania de um Estado Nacional, ainda que em nome da promoção do desporto, não há como negar que a FIFA, além dos contornos jurídicos que lhe entrega a estatura que tem, não pode ser vista como um ator internacional não estatal qualquer, sendo pertinente integrá-la - embora alicerçado, por ora, somente sob o prisma do influxo político que exerce, sem considerar os inclementes critérios doutrinários (os quais são cabíveis)-, no rol das organizações internacionais não governamentais de alta compleição. (RODRIGUES, p.61, 2015)

Convém, ademais, pontuar que a FIFA surgiu, em 21 de maio de 1904, de uma reunião, sediada em Paris, de dirigentes de sete países (Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda, França, Suécia e Suíça), eivada da premissa de se criar um torneio aberto de futebol entre os países. A ideia, a priori, não se concretizou de imediato, tendo a entidade que esperar até 1914, quando reconheceu os Jogos Olímpicos e os Campeonatos Amadores de Futebol, passando, a partir de então, a organizá-los, o primeiro subsidiando o COI. (VON GROLL, 2010).

Do ponto de vista estrutural, possui 211 associações nacionais filiadas, número, inclusive, maior que o número de países associados à Organização das Nações Unidas (ONU) e sede própria em Zurich, na Suíça. Estatutariamente, a entidade adota quatro idiomas oficiais, quais sejam: alemão; espanhol; inglês e francês e uma estrutura interna bastante complexa, sendo o seu Congresso (reunido uma vez por ano) o seu órgão mais importante e decisivo que traz para si a competência legislativa. Além dele, o poder executivo é exercido pelo Comitê Executivo, capitaneado pelo Presidente, eleito pelas entidades associadas, e o poder administrativo pelo Secretário-Geral, auxiliado por 25 (vinte e cinco) Comitês Permanentes. A função jurídica, a seu turno, é entregue a 3 (três) órgãos de diferentes, são eles: Comitê de Ética; Comitê Disciplinar e Comitê de Recurso (FIFA, 2018).

Posto isto, sob o prisma de seu organograma estrutural, e no afã da pesquisa de afirma-la como uma organização internacional, a FIFA comporta (por assim dizer) as exigências doutrinárias atinentes ao organograma. (CUNHA, p.130, 2017).

Destarte, no tocante ao regime de competência (princípio da especificidade), adotado como critério técnico-jurídico de personalidade das organizações internacionais, a FIFA detém, materialmente, consoante inferido alhures, *know how* e *expertise* nas atividades de governança e organização de toda a estrutura do futebol, sem prejuízo, ainda, da competência normativa exarada de seus órgãos legislativos, sob a qual estão subordinadas as suas Confederações e, em cadeia, as Federações Nacionais. (CUNHA, 2017, p.130)

Em paralelo, a personalidade funcional da FIFA tem guarida no reconhecimento internacional de sua prerrogativa – referendada pela sua filiação ao COI – de organizar e administrar o futebol, tendo sido instituída para tal finalidade (especialidade), mediante ato constitutivo. (CUNHA, p.128, 2017)

Outrossim, vozes contrárias ao enquadramento da FIFA como organização internacional suscitam (embasados no olhar restritivo do Projeto Dupuy de 1973) a incapacidade desta de celebrar tratados internacionais, os quais, segundo parte da doutrina, correspondem a expressão formal de um acordo multilateral internacional de relevância política, nascido da convergência de vontades (*pacta sunt servanda*) entre Estados e Organizações Internacionais ou tão somente entre Estados. (MAZZUOLI, 2014, p.198) (ARAÚJO, 2014, p.11). Partindo-se desta premissa, portanto, ao contrário dos que advogam contra o enquadramento, a definição supratranscrita, seja do excerto doutrinário ou do Projeto Dupuy, reitera o caráter de organização internacional da FIFA, notadamente pelo fato de que os protocolos contratuais celebrados entre ela e os países sede, sob a nomenclatura de acordos executivos, carecem de internalização jurídica ao direito estatal – não aos moldes, é evidente, da teoria da incorporação de Tratados Internacionais

– à exemplo do que ocorreu, por exemplo, com o Brasil em 2014, quando da aprovação pelo Congresso Nacional da Lei Geral da Copa, diploma normativo tendente a efetivar o teor do acordo celebrado entre o Brasil, como país-sede do Mundial de 2014 e a FIFA.³ (ARAÚJO, p.17, 2014). Claramente, partindo-se de um juízo análogo, também válido do ponto de vista hermenêutico, os Acordos Executivos, levando em conta os pontos convergentes e a vocação dessas espécies jurídica de gerar obrigações *inter partes*, fariam às vezes de um Tratado.

Ex positis, no elenco de critérios, a presente pesquisa assenta-se, mesmo diante da controvérsia que se debruça sobre a natureza jurídica internacional da FIFA, no campo (minoritário, ou não) favorável ao seu enquadramento como organização internacional de matiz não estatal das mais relevantes do mundo contemporâneo.

2. Do exercício do direito de ação da FIFA, como organização internacional, perante o Tribunal Constitucional Internacional.

O Tribunal Constitucional Internacional, nascido das aspirações democráticas de Moncef Mazourki (primeiro presidente democraticamente eleito da Tunísia após a queda da ditadura de Zine Ben Ali, deposto pela Revolução de Jasmin), já avança em suas discussões no sentido de, cada vez mais, tornar-se uma grata realidade na ordem jurídica internacional. (RAMOS, 2014). O projeto de tratado constitutivo do Tribunal Constitucional Internacional - que tem como um de seus expoentes o insigne cátedra luso Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha - prevê a criação de uma Corte Constitucional voltada para uma atuação mais efetiva na tutela dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito no âmbito da Sociedade

³ ARAÚJO, Luciano Martins. Convencionalidade. Supralegalidade: tratado FIFA e a internação de normas e tratados alienígenas. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul p.17. 2014.

Internacional, exercendo, para tanto, uma dupla função jurisdicional sem precedentes na história da ordem jurídica internacional. (RAMOS, 2014).

Esta dupla função, com matiz consultiva e jurisdicional, aliás, empresta, no entendimento da pesquisa presente, a legitimidade e força jurídica que tanto fazem falta, sob o pretexto – mormente dos Estados – de deflagração do discutível conceito clássico de soberania nacional, ao Direito Internacional Público. Esta conceção ou reinvenção da soberania, em uma análise jurídico-política global, é, também, em tempo, medida necessária para evitar a utilização deste conceito como uma espécie de super salvo-conduto a ditas “democracias” mundiais, permitindo assim que mais abusos aos direitos humanos sejam colocados à prova e cobertos pelo manto da impunidade. (MENEZES, p.686, 2017) (AQUINO e SOUZA, 2018).

Feitas algumas considerações a respeito do Tribunal, embora fosse desejo tecê-las com mais afinco (o que será objeto de outro articulado), cumpre questionar: em que a FIFA se relaciona com o Tribunal Constitucional Internacional? Por qual motivo desejou-se trazer à baila discutir o seu direito de ação?

Expressamente, o projeto de Tratado do Tribunal Constitucional Internacional, nomeadamente em seu artigo 18, nº2, preconiza que a jurisdição da Corte poderá ser provocada, por meio de petição escrita (Recurso Individual, sendo facultada a representação por procurador), pelas organizações internacionais não estatais (não governamentais) com estatuto reconhecido. (CUNHA, 2013, p.520,).

Ora, concebendo-se a FIFA, à luz dos argumentos jurídicos já aventados, como organização internacional, faz-se pertinente entregar-lhe, com importante ressalva, o direito de ação propalado. Esta ressalva, advinda do juízo opinativo da pesquisa presente e sem qualquer menção no texto do Tratado do Tribunal, embora restritiva e um tanto relativizante, acena a um contributo essencial a harmonia plena entre a importância do desporto (neste cenário, do futebol) e a função precípua do Tribunal, sob pena de não

desvirtuá-la. Assim, a FIFA, em obediência ao princípio da especificidade, só deve exercer tal direito precedida de constituída violação aos direitos humanos no âmbito do futebol, seu “lugar de fala”.

Desta maneira, a prerrogativa de acionar o Tribunal Constitucional Internacional, obedecendo, por evidente, a necessidade de esgotamento recursal à nível estatal, poderia ser utilizado pela FIFA no combate a condutas preconceituosas e anti-pluralistas no campo do futebol. À título exemplificativo, convém relatar o caso que envolveu a ex-presidente da República da Irlanda e ex-alta comissária da ONU para direitos humanos, Mary Robinson e o ex-representante especial da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, John Ruggie, que enviaram uma carta endereçada ao então presidente da FIFA, Josef Blatter, requerendo atenção da entidade futebolística para a violação de direitos humanos nos grandes eventos que realiza. O caso se deu, precipuamente, pela intenção de que a FIFA e seus patrocinadores integrem, de forma efetiva, a política de direito humanos em seus processos de decisão internos. A mensagem enviada pela ONG britânica *Institute for Human Rights and Business (IRHB)*, embasada, dentre outros episódios, na morte de sete operários que trabalhavam na construção das Arenas da Copa do Mundo de 2014, no Brasil, e dos 44 (quarenta e quatro) imigrantes nepaleses que foram ceifados em obras destinadas ao Mundial de 2022 no Catar, poderia servir de precedente para que a FIFA, voluntariamente, e diante da existência do TCI, provocasse, primeiro, em foro doméstico, a Justiça dos países em questão no sentido de acionar, solidariamente, o capital privado e as Fazendas responsáveis pelas obras. (AGÊNCIA BRASIL, 2018). Caso não lograsse êxito nas investidas judiciais e, sendo esgotadas as vias recursais possíveis do Direito Interno, tanto do Brasil quanto do Catar, abria-se o precedente, caso já implementado estivesse o Tribunal Constitucional Internacional (e anuído o seu tratado constitutivo pelos países envolvidos), para que a FIFA manejassem as vias necessárias para cobrar dos Estados (e estes, por via regressiva internas, as empresas nacionais envolvidas), mediante jurisdição soberana, a tomar as medidas eficazes e necessárias, não apenas para arcar com os desdobramentos financeiros da

questão, mas sim, também, para cobrar que, ambos, adotassem mecanismos jurídicos e logísticos capazes de evitar mais tragédias desta estirpe. Em uma análise antagônica, poderia o Brasil, também, na condição de Estado signatário do eventual Tratado, acionar a FIFA junto ao seu Direito Interno e, por conseguinte, seguindo a regra do esgotamento de instâncias, acioná-la perante o Tribunal Constitucional Internacional, eis que se tivesse a entidade futebolística capacidade ativa, possuiria, outrossim, capacidade passiva. (AGÊNCIA BRASIL, 2018). O lamentável episódio envolvendo os operários no Catar, contudo, felizmente, tem sinalizado ao mundo uma certa sensibilização da FIFA e um iminente desejo da entidade de integrar-se, de fato, nas políticas de Direitos Humanos, personificado na criação do Conselho de Direitos Humanos da FIFA, cuja eficácia será colocada à prova nos próximos anos, oportunidade em que o mundo testemunhará se, de fato, a sua criação atingiu o fim que se espera (LEISTER FILHO, 2017) (FIFA, 2017).

Outro caso interessante, e que poderia notoriamente ser utilizado para exemplificar um cenário em que a FIFA poderia exercer seu direito de ação junto ao TCI, foi a carta escrita, desta vez, pela *Human Rights Watch*, endereçada a FIFA, alertando a entidade de que a integridade dos Direitos Humanos estava em perigo no Mundial da Rússia 2018. (SAPO, 2018). Neste Mundial, em específico, o governo russo utilizou-se do aparato estatal para calar as vozes que militavam em favor dos Direitos Humanos durante a competição, chegando, inclusive, a prender manifestantes, em evidente heresia ao direito de reunião, um dos alicerces do desporto, direito social (e fundamental) internacionalmente reconhecido. Neste caso, porém, na eventualidade de existir o Tribunal Constitucional Internacional, seria impossível que a entidade, mesmo querendo, acionasse o Tribunal contra o governo russo, visto que, por questões evidentes, o país não seria signatário do Tratado, não ficando, portanto, sujeito a sua jurisdição. Tampouco, em consecutivo, tal direito lhe seria viável, visto que a FIFA ficaria impossibilitada de exercer plenamente a prerrogativa de ação à Corte, notadamente pela exigência do esgotamento das instâncias internas. Assim sendo, para que a FIFA tivesse, na integralidade, não apenas o direito por si só, mas a sua

efetividade, a cláusula, lúcida e coerente – diga-se de passagem – que condiciona a interposição de Recurso Individual ao TCI ao esgotamento das vias recursais internas precisaria ser revista, que, claramente, não seria razoável, o que, em certa medida, seria plausível, visto que nenhum direito, por mais autêntico que seja, deve ser absoluto.

Em verdade, apesar de todos os esforços argumentativos em prol da viabilidade do direito de ação da FIFA no íntimo do TCI, tal prerrogativa, por mais real que fosse, não seria, no campo prático da vida, utilizado, afinal a entidade máxima do futebol, para desolação do desporto (e do futebol), move-se, mesmo diante da tímida sinalização em contrário, em favor do lucro e de seus próprios interesses políticos. Admitindo-se a existência do TCI, a litigação positiva da FIFA em suas barras seria utópica e perfeitamente relegada a estereótipos ideais, há muito, distantes da realidade.

Contudo, negar, sob o ponto de vista jurídico-processual, o eventual direito da FIFA de provocar o Tribunal Constitucional Internacional seria agir ao arrepio legal, mesmo sabendo-se que, dificilmente, a entidade faria jus a ele, visto que nem sequer toma as medidas administrativas que se espera. A pesquisa, pois, assentada na esperança de que as mentalidades alteram-se com o passar dos séculos, a ponto de tornar possíveis coisas impossíveis (como a União Europeia, o Euro, ou até mesma a discussão do TCI), ousa, mesmo contrariando todos os prognósticos possíveis, desbravar a questão. (CUNHA, 2016)

Conclusões

Inobstante aos utensílios argumentativos utilizados e os esforços no sentido de entregar a FIFA um direito de ação que lhe seria ínsito ao seu caráter jurídico, não se vislumbra no horizonte, pelo menos não de forma imediata, a perspectiva de exercício efetivo deste direito pela entidade, não pela impossibilidade processual, mas por vontade política de afrontar condutas autoritárias no campo do futebol, alheias aos seus interesses econômicos, aliado aos entraves envolvendo a criação do Tribunal Constitucional

Internacional que, apesar de já estar a sua criação em avançados debates, ainda não é terra concreta, muito embora já se a veja no horizonte.

Colimado a isto, as cláusulas processuais, previstas no texto original do Projeto de Tratado, que condicionam o regular exercício do direito de ação ao esgotamento das vias recursas estaduais, obsta uma atuação mais efetiva (não somente da FIFA, por evidente, mas na generalidade dos casos) em favor dos Direitos Humanos frente à regimes que exercem notório domínio político sobre a função jurídica de poder. A cláusula, apesar de apresentar-se como um entrave, merece, por atender a postulados sensíveis de Direito Internacional, subsistir, tornando-se, assim, *in casu*, um precedente, aliado a precedência de pertinência temática, de relativização do deste direito de ação imputado à FIFA, visto não ser absoluto (e assim deve continuar).

De igual modo, a interpretação da materialização da relação jurídica da FIFA com os Estados, pela via dos Acordos Executivos (que prescindem de uma certa transposição para a ordem interna dos Estados), deve ser vista, analogamente, como a faculdade originária ínsita as organizações internacionais e, portanto, como vertente apta a fomentar os debates em sentido favorável a consideração da FIFA como organismo internacional não estatal.

Ademais, faz-se pertinente analisar, sob a ótica global dos acontecimentos, que a influência política da FIFA é fator determinante não somente para autoafirmá-la como organização internacional, mas para reiterar, à pretexto de defender o desporto, o seu poder na Sociedade Internacional.

Considerando-se, ainda, a singela sinalização da entidade (amoldada na criação do Conselho de Direito Humanos em seu âmbito administrativo) no sentido de, por vontade política, integrar-se em um sistema que por vocação deve pertencer, prenuncia um eventual exercício mais efetivo e positivo do direito de ação perante o Tribunal Constitucional Internacional por parte da FIFA.

Igualmente, obedecendo a tácita licença arumentativa das contendas científicas, o direito de ação, no tocante a atuação da FIFA, deve submeter-se a pertinência temática, visto que a natureza jurídica da entidade deve manifesta reverência a especificidade de sua atuação na administração do futebol. Neste ponto, em específico, e a título sugestivo, deveria o Projeto de Tratado adstringir o direito de ação das organizações internacionais não governamentais, dentre elas a FIFA, a relação das violações com os seus espaços de ação e governança.

Noutro giro, coligado ao seu fator social, a importância efetiva do futebol na vida da sociedade contemporânea, capaz, até mesmo, de traduzir as realidades nacionais, não pode ser olvidada e serve de firmamento para o dimensionamento do direito adjetivo em apreço.

In fine, alicerçando-se na vetorização social do desporto – assentada na positivação jurídica transnacional (também constitucional e infraconstitucional doméstica de algumas ordens jurídicas) – não há como refutar o direito adjetivo que se procura atribuir a FIFA, direito este que se vale do papel político que a entidade desempenha e a faz uma das maiores e mais relevantes do globo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Estatuto da Fédération Internationale de Football Association – FIFA. Disponível em: <https://es.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-statutes.html>

VINÍCIUS, Marcus. *Futebol, do sonho à realidade: acompanhamento e complementação educacional no contexto de atletas profissionais e alunos*. Universidade do Futebol, 2018, p. 1-2. Disponível em: <https://universidadedofutebol.com.br/wpcontent/uploads/2018/12/SUBMISS%C3%83O.pdf>. Acesso em: 30 de jan de 2019.

CARTA EUROPEIA DO DESPORTO, 1992. 7ª Conferência europeia do Desporto, Rhodes. Disponível em:

<http://www.idesporto.pt/DATA/DOCS/LEGISLACAO/Doc120.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

UEFA e Comissão Europeia renovam acordo de cooperação em Bruxelas. UEFA, Portugal, 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://pt.uefa.com/insideuefa/mediaservices/newsid=2539292.html>

ACORDO EXECUTIVO DE COOPERAÇÃO, 2018. UEFA e Conselho Europeu, Bruxelas, 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/EuroExperience/uefaorg/EuropeanUnion/02/53/98/34/2539834_DOWNLOAD.pdf. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

FORMIGA, Bruno. *Polêmicas Vazias: Real Madrid x Barcelona*. 2017. (14m49s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=woqVWhP-qs4&t=300s>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Internacional: raízes & asas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NOGUEIRA, Carlos. *Old Firm: o velho dérbi de raízes políticas, religiosas e étnicas*. Diário de Notícias, Portugal, 23 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.dn.pt/desporto/interior/old-firm-o-velho-derbi-de-raizes-politicas-religiosas-e-etnicas-8791009.html>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Diretrizes para a consolidação de uma Corte Constitucional Internacional*, p.6. *Convenit Internacional* 28. Set-Dez 2018. CEMOROC-FEUSP/IJI – Univ. do Porto. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323994585_Diretrizes_para_a_consolidacao_de_uma_Corte_Constitucional_Internacional

LAVA JATO: entenda a denúncia sobre a Arena das Dunas. Portal G1, Rio de Janeiro, 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-entenda-a-denuncia-sobre-a-arena-das-dunas.ghtml>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

ARANTES, Andrea Benedetto. *A soberania nacional frente aos comandos da FIFA no país sede da Copa do Mundo de 2014*: Brasil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11157&revista_caderno=9. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

RODRIGUES, Maria Ramalho. *O poder institucional da FIFA como ator não estatal na política internacional*. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015.

VON GROLL, Marcus. *Origem e História da FIFA*. Travinha Esportes, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <http://travinha.com.br/2010/04/27/fifa-a-historia/>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARAÚJO, Luciano Martins. *Convencionalidade. Supralegalidade: tratado FIFA e a interinação de normas e tratados alienígenas*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul p.17. 2014.

RAMOS, Graça Andrade. *Nova Constituição da Tunísia permite ateísmo e consagra igualdades entre homens e mulheres*. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/nova-constituicao-da-tunisia-permite-ateismo-e-consagra-igualdade-entre-homens-e-mulheres_n712514. Acesso em: 04.11.2018

MENEZES, Quênída de Rezende. *Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos*. Revista de Direito Getúlio Vargas. Volume 13, nº 2º, 2017. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/tribunal-constitucional-internacional-para-garantir-direitos-democraticos>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral*. Nova edição: aumentada, revista e atualizada. Lisboa, Quid Juris, 2013.

ONG aponta violação dos direitos humanos na Rússia e pede apoio à FIFA. Agência Brasil, EBC, Brasília, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-05/ong-aponta-violacao-direitos-humanos-na-russia-e-pede-apoio-fifa>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

LEISTER FILHO, Adalberto. *Com patrocinadores, Conselho de Direitos Humanos da FIFA tem 1ª reunião*. Máquina do Esporte, UOL, 2017. Disponível em: https://maquinadoesporte.uol.com.br/artigo/com-patrocinadoras-conselho-de-direitos-humanos-da-fifa-tem-1-reuniao_32114.html. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

FIFA's Human Right Policy, 2017. Zurich, Suíça. Disponível em: https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/89/33/12/fifashumanrightspolicy_neutral.pdf. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019

Human Rights Watch deve aproveitar mundial de futebol para melhorar direitos humanos na Rússia. Sapo 24, Portugal, 15 de maio de 2018. Disponível em: <https://24.sapo.pt/atualidade/artigos/human-rights-watch-fifa-deve-aproveitar-mundial-de-futebol-para-melhorar-direitos-humanos-na-russia>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Tribunal Constitucional Internacional*, 2016. (57m17s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ADLMoPyJ0K0&t=3069s>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2019. ■

BIOGRAFIA DO AUTOR

José Vincenzo Procopio Filho é Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade do Porto. Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Docência no Ensino Superior pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade da Amazônia. Advogado brasileiro, inscrito na OAB/PA sob o nº 21.459. Advogado português, inscrito no Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados sob o nº 59953C.. Ex-Membro da Comissão de Jovens Advogados da OAB/PA. Ex-Membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/PA. Ex-Membro da Comissão de Justiça Desportiva da OAB/PA. Ex-Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PA. Ex-Diretor Executivo de Cultura e Memória do Paysandu Sport Club. Conselheiro Efetivo (licenciado) do Paysandu Sport Club. Email: vincenzoprocopio1990@gmail.com.■

Renascimento dos assentos no direito fiscal angolano

Naldemar Miguel Lourenço

Mestre em Direito, Especialidade Ciências Jurídico-
Forenses pela Universidade de Coimbra
Magistrado do Ministério Público

INTRODUÇÃO

Quando tudo já parecia perdido para os Assentos, porque sempre apareceu grandes e fortes doutrinas, no sentido da sua não mais admissibilidade na ordem jurídica angolana, por ser entendida como um mecanismo que poucas vezes foi utilizado pelos operadores de direito e pelos tribunais, e que atenta contra a separação de poderes, esta corrente é levantada e defendida pelos doutrinários que tratam das matérias do ativismo judicial¹ e não só, tanto o é que Portugal já removeu essa figura do seu ordenamento jurídico, eis que o legislador ordinário traz a ribalta o tema dos assentos, pois que verificou-se a aprovação em 2014 do Código de Execuções Fiscais – Lei 20/14, de 22 de Outubro, o Legislador no preâmbulo da Lei referiu não sei se propositadamente o seguinte: “... *qualquer sistema fiscal deve estar dotado de um sistema de execuções fiscal robusto, coerente, abrangente e eficaz ...*”

¹ Ver LOURENÇO, Naldemar Miguel – *Ativismo Judicial em Angola*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O Título III, Capítulo III, do Código de Execuções Fiscais, nos fala sobre recurso para uniformização de jurisprudência, perguntamo-nos, será que as decisões que advierem daí serão consideradas como assentos? Como se processa esse tipo de recurso? Há similitudes com o previsto no Código de Processo Civil (CPC).

Para tal, vamos dividir a nossa pequena doutrina em 2 capítulos no primeiro vamos fazer uma pequena incursão de modos a introduzirmos a temática dos assentos, no segundo capítulo analisaremos as disposições do Código de Execuções Fiscais.

CAPÍTULO I

A FIGURA DOS ASSENTOS

1.1. A figura dos assentos

Figura que foi importada do ordenamento jurídico português, quando Angola resolveu adotar os códigos CPC de 1961 e CC de 1966, as normas que constituem esta figura são: Art.º 2.º do CC e artigos 763.º a 770.º do CPC. O Art. 2º do CC veio atribuir à doutrina fixada pelos assentos força obrigatória geral, a fixação de doutrina com força obrigatória geral traduz a existência de uma norma jurídica com eficácia erga *omnes*.

O carácter normativo dos assentos² é, na verdade, irrecusável, face ao disposto no Art. 2º do CC, segundo o qual os tribunais podem fixar doutrina com força obrigatória geral, constituindo verdadeiras normas jurídicas com o valor de quaisquer outras normas do sistema, revestidas de carácter imperativo e força obrigatória geral, isto é, obrigando não apenas os tribunais,

² MELO, A. Barbosa. Sobre a problemática da competência para assentar. Coimbra. 1988.p.17 ss

mas todas as restantes autoridades, a comunidade jurídica na sua expressão global³.

Castanheira Neves, nos fala que a figura dos assentos⁴ é uma figura original do direito português⁵, figura que foi adotada noutros quadrantes como por exemplo Brasil, sendo que esta figura foi extinta do Brasil no ano de 1890, dando lugar, a posterior, a figura das sumulas vinculantes, sendo está, a segunda figura com carácter vinculante utilizada neste país⁶.

Castanheira Neves⁷, entende que os assentos Constituem "*uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstracta, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só se impõe com a força ou a eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente com o carácter de fonte de direito*".

Já Leonardo F. dos Anjos⁸, nos diz que em linhas gerais, que os assentos são prescrições jurídicas extraídas de Acórdãos, com o intuito de alcançar a uniformização de jurisprudencial entre decisões controversas.

Antunes Varela e Pires de Lima⁹, entendem que o assento tanto pode fixar uma das várias interpretações possíveis da lei, bem como preencher uma

³ CFR. ACÓRDÃO N.º 743/96 do TC Português.

⁴ PRATA, Ana. Dicionário Jurídico, direito civil, direito processual civil, organização judiciária, volume I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.p. 173-174

⁵ Sobre a originalidade dos assentos ver NEVES, A. CASTANHEIRA. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra, 1983.p.1-22

⁶ Cfr. Leonardo F. dos Anjos em Umberto Machado de, ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit., p. 152-154

⁷ NEVES, A. CASTANHEIRA. Op. Cit., p. 315

⁸ Umberto Machado de, ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Op. Cit., p. 155

⁹ LIMA, Pires de./VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2011.p.52-53

lacuna do sistema, criando a norma correspondente, para depois fazer aplicação dela ao caso *sub iudice*, valendo o assento como fonte de direito.

Os assentos assim como as sumulas vinculantes apresentam difícil compatibilidade com o princípio da separação de poderes, pois que estas aspiram uma forma de *legislativo* com efeito vinculante geral e obrigatório. Os assentos por não estarem previstos na Constituição, em Angola podem levantar problemas, quanto a constitucionalidade dessa figura¹⁰.

Diante da introdução, no ordenamento jurídico angolano dos assentos, estamos, diante de um ativismo judicial formal, não constitucionalmente consagrado. A adoção dos assentos traduz-se na institucionalização do ativismo judicial, pois há vinculação do poder executivo, em todas as esferas, consequentemente violação do princípio da separação de poder, desta feita o assento publicado na I serie – nº 62 de 7 de abril de 2010 no Diário da República, pode ser considerada hipótese de ativismo judicial, do ponto de vista formal.

1.2. Sua admissibilidade ou não hodiernamente

Quer Portugal quer o Brasil se desfizeram da figura dos assentos, o Brasil substituiu-o embora não de modo imediato (apenas em 2004) pelas sumulas vinculantes, já Portugal¹¹ que tinha um regime de assentos igual ao nosso, pelo

¹⁰MELO, A. Barbosa. Op. Cit., p.1-7 LIMA, Pires de./VARELA, Antunes. Op. Cit., p.156

¹¹ O recurso para uniformização de jurisprudência foi, entre nós, uma criação do Decreto n.º 12 353 de 22

-09-1926, decreto esse que no seu artigo 66.º instituiu um recurso sem designação especial, mas a que a doutrina logo chamou de recurso de uniformização de jurisprudência. “Quando o Supremo Tribunal de Justiça profira um acórdão que esteja em oposição com um acórdão anterior também do Supremo sobre o mesmo ponto de direito, pode a parte interessada recorrer para o tribunal pleno com fundamento na referida oposição. Os acórdãos proferidos em Tribunal Pleno serão publicados imediatamente na segunda série do Diário do Governo (...). A jurisprudência estabelecida por estes acórdãos é obrigatória para os tribunais inferiores

facto de partilharmos os mesmos códigos, também resolveu desfazer-se da figura, começando com uma declaração de inconstitucionalidade do Art. 2.º

e para o próprio Supremo Tribunal de Justiça, enquanto não for alterada por outro acórdão da mesma proveniência, nos termos do parágrafo seguinte. Posteriormente, com o CPC de 1939, baseado no projecto do professor Alberto dos Reis 1 – como aliás já havia sido na reforma de 1926/1927 –, foi expressamente consagrado aquele recurso, com a designação de recurso para o Tribunal Pleno (cf. art. 763.º a 770.º do CPC de 1939). Alberto dos Reis criticava acesadamente a jurisprudência a que chamava de “flutuante, movediça e instável” do STJ, indo ao ponto de afirmar –diante da diversidade das decisões judiciais, fruto da diversidade de opiniões, cultura, temperamento –que “antes jurisprudência errada, mas uniforme, do que jurisprudência incerta” Tal sistema foi, desde logo, objecto de cerradas críticas, que tinham como principal fundamento o facto de ser contrário, nos seus efeitos, ao princípio da separação de poderes. Dizia-se –já então –que atribuir ao STJ a faculdade de proferir Assentos, com força de lei, representava a atribuição ao poder judicial duma função legislativa, contrária aquele princípio da separação de poderes.

Não obstante outras críticas se juntarem a esta, o facto é que a proposta do Prof. José Alberto dos Reis acabou por vingar. A solução que veio a ser consagrada no CPC de 1939 teve as seguintes grandes linhas:

- o recurso para o tribunal pleno era considerado como um recurso ordinário, que impedia o trânsito em julgado da decisão impugnada e que devia ser interposto pela parte vencida;-para ser admissível teria de ocorrer um conflito de jurisprudência (existência, no domínio da mesma legislação, de dois acórdãos do STJ opostos sobre a mesma questão de direito, sem que o último tivesse transitado);- o conflito seria julgado pelo pleno do Supremo onde deveria intervir 4/5 dos juízes que compusessem as secções daquele tribunal;-a doutrina assente pelo acórdão, que resolvesse o conflito de jurisprudência, seria obrigatória para todos os tribunais enquanto não fosse alterada por outro acórdão, sendo lavrado um Assento que seria publicado na 1.ª série do Jornal oficial. O próprio STJ podia alterar os seus assentos, por maioria de sete votos conformes. O CPC de 1939 não só acolheu o recurso para o tribunal pleno, como consagrou o nome de Assento para o preceito de uniformização de jurisprudência.

O CPC de 1961: - Manteve este recurso como sendo um recurso ordinário (e não como um mero instrumento de uniformização: «recurso no interesse da lei»);

- Admitiu o recurso para o tribunal pleno relativamente a conflitos de jurisprudência das Relações, desde que não fosse admitido recurso de revista ou de agravo em 2.ª instância, por motivo estranho à alçada do tribunal (art. 764.º);

- Eliminou a faculdade de alteração dos Assentos pelo próprio STJ (faculdade essa que aliás nunca havia sido exercida no domínio do CPC de 1939).

No preâmbulo do diploma que aprovou o CPC de 1961 pode ler-se que se mantém a solução de encarar este recurso como um recurso ordinário pois “só a iniciativa interessada das partes evitará, noutros termos, que o recurso se converta numa instituição puramente platónica, como outras experiências legislativas tendentes à uniformização de jurisprudência que o precederam” Instituiu-se, então, a revista ampliada –ainda enquanto recurso ordinário –com intervenção no seu julgamento do plenário ou das secções cíveis ou da secção social do STJ

do CC português¹². Pedido que só foi possível por se entender que os assentos são atos normativos para objeto de controlo¹³, e terminando com a revogação do Art. 2º do CC português, revogação feita pelo Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

A solução encontrada baseou-se, no essencial, no regime da «revista ampliada», atual recurso ordinário para o Tribunal pleno: considera-se tal solução claramente vantajosa em termos de celeridade processual, eliminando uma «quarta instância» de recurso e propiciando, mais do que o remédio *a posteriori* de conflitos jurisprudenciais já surgidos, a sua prevenção¹⁴, optou-se por esta alternativa, aditando-se ao CPC os artigos 732º-A e 732º-B¹⁵.

Face ao exposto, será esta figura nos dias de hoje admissível, no ordenamento jurídico angolano?

CAPÍTULO II

ANALISE DO CÓDIGO DE EXECUÇÕES FISCAIS

Face ao exposto sobre os assentos vamos nos concentrar em duas ideias já citadas que são:

“Já Leonardo F. dos Anjos, nos diz que em linhas gerais, que os assentos são prescrições jurídicas extraídas de Acórdãos, com o intuito de alcançar a uniformização de jurisprudencial entre decisões controversas.”

“Os assentos por não estarem previstos na Constituição, em Angola podem levantar problemas, quanto a constitucionalidade dessa figura.”

Isto para dizer o seguinte:

¹² MELO, A. Barbosa. Op. Cit., p. 46 ss

¹³ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p.932-939

¹⁴ CFR. ACÓRDÃO Nº 743/96 do Tribunal Constitucional Português

¹⁵ GONZÁLES, José Alberto. Código Civil Anotado, parte geral, vol. I, Editora Quid Juris, Lisboa.p.20

Com a aprovação do Código de Execuções Fiscais – Lei 20/14, de 22 de Outubro, concretamente com a introdução do Título III, Capítulo III, do Código de Execuções Fiscais, que nos fala sobre recurso para uniformização de jurisprudência, temos aí a prova viva de que o Legislador pelo menos o Ordinário acha que não se trata de inconstitucionalidade alguma, pelo contrário trata-se de um mecanismo que foi aprimorado, vamos então analisar até que ponto o regime do Código de Execuções Fiscais (CEF) difere ou iguala o regime do CPC, mas antes importa fazermos uma análise isolada das disposições do CEF.

2.1. Tribunal Competente

É curial tecermos aqui algumas considerações sobre o Tribunal competente para as execuções fiscais, sendo que são neles onde o recurso se verificará.

A competência do Tribunal *a quo*, no que respeita a aplicação do código de execuções fiscais são exercidas pela Sala do Contencioso Fiscal e Aduaneiro dos Tribunais Províncias, na falta desta sala, é exercida pela Sala do Cível e Administrativo do Tribunal Provincial.¹⁶

Já a competência do Tribunal *ad quem*, que é essa que mais nos interessa por se tratar da competência do Tribunal de recurso, vemos que é atribuída a Câmara do Cível, Administrativo, Fiscal e Aduaneiro do Tribunal Supremo.¹⁷

2.2. Recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência artigos 173.º e 174.º do CEF.

Pode ser interposto para o Tribunal Supremo recurso por oposição de sentenças e Acórdãos, nos casos em que a sentença perfilhar, relativamente a mesma questão de direito e na ausência de alteração substancial da regulamentação jurídica aplicável, solução oposta a mais de três sentenças

¹⁶ Artigo 13.º do CEF

¹⁷ Ibidem

proferidas em primeira instância ou de acórdãos de Tribunal Superior, bastando apenas que integre a alçada do Tribunal competente da Jurisdição Fiscal e Aduaneira, sendo descurada o valor da causa, é no artigo 173.º do CEF, onde encontramos o recurso de uniformização de jurisprudência.

O artigo 174.º nos fala da tramitação processual.

Estes artigos não fazem menção a nenhum momento que o recurso de uniformização de jurisprudência seja da competência do Tribunal Pleno, apenas nos diz que pode ser interposto para o Tribunal Supremo, estaremos diante de uma mudança de paradigma ou houve uma má técnica legislativa?

Também não faz menção quanto a publicação dos assentos em Diário da República o que pode comprometer a força obrigatória geral característica dos assentos.

Não existe nenhuma norma no CEF, no Título III, Capítulo III, que estabeleça uma aplicação subsidiária ao regime do CPC, também não encontramos disposição que verse sobre os efeitos do recurso.

2.3. Direito comparado entre o recurso de uniformização de jurisprudência do CPC e do CEF.

Podemos constatar que a construção do CPC é bem mais elaborada do que a formulação existente no CEF. A construção do CEF, parece uma formulação elaborada as pressas que deixou de prever muitos aspectos como já referimos no ponto anterior.

Relativo ao Tribunal Competente, competente também encontramos diferenças, no CPC, está claro que será o Tribunal Pleno¹⁸, mas no regime do CEF, não está claro pois que apenas nos fala do Tribunal Supremo, mais então para quem será endereçado esse recurso, a qualquer Juiz da Câmara do Cível,

¹⁸ Por Tribunal Pleno podemos entender o colectivo de juízes do Tribunal Supremo.

Administrativo, Fiscal e Aduaneiro do Tribunal Supremo ou ao plenário do Tribunal Supremo.

No CPC só se verifica o recurso a uniformização de jurisprudência quando o Tribunal Supremo profira dois acórdãos sobre a mesma matéria, mas em sentido contrário. No CEF, encontramos uma grande inovação, para além do Tribunal Supremo é introduzido os tribunais inferiores, tribunais de primeira instância, naqueles casos em que existam três decisões sobre a mesma questão de direito, mas em sentido diferente, sem sombra de duvida que constitui uma mudança de paradigma.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que o recurso para uniformização de jurisprudência consagrado no CEF, realmente configura um retorno a ribalta da temática dos assentos, mas a sua formulação está muito incompleta, o legislador deveria ter sido mais preciso, encontramos um regime inovador mais pouco esclarecedor, o que pode e vai levantar problemas na interpretação e aplicação prática desse recurso, também poderá levantar problemas doutrinários e estes em primeiro lugar devem surgir, espero que com este pontapé de saída surjam mais opiniões doutrinárias sobre esta temática.

BIBLIOGRAFIA

Livros:

LIMA, Pires de./VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2011.

LOURENÇO, Naldemar Miguel – *Ativismo Judicial em Angola*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

MELO, A. Barbosa. Sobre a problemática da competência para assentar. Coimbra. 1988.

NEVES, A. Castanheira.

_____. O actual problema metodológico da interpretação jurídica, Coimbra Editora, 2003.

_____. *Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito.* In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra. A. 130, nº 3883 (1998).

_____. Metodologia jurídica: Problemas fundamentais. In: boletim da faculdade de direito Studia Iuridica, Coimbra editora. 2013(reimpressão).

_____. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra, 1983.

GONZÁLES, José Alberto. Código Civil Anotado, parte geral, vol. I, Editora Quid Juris, Lisboa.

PRATA, Ana. Dicionário Jurídico, direito civil, direito processual civil, organização judiciária, volume I, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

Legislação:

Código Civil

Código de Processo Civil

Código de Execuções Fiscais

Jurisprudência:

ACÓRDÃO Nº 743/96 do TC Português.

ACÓRDÃO Nº 743/96 do Tribunal Constitucional Português. ■

Breve comentário sobre a fiscalização da constitucionalidade em Angola

Naldemar Miguel Lourenço

Mestre em Direito, Especialidade Ciências Jurídico-
Forenses pela Universidade de Coimbra

Magistrado do Ministério Público

INTRODUÇÃO

A pequena doutrina que agora apresentamos é actual e de vital importância para os juízes independentemente da jurisdição que se enquadrem, para os advogados e para o público em geral ligado as matérias constitucionais.

O tema apresenta pertinentes questionamentos desde já saber o que significa a expressão constitucionalidade ou inconstitucionalidade? Para que serve? O que é fiscalização da constitucionalidade? Quando surgiu? Quais as formas de fiscalização? Para que servem?

Para tal dividimos o nosso pequeno comentário em dois capítulos, no primeiro capítulo vamos falar sobre a origem da fiscalização da constitucionalidade. No segundo capítulo vamos falar sobre o actual sistema de fiscalização da constitucionalidade onde abordaremos sobre os variados processos de fiscalização da constitucionalidade.

CAPÍTULO I

ORIGEM DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

1.1. História/ evolução dos modelos de fiscalização.¹

Desde o ano 2010 Angola encontra-se na Terceira República, com a aprovação da CRA. A Primeira República começa com a entrada em vigor da LCRPA², que entrou em vigor no dia 11 de Novembro de 1975, tendo sido aprovada em 10 Novembro de 1975³, não se verificando qualquer processo de fiscalização da constitucionalidade. É aprovada a lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro (Lei do Sistema Unificado de Justiça), que eliminou a organização judiciária herdada de Portugal e instituiu o Sistema Unificado de Justiça, isto é, um sistema que procurou integrar, de forma lógica as diversas jurisdições (civil, criminal, administrativa, militar, etc.), até ali mais ou menos separados, numa organização judiciária única, fazendo nascer assim o Tribunal Popular Supremo (hoje TS) no topo da cadeia hierárquica dos tribunais em Angola⁴.

A Segunda República⁵ começa com a Lei nº 12/91, de 6 de Março, para Adérito Correia e Bornito de Sousa, surgiu uma nova constituição, já que,

¹ Angola ficou independente em 1975, livrando-se do julgo colonial, assim em 1975 nasce a primeira Constituição Angolana, com a designação de Lei Constitucional nessa Constituição não existiam processos de fiscalização da constitucionalidade. De 1975 a 1991 existiram variadas revisões constitucionais mais nenhuma delas foi capaz de introduzir a fiscalização da constitucionalidade. A revisão de 1992 cria o Tribunal Constitucional e consequentemente a fiscalização da constitucionalidade, as funções do Tribunal Constitucional passaram a ser desempenhadas pelo Tribunal Supremo, até a data de 2008, quando foi institucionalizado o Tribunal Constitucional. Na Constituição de 2010 que é a atual, os processos de fiscalização da constitucionalidade continuam existindo é com um maior reforço.

²Cfr. MACHADO, Jonatas E. M., Costa, Paulo Nogueira da e Hilario, Esteves Carlos. Direito Constitucional Angolano, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.p. 36

³ LCRPA. Artigo 60º

⁴ Art. 116º, 117º e 6º da lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro (lei do sistema unificado de justiça).

⁵ Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit., p.41-43

entre a LC que até a altura vigorava e a que passou a vigorar existia uma nítida descontinuidade, que veio a ser aprofundada com a lei de Revisão constitucional nº 23/92, deixando de estar em vigor a LC de 1975, com as suas diversas alterações⁶.

A lei nº 23/92 cria o TC⁷, ao mesmo tempo que atribui ao TS o exercício dos poderes do TC enquanto este não for instituído⁸.

Diferente da primeira, aqui já existiam processos de fiscalização, o Capítulo I do Título V da LC, tinha como epígrafe *Da Fiscalização da Inconstitucionalidade*. Tínhamos assim a fiscalização por ação, dentro da fiscalização por ação tínhamos a fiscalização preventiva (Art. 154º da LC), fiscalização sucessiva (155º), fora desta classificação tínhamos a fiscalização por omissão (156º).

Quanto a fiscalização concreta fica difícil classificar ela como tal, devido a má técnica legislativa, pois que está não consta do Capítulo I do Título V da LC, acabamos por encontrar situações que caracterizam-se como sendo fiscalização concreta, no Art. 134º alínea d) e e) da LC, este artigo nos fala das competências do TC, competência esta que atribuiremos a qual dos tipos de fiscalização previsto na LC? Uma vez que a fiscalização concreta não foi prevista como um dos processos de fiscalização da inconstitucionalidade.

Ainda durante a Segunda República foi aprovada a Lei n.º 2/08, de 17 de Junho – Lei Orgânica do TC e a Lei n.º 3/08, de 17 de Junho – LOPC, estavam

⁶ CORREIA, Adérito e SOUSA, Bornito. Angola: História Constitucional, livraria Almedina, Coimbra, 1996.p.31, no mesmo sentido vai André Thomashausen, quando nos diz: “*na realidade uma constituição inteiramente nova*”. THOMASHAUSEN, André. O desenvolvimento, contexto e apreço da constituição de Angola de 2010. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. I- direito constitucional e justiça Constitucional., p. 329

⁷ Art. 125.º N.º 1 da Lei Constitucional da República de Angola (publicada ao abrigo da Lei nº 23/92 de 16 de Setembro)

⁸ Art. 6.º da Lei n.º 23/92 de 16 de Setembro.

reunidos os pressupostos legais para a criação do TC. Assim, no dia 25 de Junho de 2008, foi institucionalizado o TC.

1.2. Constitucionalidade e Inconstitucionalidade

Expressões muito usadas no dia-a-dia, até por não juristas, já é comum ouvir o cidadão a reagir a um caso de injustiça usando a expressão “isso é inconstitucional ou isso não esta na constituição”.

A Constituição é conhecida como sendo lei mãe de um Estado, e o angolano não foge a regra. A Constituição apresenta-se como sendo um conjunto de normas escritas, que vão estabelecer um parâmetro geral para as formas inferiores, é de vital importância que estas estejam em conformidade com aquelas, quando assim acontece diz-se que a norma inferior é constitucional, quando assim não acontece diz-se que a norma inferior é inconstitucional.

Mas afinal quem pode declarar a norma constitucional ou não, serão apenas os juízes do Tribunal Constitucional?

Responderemos negativamente a este questionamento, dizendo que no ordenamento jurídico angolano todos os juízes podem julgar uma norma inconstitucional.

Angola adotou um sistema de fiscalização mista, incluindo a fiscalização difusa⁹ e a fiscalização concentrada¹⁰¹¹

⁹ É o modelo de fiscalização em que todos os tribunais efectuem a fiscalização da constitucionalidade, como exemplo temos o sistema jurídico dos Estados Unidos da América.

¹⁰ É o modelo de fiscalização em que existe um Tribunal especializado que efectua as fiscalizações da constitucionalidade, como por exemplo o Tribunal Constitucional.

¹¹ Sobre fiscalização difusa e concentrada ver MIRANDA, Jorge – Teoria do Estado E da Constituição. Coimbra Editora, 2002, p. 726 ss. Ver também MACHADO, Jonatas E. M et ali –Direito Constitucional Angolano, 2.ª Edição, Coimbra Editora. 2013, p. 334 ss

Sendo assim, pode surgir o questionamento: mais então aonde é que o Tribunal Constitucional entra? O Tribunal Constitucional é um Tribunal especializado, como tal apenas aprecia a constitucionalidade ou não das normas em sede de recurso, recurso engendrado nos tribunais inferiores.

É importante afirmarmos aqui que em Angola diferente de outros países como por exemplo Portugal, o parâmetro de controlo da constitucionalidade são as leis e atos, Art. 266.º n.º 2 da CRA.

CAPÍTULO II

ATUAL SISTEMA ANGOLANO DE FISCALIZAÇÃO

O atual sistema de fiscalização angolano enquadra-se, na Terceira Republica, teve início com a aprovação da CRA em 2010, nasce assim a atual *judicial review*¹² Angolana, falamos em atual pois que a ideia de *judicial review* foi implementada pela primeira vez na Segunda República, através da lei de Revisão constitucional nº 23/92, que fez publicar a LC, no Art. 153º da LC.

*“A fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais actos normativos do estado constitui, nos modernos estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controlo do cumprimento e observância das normas constitucional”*¹³. Pois que é de vital importância a

¹² “*Judicial review ou seja, a faculdade judicial de controlo da inconstitucionalidade das leis*”. CANOTILHO, J.J. Gomes. CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª Edição, Almedina, 2003.p.898, “*Já no sistema de controlo jurisdicional, tal atribuição é ofertada, de forma precípua, ao Judiciário. Compete assim ao magistrado decidir sobre as questões envolvendo a constitucionalidade dos atos normativos, portando-se como verdadeiro garantidor dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais*”. MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. Weak Form of Judicial Review – apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, nova Zelândia, Israel e Inglaterra. In: Revista Eletrónica do ministério público do estado de Goiás. Nº 3, 2012.p.42, acedido em www.dialnet.unirioja.es.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.889

responsabilização dos titulares de cargos públicos e o controlo do exercício do poder por maiorias democraticamente legitimadas¹⁴.

Se olharmos para os modelos de justiça constitucional, no que toca ao controlo da constitucionalidade Angola acaba por adotar os dois modelos. (*modelo da separação e modelo unitário*)¹⁵.

Modelo da separação segundo Gomes Canotilho¹⁶ a justiça constitucional é, sob o ponto de vista organizativo, confiada a um Tribunal especificamente competente para as questões constitucionais e institucionalmente separado dos outros tribunais, a este modelo Jorge Miranda chama de fiscalização jurisdicional concentrada¹⁷.

Angola possui um Tribunal especificamente competente, o TC, competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, artigo 180º da CRA.

Modelo unitário neste modelo considera-se que todos os tribunais têm o direito e o dever de, no âmbito das suas acções e recursos submetidos a decisão do juiz, aferir da conformidade constitucional do acto normativo aplicável ao feito submetido a decisão judicial¹⁸, este modelo também é conhecido como modelo de fiscalização judicial (judicial review)¹⁹.

¹⁴ Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.,p.329

¹⁵ Existem autores que dizem que o modelo adotado por Angola é o modelo da separação, nomeadamente, Jonatas Machado, Paulo Nogueira da Costa e Esteves Carlos Hilario. Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.335, Benedita Urbano nos apresenta a fórmula de modelos mistos, integrando alguns aspetos quer do controlo difuso quer do controlo concentrado, diz esta que é irrealista hoje falar-se hoje em dia modelo difuso e modelo concentrado unicamente. Cfr. URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013.p.20-23

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.896, também conhecido como modelo Kelsen (modelo austríaco)

¹⁷MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição, Coimbra editora, 2002.p.761

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Idem

¹⁹ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 761

Sendo assim os processos de fiscalização existentes em Angola são: a fiscalização abstrata preventiva (Art. 228º da CRA), fiscalização abstrata sucessiva (Art. 230º da CRA), fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (Art. 232º da CRA), quanto a fiscalização concreta está contínua nos mesmos moldes da Segunda República, apenas mudou o Art. 180º N.º 2 alíneas d), e).

2.1. Fiscalização abstrata

O controlo chama-se abstrato pois é um controlo feito independentemente de caso concreto, ou seja é um controlo abstrato, no sentido de que pode incidir sobre qualquer norma sem dependência de um caso.

O controlo abstrato pode fazer-se antes dos diplomas entrarem em vigor – *controlo preventivo*-, ou depois de as normas serem plenamente válidas e eficazes –*controlo sucessivo*-²⁰.

Sendo assim quer isto dizer que quer a fiscalização preventiva quer a fiscalização sucessiva fazem parte do mesmo grupo denominado fiscalização abstrata.

Na fiscalização abstrata o processo de fiscalização da constitucionalidade não é uma ação de impugnação, não sendo configurado como um processo de partes em que existe um autor e uma entidade demandada, sujeitos ao princípio da igualdade de armas e do contraditório.

2.2. Fiscalização Abstrata Preventiva

A fiscalização preventiva é uma das modalidades de fiscalização abstrata ao lado da fiscalização sucessiva. Jorge Miranda²¹ nos fala sobre o sentido do pedido de fiscalização abstrata sendo que está é um poder funcional, e não

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. Cit., p. 1005

²¹ Cfr. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição, tomo VI, 4ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 2013.p.295-298

direito de iniciativa, porque impende sobre certos órgãos ou frações de titulares de órgãos do poder político, por isso se justifica falar em ação de inconstitucionalidade como ação pública e não de modo algum, como ação *stricto sensu*. Não há partes na fiscalização abstrata. A fiscalização preventiva é frequentemente referido como *ecografia da norma ou controlo pré-natal da norma*²², pois tem lugar no processo de perfeição da norma, o mesmo inspira-se no modelo francês de controlo da constitucionalidade, orientado para prevenir a entrada em vigor de normas imperfeitas²³. A existência da fiscalização preventiva pretende evitar a consumação de situações de inconstitucionalidades e, mais especificamente de violação de direitos fundamentais.

A fiscalização é preventiva na medida em que ocorre antes de a norma ser promulgada e publicada, é abstrata por não depender de qualquer caso concreto. Também podemos classificar esta fiscalização como sendo concentrada, na medida em que é realizada apenas pelo TC. Quanto a legitimidade processual esta é atribuída ao PR e a 1/10 dos Deputados da Assembleia Nacional Art. 228.º da CRA.

O prazo para requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade é de 20 dias a contar da data de receção do diploma legal pelo PR (Art. 228º, 3 da CRA), o Tribunal deve pronunciar-se no prazo de 45 dias, o qual pode ser encurtado por motivo de urgência mediante solicitação de quem tem legitimidade (Art. 228º, 4 da CRA).

2.3. Fiscalização Abstrata Sucessiva

Fiscalização abstrata sucessiva a semelhança da fiscalização preventiva não se configura como sendo um processo de partes em que existe um autor e uma entidade demandada, sujeitos ao princípio da igualdade de armas e do

²² Por controlo de normas entende-se o processo constitucional dirigido a fiscalização e decisão com força obrigatória geral (com força de lei) da validade formal ou material de uma norma jurídica. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit., p.1005

²³ MACHADO, Jonatas E. M Op. Cit., p. 344

contraditório²⁴. O controlo abstrato sucessivo, também chamado *controlo em via principal*, existe independentemente de um caso concreto, se averigua da conformidade de quaisquer normas com o parâmetro normativo-constitucional²⁵. Trata-se de um controlo sucessivo na medida em que acontece depois da entrada em vigor das normas; abstrato na medida em que é realizado independentemente da decisão de qualquer caso concreto; concentrado uma vez que é feito apenas pelo TC²⁶.

“A fiscalização sucessiva abstracta, concentrada e por via principal é o elemento característico por excelência do modelo austríaco de garantia, mas encontra-se ou tem-se encontrado em países de sistemas diferentes, com maior ou menor variação de sujeitos ou entidades titulares do poder de iniciativa”. A iniciativa em Angola cabe segundo o Art. 230º, 2 da CRA, ao PR, 1/10 dos Deputados, aos Grupos Parlamentares, ao Procurador-Geral da República, ao Provedor de Justiça, a Ordem dos Advogados de Angola, e os particulares, estes têm legitimidade? Entramos na questão da ação popular, Jónatas Machado, Paulo Costa e Esteves Hilário nos dizem que, nos termos da CRA, a legitimidade processual ativa para desencadear o processo de fiscalização abstrata sucessiva é restrito, não havendo qualquer ação popular de impugnação de normas com fundamento na respectiva inconstitucionalidade²⁷, não partilhamos dessa ideia, cremos que em Angola pode existir ação popular em fiscalização sucessiva, Os particulares têm acesso direto a fiscalização abstrata sucessiva e um acesso não direto, acesso não direto: é o acesso em que os particulares podem exercer o seu direito de petição perante qualquer órgão de soberania, seja para defesa dos seus direitos, seja para defesa da constituição²⁸. (Art. 73.º da CRA).

²⁴ MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.354

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Idem

²⁶ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.354

²⁷ Ibidem, p.353-354

²⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge. Op. Cit.,p.298

Acesso direto: faz-se através da chamada *ação popular*, que encontra a sua origem no direito Romano ²⁹, em Angola esta figura goza do estatuto de direito fundamental, é introduzida pela LC de 1991 Art. 30.º em termos muito restrito, na LC de 1992 esta figura mantém-se nos mesmos termos, apenas passando do Art. 30º para o Art. 43.º, na Constituição de 2010 esta figura aparece no Art. 74.º, este artigo em termos de legitimidade ativa, consagra dois modelos de ação popular, temos, por um lado a ação popular desencadeada em termos pessoais, representando aquilo que se pode chamar de *ação popular individual*, expressa um verdadeiro direito fundamental que permite a quem é titular de interesses pessoal e direto, o acesso aos tribunais visando a defesa de certos interesses de toda a coletividade; reconhece por outro lado, a possibilidade de associações de defesa de certos interesses, poderem desencadear a ação popular, caso este que se reconduz a uma *ação popular coletiva*³⁰ o legislador ainda tentou limitar os bens tutelados pela ação popular, mas ao dizer *e demais interesses colectivos* acabou por ampliar as áreas de atuação da ação popular para tudo que seja interesse coletivo. Acrescido a ação popular o cidadão tem ainda o direito a participação da vida pública (*todo o cidadão tem o direito de participar na vida política e na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por intermédio de representante livremente eleito...* Art. 52º da CRA).

A fiscalização sucessiva pode ser apresentada a todo tempo, Art. 28º LOPC.

A sentença ou decisão do TC em processo de fiscalização abstrata produz efeitos jurídicos-materiais e efeitos jurídico-processuais, que vão desde a vinculação da decisão (pois estas podem ter força de caso julgado (material e

²⁹ “A *acção popular*, sendo sempre uma *acção judicial* e neste sentido, a expressão do direito fundamental de acesso aos tribunais, distingui-se de todas as demais modalidades de acções pela amplitude dos critérios determinativos da legitimidade para a respectiva propositura”. OTERO, Paulo. **A acção popular: configuração e valor no actual Direito português**. In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 59,3 (1999).p. 871-872

³⁰Cfr. OTERO, Paulo. Op. Cit.,p.876

formal); força obrigatória geral; vinculam o legislador; vinculam o próprio TC e todos os tribunais) ate a repristinação da norma³¹.

2.4. Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o chamado *silêncio legislativo*³², foi introduzido pela LC de 1992, no seu Art. 156.º, e se mantém nos mesmos termos atualmente, Art. 232.º da CRA. *O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples «não fazer» a um simples «conceito de negação».* Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado³³. Também podemos entender a omissão legislativa como: *a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial*³⁴. A CRA circunscreveu a inconstitucionalidade por omissão as omissões legislativas suscetíveis de afetar a execução das normas constitucionais, podendo considerar-se inconstitucionais as omissões em que o legislador se abstém de densificar normas constitucionais que careçam dessa densificação para se tornarem exequíveis ou que o legislador se abstém de atualizar ou aperfeiçoar as normas³⁵.

Dispõem de legitimidade processual ativa para requerer a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão: O PR; 1/5 dos Deputados em efetividade de funções; o Procurador-Geral da República segundo o Art. 323º, 1 da CRA. A fiscalização por omissão pode ser requerida a todo tempo, Art. 33º da LOPC.

Relativamente aos efeitos dessa fiscalização o Art. 232º, 2 nos mostra que havendo uma decisão positiva de inconstitucionalidade, o TC do conhecimento da existência de uma omissão inconstitucional ao órgão

³¹ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.1009-1023

³² CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.1033

³³ Idem

³⁴ MIRANDA, Jorge. Op. Cit.,p.365

³⁵ MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.358-359

legislativo competente, tendo em vista a supressão da lacuna³⁶. A LOPC alarga esses efeitos ao estabelecer que para além de dar a conhecer ao órgão competente o TC deve indicar um prazo razoável para a supressão da lacuna ou inércia, Art. 35º. O TC não pode substituir o legislador de forma temporária, de modos a suprir imediatamente a omissão verificada. Esta solução advém da obediência ao princípio da separação de poderes³⁷, questiona-se, será que a LOTC ao estabelecer que o Tribunal deve fixar um prazo, não esta já a violar o princípio da separação de poder? Ou a criar uma forma de sentenças apelativas?

Jónatas Machado³⁸ entre outros, nos dizem que algumas orientações mais extremas, típicas do chamado novo processo legal (*new legal process*³⁹), defendem que da primazia da Constituição decorre, para o órgão de jurisdição constitucional, um dever de fixar um prazo ao Legislador para suprir a omissão inconstitucional (ate aqui enquadra-se na perfeição com o ordenamento angolano) e, uma vez transcorrido esse prazo substituir-se ao Legislador e adotar as medidas legislativas necessárias, no caso de o Legislador se mantiver inerte, quanto a este ultimo ponto a legislação angolana não nos diz nada, se o TC adotar as referidas medidas com certeza estará a atuar como Legislador positivo visto que o Tribunal substituiria o Legislador, estaríamos assim em presença de ativismo judicial.

³⁶ Como também nos mostra MACHADO, Jónatas E. M. Ibidem., p. 360

³⁷ Idem

³⁸ Ibidem.p.361

³⁹ Ver RONALD J. Krotoszynski Jr. *The New Legal Process: Games People Play and the Quest for Legitimate Judicial Decision Making*. In: Washington University Law Review. V.77, Issue 4 (1999).

Available at: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol77/iss4/1>

2.5. Fiscalização Concreta⁴⁰.

Sem descurar a crítica avançada supra⁴¹, da combinação dos artigos 177º, nº 1 e o Art. 180.º, nº 2, alíneas, d) e e), ambos da CRA, olhando em especial

⁴⁰ Afinal o que é isto de fiscalização Concreta? Também conhecido como controlo concreto, expressão que enquadra-se com a figura jurídica em causa pois que a validade das normas aqui é aferida diante de um caso concreto e não em abstrato. Para alguma doutrina esta é a melhor maneira de proceder ao controlo da constitucionalidade das normas, na medida em que o confronto com um caso concreto, com a inerente complexidade fáctica e normativa, permite uma melhor compreensão do sentido e do alcance de uma norma, bem como das respectivas falhas ou debilidades normativas diante dos problemas da vida. O controlo concreto apresenta-se como sendo um controlo difuso, ou seja, levado a cabo por todos os tribunais. Também se apresenta como sendo um controlo incidental pois a questão de inconstitucionalidade surge como um incidente processual no tribunal a quo. Também se apresenta como sendo um controlo sucessivo na medida em que é feito no momento em que a norma já está dentro do ordenamento jurídico. O controlo concreto verifica-se em sede de recurso. O Art. 180.º, nº 2 da CRA determina que compete ao Tribunal Constitucional apreciar em recurso a constitucionalidade das decisões dos demais tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade. O recurso a que se refere a Constituição é o recurso ordinário, Art. 36.º e ss da Lei Orgânica do Processo Constitucional. A fiscalização concreta também abrange o recurso extraordinário Art. 49.º ss da Lei Orgânica do Processo Constitucional (LOPC). Enquanto que na fiscalização concreta em sede de recurso ordinário o momento da impugnação da constitucionalidade da norma acontece depois de emitida a sentença ou acórdão só podendo recorrer-se da sentença final proferida pelo tribunal da causa Art. 36.º nº 3 da LOPC, já no recurso extraordinário o momento da impugnação só pode ocorrer no momento em que existir um acórdão de um Tribunal Superior que encerre o processo Art. 49.º único. Sendo assim o recurso ordinário não carece de recurso para o tribunal superior enquanto que o recurso extraordinário carece. No recurso ordinário o prazo é de 8 dias depois de notificada a decisão judicial Art. 38.º LOPC. No recurso extraordinário também é de 8 dias. No recurso ordinário o efeito da interposição do recurso é suspensivo, daí o carácter de ele se apresentar como um incidente processual, já no recurso extraordinário o efeito é suspensivo tratando-se de sentença e devolutivo tratando-se de ato administrativo.

⁴¹ Reiteramos a crítica e acrescentamos que no texto de apoio do TC, intitulado *os recursos de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional*, mostra que a fonte da fiscalização concreta não é a constituição mas sim a LOPC (lei nº 3/08 de 17 de junho, Art. 36º ss.), essa lei que era apenas para regular os processos de fiscalizações existente, acaba por criar uma nova forma de fiscalização, tanto é que neste texto de apoio a nenhum momento é citada a constituição como fonte da fiscalização concreta.

Sem descurar as críticas feitas a fiscalização concreta, está, inclui o recurso ordinário (artigo 36º ss. LOPC) e o recurso extraordinário de inconstitucionalidade (Art. 49º ss LOPC),

para as alíneas d), e e), reparamos que estas usam a mesma referência “*decisões dos demais tribunais*”, esta referência é um elemento estruturante do controlo concreto da constitucionalidade, que se apresenta como sendo um controle sucessivo, na medida em que é feito depois da entrada da norma em vigor; controlo incidental na medida em que a questão de inconstitucionalidade surge a título de incidente processual; controlo difuso⁴², ou seja levado a cabo por todos os tribunais, renuncia-se, portanto, a atribuição ao TC do monopólio da competência de rejeição de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade no sistema de controlo previsto na CRA, os juízes têm competência para decidirem sobre a questão da constitucionalidade, solução que difere da adotada noutros quadrantes (v.g. Espanha, Itália, Alemanha) em que aos juízes cabe apenas uma apreciação preliminar sobre o reenvio da questão da constitucionalidade para o TC. A solução adotada segue, contudo, de perto as regras consagradas na Constituição portuguesa e brasileira. Em Angola a questão da inconstitucionalidade chega ao TC por via de recurso, que é da iniciativa das partes ou do Ministério Público Art. 37º LOPC⁴³.

Estes recursos incidem sobre normas, sentenças e atos administrativos, diferente do ordenamento jurídico português como nos mostra Gomes Canotilho *O processo de fiscalização concreta de normas jurídicas, designado também por processo incidental ou acção de inconstitucionalidade (Richterklage⁴⁴) traduz a consagração do direito (e dever) de fiscalização dos juízes (judicial review) relativamente a norma a aplicar a um caso concreto⁴⁵*. Sendo que o *objecto do recurso não é a decisão judicial em si mesma, mas apenas a parte dessa decisão em que o juiz a quo recusou a aplicação de uma norma por*

⁴² Os recursos de inconstitucionalidade (ordinário e extraordinário) revestem de uma importância particular pelo facto de:... concretizarem a componente difusa do nosso sistema misto de controlo da constitucionalidade (envolvência de todos tribunais). Tribunal Constitucional. Os recursos de inconstitucionalidade para o tribunal constitucional (texto de apoio). Edijuris.2013.p.9

⁴³ Cfr. MACHADO, Jonatas E. M. Op. Cit.,p.347-349

⁴⁴ Judicatura, Tradução livre

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. Cit.,p.983

*motivo de inconstitucionalidade ou aplicou uma norma cuja constitucionalidade foi impugnada*⁴⁶.

Para alguma doutrina está e a melhor maneira de proceder ao controle da constitucionalidade das normas, na medida em que o confronto de um caso concreto, com a inerente complexidade fáctica e normativa, permite uma melhor compreensão do sentido e do alcance de uma norma, bem como das respetivas falhas ou debilidades normativas diante dos problemas da vida⁴⁷.

O controlo concreto, pela aura de legitimidade de que gozam diante dos cidadãos, acaba por constituir o meio mais eficaz de proteção dos direitos humanos;

Têm legitimidade para interpor recurso ordinário o Ministério Público e as pessoas com legitimidade para interpor o recurso, no recurso extraordinário no caso de sentenças o Ministério Público e as pessoas com legitimidade para interpor recurso ordinário, no caso de atos administrativos as pessoas com legitimidade para impugna-los contenciosamente. Os prazos para interposição dos recursos, são de 8 dias depois da notificação da decisão judicial para o recurso ordinário, é de 8 dias depois de notificado o Acórdão do Tribunal superior que incide sobre o ato administrativo.

Relativamente aos efeitos no recurso ordinário temos como efeito de interposição do recurso o efeito suspensivo, e quanto aos efeitos da decisão está faz caso julgado material. Quanto aos efeitos do recurso extraordinário os efeitos da interposição do recurso são suspensivos tratando-se de sentenças e devolutivos tratando-se de acto administrativo, quanto aos efeitos da decisão, este também configura um caso julgado material.

⁴⁶ Idem., p. 989, no mesmo sentido vai Jorge Miranda ao dizer que: *o objecto do recurso é sempre a constitucionalidade ou a legalidade de uma norma, não a constitucionalidade ou a legalidade de uma decisão judicial*. MIRANDA, Jorge. Op. Cit.,p.260

⁴⁷ MACHADO, Jónatas E. M. Op. Cit.,p.346

CONCLUSÃO

Concluimos que os processos de fiscalização da constitucionalidade são de vital importância na vida dos juizes e advogados, sendo que é importante conhece-los para uma melhor proteção dos tao sonhados e batalhados direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7,^a Edição, Almedina, 2003.

CORREIA, Adérito e SOUSA, Bornito. Angola: Historia Constitucional, livraria Almedina, Coimbra, 1996

MACHADO, Jonatas E. M., Costa, Paulo Nogueira da e Hilario, Esteves Carlos. Direito Constitucional Angolano, 2^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. Weak Form of Judicial Review – apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, nova Zelândia, Israel e Inglaterra. In: Revista Eletrónica do ministério público do estado de Goiás. Nº 3, 2012.p.42, acedido em www.dialnet.unirioja.es.

MIRANDA, Jorge – Teoria do Estado E da Constituição. Coimbra Editora,2002.

_____ Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição, tomo VI, 4^a edição, Coimbra editora, Coimbra, 2013.

LOURENÇO, Naldemar Miguel. Ativismo Judicial em Angola. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

OTERO, Paulo. **A acção popular: configuração e valor no actual Direito português.** In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 59,3 (1999).

RONALD J. Krotoszynski Jr. *The New Legal Process: Games People Play and the Quest for Legitimate Judicial Decision Making.* In: Washington University Law Review. V.77, Issue 4 (1999).

THOMASHAUSEN, André. O desenvolvimento, contexto e apreço da constituição de Angola de 2010. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. I- direito constitucional e justiça Constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Os recursos de inconstitucionalidade param o tribunal constitucional (texto de apoio). Edijuris.2013.

URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional, evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade, Almedina, Coimbra, 2013. ■

Código dos Contratos Públicos: a bússola através do preâmbulo

Angelina Teixeira¹

Advogada

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto proceder a uma abordagem ao Código dos Contratos Públicos vigente desde 1 de janeiro de 2018 através de uma «bússola» que nos conduzirá a uma forma possível de olhar para o diploma, onde, não raras vezes se esquece do «essencial» para se chegar ao «ideal» que é a prática diária mais eficaz

SUMÁRIO: A – dos objetivos preambulares do CCP; B – dos ventos da contratação pública | 1 – entidades adjudicantes | 2. júri do procedimento | 3. candidatos e concorrentes | 4. agrupamentos | 5. adjudicatário | C – da chegada à escolha do procedimento | D – a rosa dos ventos da tramitação de um procedimento concursal | E – da tramitação do procedimento de concurso público | F – da tramitação do procedimento de concurso público urgente

A – Dos objetivos preambulares do CCP

Em pleno verão quente de 2018 através do DL 111-B/2017, de 31 de agosto (doravante “CCP”) vimos aprovado na ordem jurídica nacional, aquele que muitos apelidaram de “Novo Código dos Contratos Públicos”². Na prática

¹ Mestre em Direito Administrativo na vertente da Contratação Pública e Formadora em Direito.

² Na prática tratou-se de uma revisão profunda, contando atualmente com a 15ª versão aprovada pelo DL 170/2019, de 04 de dezembro.

e tal como se lê no preâmbulo do referido diploma, o legislador apelidou como o primeiro diploma *“com um tal duplo objecto no ordenamento jurídico português, assumindo-se, por isso, como um importante marco histórico na evolução do direito administrativo nacional e, em especial, no domínio da actividade contratual da Administração”*.

Era reconhecida que as diretivas comunitárias de 2014 (as mais recentes na matéria), a cuja transposição demorou cerca de quatro anos, encontra-se rejuvenescida e uniformizada no que respeita aos regimes substantivos dos contratos administrativos.

Assim, e para uma melhor compreensão do referido diploma e aproveitando as «dicas» do legislador, podemos identificar alguns dos **principais objetivos do CCP**, nomeadamente:

- a) transposição das Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março³;
- b) criou um conjunto mais uniforme de normas relativas aos procedimentos pré-contratuais públicos (cujo conteúdo transcende a mera reprodução das regras comunitárias)⁴;
- c) recria uma linha de continuidade quanto aos principais regimes jurídicos vigentes⁵;
- d) conduz a uma modernização, visível, em três planos principais:
 - (i) investigação e desenvolvimento⁶; (ii) e-procurement e estratégia

³ Alteradas pela Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de setembro, e retificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de novembro.

⁴ Este Código emerge não só a transposição e concretização dessas regras, uma vez que o legislador comunitário deixou nas mãos do legislador nacional a livre decisão em vários domínios (em prol da tradição portuguesa e, nalguns casos, a rutura com o passado), aproveitando para regular ainda todos os procedimentos fora dos âmbitos objectivo e subjectivo das diretivas (e que revestem a natureza de procedimentos pré-contratuais públicos).

⁵ Destacando-se os Decretos-Leis 59/99, de 2 de março, 197/99, de 8 de junho, e 223/2001, de 9 de agosto, com o objetivo de salvaguardar a segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos.

⁶ Abreviando, o adjudicatário é obrigado a elaborar um ou vários projectos de investigação e desenvolvimento de forma direta com as prestações que constituem o objecto desse contrato, a materializar em território português.

nacional de compras públicas ecológicas; e (iii) áreas conexas (project finance, acquisition finance e asfinance)⁷.

e) simplificar procedimentos e modernizar a legislação (maior rigor e celeridade em matéria de contratação pública e de execução de contratos administrativos)⁸;

f) criação de uma cláusula geral onde abarca os contratos típicos regulados pelas diretivas comunitárias e os contratos de concessão de serviços e de sociedade⁹;

g) exclusão das regras da contratação pública à fase de formação de contratos quando verificada alguns pressupostos¹⁰;

h) rigorosa transposição da noção comunitária de «organismo de direito público»¹¹;

i) uniformização da nomenclatura e regras dos procedimentos concursais¹²;

⁷ O Código visa ajustar o regime da contratação e da execução dos contratos por ele abrangidos às técnicas de financiamento hoje em dia correntes, sobretudo no domínio dos contratos de concessão.

⁸ Relacionada com a actividade administrativa contratualizada e controlo da despesa pública.

⁹ Em relação aos quais o CCP autonomiza, designadamente, o regime substantivo.

¹⁰ A verificar-se nas seguintes situações: (i) a entidade adjudicante exercer sobre a actividade da entidade adjudicatária, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de (ii) a entidade adjudicatária desenvolver o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o referido controlo análogo (a comumente designada contratação in house).

¹¹ Tendo em vista acompanhar a jurisprudência comunitária e nacional sujeitando as entidades instrumentais da Administração Pública às regras dos procedimentos pré-contratuais públicos. Na verdade, falamos do âmbito subjectivo de aplicação a qualquer pessoa coletiva (NIPC) que, independentemente da sua natureza pública ou privada (NIF), tenha sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, e que seja financiada maioritariamente pelas entidades adjudicantes do sector público administrativo tradicional ou esteja sujeita ao seu controlo de gestão ou tenha um órgão de administração, direcção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de metade designados, directa ou indirectamente, por aquelas entidades. Lê-se no preâmbulo do CCP que a intenção do legislador foi abranger as entidades sem carácter industrial ou comercial, aquelas cuja actividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência.

¹² Ou seja, os procedimentos de ajuste directo, de negociação com publicação prévia de anúncio, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação e diálogo concorrencial.

j) revisão dos limites relativos ao valor do contrato em função do procedimento pré-contratual adotado¹³;

k) maior exigência ao nível da qualificação dos candidatos, em sede de concurso limitado e de procedimento de negociação, através de um duplo modelo (simples ou complexo) de qualificação¹⁴;

l) inovação e rigor quanto à metodologia de avaliação das propostas, segundo o qual, os factores densificadores do critério de adjudicação constituem a âncora de qualquer programa de concurso¹⁵;

¹³ Com a intenção de colocar termo à banalização dos procedimentos de tramitação “mais pesada e complexa” como é o caso do concurso público e o concurso limitado. Assim, para efeitos da determinação do valor do contrato, passamos a ter um sistema que não assenta em estimativas (salvo, raras exceções). Na prática deparamo-nos com uma regra de que a escolha do procedimento condiciona o valor do contrato a celebrar (valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o objecto contratual). Em 2018 passamos a dispor de uma concretização das regras especiais para a escolha do procedimento em função do tipo de contrato a celebrar ou da respectiva entidade adjudicante.

¹⁴ Espelhado da seguinte forma: (i) modelo simples, que corresponde à verificação do preenchimento de requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira fixados no programa do procedimento; e (ii) modelo complexo, que assenta num sistema de seleção de um número pré-definido de candidatos qualificados segundo o critério da maior capacidade técnica e financeira, através da utilização de um rigoroso modelo de avaliação das respectivas candidaturas. Ambos os modelos de qualificação garantem uma verdadeira e própria avaliação das capacidades técnica e financeira dos candidatos, implicando a emissão de um juízo valorativo sobre as mesmas.

¹⁵ E aqui chamamos especial atenção para a enunciação e publicitação que são essenciais, seja para os concorrentes (que melhor delinearão a estratégia e apresentação às regras do jogo), seja para a entidade adjudicante (forçada a colocar à luz do dia os factores evidenciadores da proposta economicamente mais vantajosa na ótica do interesse atingir). Contudo, é o próprio legislador a enunciar duas preocupações: (i) por um lado, é imperioso garantir que a enunciação e publicitação dos factores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação, bem como dos respectivos coeficientes de ponderação, se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, parâmetros que reconhecidamente dominam as tramitações procedimentais pré-contratuais; (ii) é fundamental assegurar a observância daqueles mesmos princípios ao longo da fase de avaliação das propostas, assim como durante as diligências que a preparam ou que se lhe seguem. É aconselhável assim que, a metodologia de avaliação deve, *ab initio*, constar do programa do procedimento, enumerando os factores e subfactores que justificam o critério de adjudicação, seguidas das ponderações em sintonia com os princípios gerais da contratação pública. Aqui, é de realçar que este CCP de 2018, confere especial importância aos âmbitos social e ambiental, na esteira, aliás, das orientações das diretivas comunitárias (sendo aconselhável que os requisitos mínimos de qualificação dos candidatos, bem como os factores que densificam o critério de adjudicação e ainda os aspectos vinculados do caderno de encargos dos procedimentos reflitam, ponderem e valorizem tais que interligam com o objecto do contrato a celebrar. A este propósito chamamos à colação a Estratégia Nacional de Acção de Compras Públicas

m) previsão expressa de que as cláusulas do caderno de encargos relativas aos aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência podem fixar os respetivos parâmetros base a que as propostas estão vinculadas¹⁶;

n) simplificação da tramitação procedimental pré-contratual através da aposta nas novas tecnologias de informação¹⁷;

Ecológicas que estabelece igualmente metas e objectivos para a Administração, no que se refere à introdução de critérios ambientais no procedimento de aquisição de bens e serviços pelo Estado, in <http://www.impic.pt/impic/pt-pt/noticias/estrategia-nacional-para-as-compras-publicas-ecologicas-2020-encpe-2020>.

¹⁶ Que podem respeitar ao preço a pagar pela entidade adjudicante, ao prazo de execução das prestações objecto do contrato ou às suas características técnicas ou funcionais, aconselhando-se que devem ser definidos através de limites mínimos ou máximos, por forma a delimitar a concorrência. Destacamos a figura do «**preço base**», definido como o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato a celebrar, elucidando o legislador que tem correspondência: **(i)** ao valor fixado no caderno de encargos como parâmetro base **(ii)** ao valor máximo do contrato a celebrar permitido pela escolha do procedimento (quando não é efetuada em função de critérios materiais), ou **(iii)** ao valor máximo até ao qual o órgão competente, por lei ou por delegação, pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar - consoante o que for mais baixo.

¹⁷ Pretendeu o legislador português realçar a adequada participação procedimental através de meios eletrónicos, num panorama em que o Governo continua a promover a desburocratização (extensível à contratação pública, pelo menos como intenção) forçando para o efeito, a criação de um sistema alternativo ao papel, encurtando os prazos procedimentais.

o) alteração do procedimento do diálogo concorrencial¹⁸, leilões eletrónicos¹⁹, acordos quadro²⁰, centrais de compras e os sistemas de aquisição dinâmicos²¹;

¹⁸ O procedimento de diálogo concorrencial pode ser adotado quando o contrato a celebrar, qualquer que seja o seu objecto, seja particularmente complexo, impedindo adotar o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação. Nesta medida, tem-se vindo a considerar que são «particularmente complexos» os contratos relativamente aos quais seja objetivamente impossível definir (i) a solução técnica mais adequada à satisfação das necessidades da entidade adjudicante com o contrato a celebrar (ii) os meios técnicos aptos a concretizar a solução já definida pela entidade adjudicante, ou (iii) a estrutura jurídica ou financeira inerentes ao contrato a celebrar. Este procedimento destina-se a facultar à entidade adjudicante a possibilidade de debater, com os potenciais interessados na execução do contrato a celebrar, os aspectos carecidos de definição (a impossibilidade objectiva de definir os referidos aspectos não pode, em qualquer caso, resultar da carência efectiva de apoios de ordem técnica, jurídica ou financeira de que a entidade adjudicante, devendo esta ser diligente).

¹⁹ Trata-se de uma fase facultativa a que entidade adjudicante pode recorrer nos procedimentos de concurso, quando esteja em causa a formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, destinando-se a facilitar aos concorrentes a melhoria dos atributos das suas propostas, relativos a aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos. De acordo com o legislador comunitário, no decurso do leilão electrónico, a entidade adjudicante não deve/pode divulgar, direta ou indiretamente, a identidade dos concorrentes que nele participam.

²⁰ Possibilidade de ser celebrado pelas entidades adjudicantes, isolada ou conjuntamente, com uma única entidade (quando se encontrem suficientemente especificados todos os aspectos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo) ou com várias entidades (quando o acordo quadro tenha por objecto a aquisição futura de diferentes lotes ou quando os aspectos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo não estejam todos contemplados ou não se encontrem suficientemente especificados). Tal celebração deve mostrar-se adequada aos fins a prosseguir pela entidade adjudicante, bem como ao tipo de obras, bens ou serviços em causa, sendo vedada a sua utilização nos casos em que impeça, restrinja ou falseie a concorrência.

²¹ O Código prevê que as entidades adjudicantes possam criar centrais de compras destinadas a: (i) adjudicar propostas em sede de procedimentos pré-contratuais destinados à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, a pedido e em representação das entidades adjudicantes; (ii) adquirir bens móveis ou serviços destinados a entidades adjudicantes, nomeadamente por forma a promover o agrupamento de encomendas de bens ou serviços; (iii) celebrar acordos quadro, também designados por contratos públicos de aprovisionamento, que permitam a posterior formação de contratos ao seu abrigo, por ajuste directo, por parte das entidades adjudicantes. Por seu turno, por sistemas de aquisição dinâmicos, são sistemas totalmente eletrónicos destinados a permitir às entidades adjudicantes a celebração de contratos de aquisição de bens ou de serviços de uso corrente, entendendo-se por tal aqueles bens e serviços cujas especificações técnicas são estandardizadas. O legislador ainda prevê a possibilidade de a entidade adjudicante recorrer, nos procedimentos de formação de contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos, a uma fase de negociações, decorrida da primeira avaliação das propostas.

p) integra a parte iii do Código um núcleo de normas comum a todos os contratos que revestem a natureza de contrato administrativo²²;

q) reforço claro e deliberado da autonomia contratual das partes (predominância normas de carácter supletivo);

r) tendência desregulamentadora (ex: domínio das empreitadas de obras públicas);

s) preocupação de preservação do *quid specificum* dos contratos administrativos²³;

t) maior rigor na gestão dos recursos públicos;

u) acentuada responsabilização dos intervenientes nas relações contratuais administrativas;

v) incentivo à boa gestão de recursos financeiros públicos e privados (como as normas relativas aos adiantamentos de preço, à revisão de preços e à liberação da caução) e regras relativas à repartição de responsabilidade durante a fase de execução;

w) atribuição dos direitos de *step in* e *step out*;

x) regulamentação das alterações societárias e o regime construído a propósito do exercício do direito de sequestro da concessão;

y) alterações do regime das empreitadas de obras públicas²⁴;

²² Revogando os art.ºs 178.º a 189.º do Código do Procedimento Administrativo. O título i da parte iii - e, por outro lado, é regulada a disciplina jurídica aplicável a certos tipos contratuais em particular e o título ii da parte iii: empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas e de serviços públicos, aquisição e locação de bens móveis e aquisição de serviços.

²³ Reveladores através dos seguintes pontos: (i) recorrente apelo aos imperativos de interesse público (por exemplo, na modificação e resolução contratuais); (ii) manutenção de importantes poderes do contraente público durante a fase de execução do contrato administrativo; (iii) criação de figuras como a da partilha de benefícios; (iv) criação de regras especiais para as situações de incumprimento do contraente público; (v) introdução de normas que versam, directa ou indirectamente, a repartição de risco entre as partes contratantes.

²⁴ (i) abandono da tradicional tricotomia «empreitada por preço global, por série de preços ou por percentagem», sem prejuízo de a entidade adjudicante poder desenhar as empreitadas com qualquer desses figurinos; (ii) clarificação do mecanismo de representação das partes e reforço dos

z) implementação de uma disciplina geral sobre concessões de obras públicas e de serviços públicos, sendo que a maior parte das regras são comuns a estes dois tipos contratuais;

aa) inclusão dos contratos de aquisição de bens móveis, de locação de bens e de aquisição de serviços nos contratos administrativos por determinação legal;

bb) consagração de um conjunto reduzido de normas injuntivas especiais aplicáveis à execução de contratos administrativos com este objecto²⁵;

cc) consagração de várias normas supletivas especiais aplicáveis à execução de contratos administrativos²⁶;

poderes do diretor de fiscalização da obra (antigo «fiscal da obra»); **(iii)** uniformização do regime de garantias administrativas do empreiteiro relativamente a eventos que devam ser formalizados em auto; **(iv)** previsão de um observatório das obras públicas, ainda que dependente de lei especial que o crie e discipline, através do qual se monitorizarão os aspectos mais relevantes da execução dos contratos de empreitadas de obras públicas; **(v)** consagração da regra de que incumbe ao dono da obra (e, no caso de empreitadas integradas em concessões, ao concedente, salvo estipulação em contrário) o procedimento administrativo de expropriação, constituição de servidões e ocupação de prédios necessários à execução dos trabalhos, ficando igualmente sob sua responsabilidade o pagamento das indemnizações devidas; **(vi)** previsão da regra segundo a qual as expropriações devem estar concluídas, na sua totalidade, antes da celebração do contrato, salvo quando o número de prédios a expropriar associado ao prazo de execução da obra tornem esta obrigação manifestamente desproporcionada; **(vii)** circunscrição dos casos em que se admite consignação parcial; **(viii)** racionalização, por via de limitações acrescidas por comparação com o que resultava do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, do regime dos trabalhos a mais, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões; **(ix)** redefinição do regime da responsabilidade por erros e omissões, que passa a assentar na regra de que o empreiteiro assume tal responsabilidade quando tenha a obrigação contratual ou pré-contratual de elaborar o programa ou o projecto de execução, excepto quando aqueles erros ou omissões sejam induzidos pelos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra; **(x)** limitações acrescidas em matéria de subempreitadas; **(xi)** reformulação substancial do regime de garantia da obra, que passa a variar consoante se trate de defeitos relativos a elementos construtivos estruturais (10 anos), a elementos construtivos não estruturais ou a instalações técnicas (5 anos) ou a equipamentos afetos à obra mas dela autonomizáveis (2 anos); **(xii)** previsão de um relatório final da obra; **(xiii)** clarificação do regime de extinção do contrato pelo dono da obra e pelo empreiteiro.

²⁵ Na prática, normas referentes: **(i)** conformidade dos bens a fornecer; **(ii)** obrigações do fornecedor em relação aos bens entregues; **(iii)** resolução pelo contraente público, estabelecendo-se, aqui, um prazo especial de três meses de mora na entrega dos bens findo o qual o contraente público pode resolver o contrato.

²⁶ Em especial: **(i)** normas relativas ao acompanhamento do fabrico; **(ii)** local e condições de entrega de bens; **(iii)** encargos gerais do fornecedor, com licenças, taxas, impostos, prestação de

dd) regulação dos aspetos relativos à venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, no que respeita à responsabilidade e obrigações do fornecedor e do produtor e aos direitos do consumidor;

ee) admissão de normas injuntivas ao regime da locação estabelecido no Código Civil²⁷;

ff) previsão de um conjunto de obrigações de reparação e manutenção que impendem sobre o locador privado;

gg) providência do contrato de aquisição de serviços assente numa remissão, em sede de contratos de aquisição de bens móveis.

B – Dos ventos da contratação pública

1. Entidades adjudicantes

Podemos começar por elencar os primeiros sujeitos dos procedimentos de adjudicação – entidades adjudicantes – plasmadas nos art.ºs 2º e 7º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Estando em causa a aquisição dos bens e os serviços que carecem para o desenvolvimento das respetivas missões, as entidades adjudicantes podem proceder à constituição de agrupamentos de entidades adjudicantes, que consistem no agrupamento de entidades nacionais ou de entidades nacionais e de entidades de outro ou outros Estados Membros da UE (art. 39º do CCP).

Na verdade, situações existem que podemos estar perante uma contratação conjunta, radicadas num interesse comum às entidades que se revestem de várias formas, podendo resultar da presença de interesses indivisíveis, ou seja, contratos de aluguer de equipamento por duas entidades que se juntam para realizar uma feira.

cauções, etc.; **(iv)** continuidade de fabrico; **(v)** direitos de propriedade industrial; **(vi)** resolução pelo fornecedor, estabelecendo-se que esta não determina a repetição das prestações já realizadas.

²⁷ Concretizando, temos as seguintes possibilidades: **(i)** indemnização por mora do contraente público nos pagamentos; **(ii)** cedência do gozo e sublocação do bem locado; **(iii)** resolução pelo contraente público, estabelecendo-se, aqui, um prazo especial de três meses de mora no cumprimento de obrigações de manutenção ou reparação pelo locador, findo o qual o contraente público pode resolver o contrato.

Por sua vez, podemos estar perante ainda interesses convergentes ou paralelos (contratos de empreitada de duas freguesias para pavimentação de um troço de estrada que pertence, em parte, a uma e, noutra parte, a outra)²⁸.

Desta feita, nos termos do art. 39º/1 do CCP, as entidades adjudicantes podem apresentar-se da seguinte forma:

- a) formação de contratos cuja execução seja do interesse de todas;
- b) formação de um acordo-quadro de que todas possam beneficiar;
- c) gestão conjunta de sistemas de aquisição dinâmicos; e
- d) aquisição conjunta utilizando catálogos eletrónicos.

O agrupamento de entidades adjudicantes representa o conjunto ou a agregação das entidades que se agrupam, ao qual não corresponde qualquer exigência de formalização.

Dando uma visão do que possa ser um agrupamento, trata-se de uma figura que, não tem órgãos, nem estruturas próprias, demarcando-se o CCP pela exigência, de entre as entidades adjudicantes agrupadas, a designação de cada uma delas como representante do agrupamento.

Relativamente ao órgão competente para a decisão de contratar, o Código dos Contratos Públicos é claro a evidenciar que se trata da entidade adjudicante, atribuindo-lhe a responsabilidade de emitir as decisões essenciais que acompanham o procedimento de adjudicação.

Comparativamente à competência para a decisão de contratar é o órgão indicado na lei orgânica ou nos estatutos da entidade adjudicante, conforme decorre do art. 36º/2 do CCP. Sempre que o contrato envolva o pagamento de um preço, o CCP esclarece no nº1 do referido preceito que tal competência

²⁸ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública*, Vol. II, CEDRIPE, Coimbra, 2010, p. 103 e segs.

cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar.

Chegados aqui, o órgão adjudicante é o órgão principal de todo o procedimento de adjudicação, desde o início deste, com a decisão de contratar, até à decisão de adjudicação (incluindo as fases pós-adjudicatórias, como a aprovação da minuta do contrato e outorga deste), concorrendo, em geral, a tomada de todas as decisões que tenham ou possam ter efeitos externos no procedimento, designadamente as seguintes competências:

- a. Decisão de contratar (art. 36º do CCP);
- b. Decisão de escolha do procedimento (art. 38º do CCP);
- c. Elaboração e aprovação das peças do procedimento, conformando, através destas, todas as regras e fases do procedimento (art. 40º/2 do CCP);
- d. Prestação de esclarecimentos aos interessados sobre as peças do procedimento, oficiosamente ou a pedido daqueles (art. 50º, nº5, al. a) e nº7 do CCP);
- e. Pronúncia sobre os erros e as omissões identificados pelos interessados, bem como a indicação dos respetivos termos de suprimento dos erros e omissões aceites (art. 50º, nº5, al. b) e nº6 do CCP);
- f. Retificação (alteração) e suprimento de erros ou de omissões das peças do procedimento (arts. 50º, nº5, al. b) e nºs 6 e 7, e 64º, nº1, ambos do CCP);
- g. Decisão sobre a prorrogação do prazo para apresentação de propostas (art. 64º/4 do CCP);
- h. Designação do júri do procedimento e de (eventuais) peritos ou consultores para apoiarem o júri (arts. 67º/1 e 68º/6 do CCP);
- i. Decisões de qualificação ou de exclusão de candidaturas, sob proposta do júri do procedimento,

constante de relatório deste (arts. 124º/4 e 148º/4 do CCP);

j. Decisão de não adjudicação (art. 79º do CCP);

k. Decisão sobre a dispensa da redução do contrato a escrito (art. 95º/2 do CCP);

l. Decisão de apresentação de ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar (art. 99º/1 do CCP);

m. Decisão sobre a aprovação da minuta contrato (art. 98º/1 do CCP);

n. Representação da entidade adjudicante na outorga do contrato (art. 106º/1 do CCP);

o. Apreciação e decisão de impugnações administrativas (art. 274º do CCP).

A possibilidade de delegação pelo órgão adjudicante de todas as competências que lhe são atribuídas pelo CCP ao júri do procedimento (exceto as do art. 69º, nº2) não significa que no júri sejam efetivamente delegáveis “todas as competências” do órgão adjudicante, exceto as indicadas.

Assim, estão fora da disponibilidade de delegação as competências do órgão adjudicante relativas a decisões anteriores ao momento em que o júri inicia o exercício das suas funções nos termos do art. 68º/1 do CCP²⁹.

Face ao exposto, se conjugarmos os art.ºs 109º, nº1 e 69º, nº2³⁰, podemos inferir que o órgão adjudicante estará habilitado a delegar no júri do procedimento todas as competências que lhe são atribuídas pelo CCP, à exceção das “competências indelegáveis” previstas na parte final do último art. acima referido.

²⁹ Veja-se a título meramente exemplificativo, não é delegável a competência para elaboração e aprovação das peças do procedimento, nem para a decisão de escolha do procedimento), bem como as competências para decisões a proferir após a cessação de funções do júri, o que se verifica com a decisão de adjudicação (v.g., competência para aprovação da minuta do contrato: art. 98º do CCP).

³⁰ Na ausência de menção do diploma legal a que se respeita, leia-se ao longo do texto “Código dos Contratos Públicos de 2018”.

2. Júri do procedimento

Entrando na figura do «júri do procedimento» podemos começar por dizer que se trata de um órgão administrativo temporário (cfr. art. 20.º/2, do CPA), constituído *ad hoc*, in casu, para cada procedimento, a quem é atida a incumbência de “conduzir o procedimento” (art. 67º/1 do CCP).

O júri é um órgão colegial que, quando a adjudicação é submetida à concorrência, promove, orienta e dirige a tramitação legal do procedimento de adjudicação e procede à análise e apreciação das candidaturas e das propostas³¹.

Relativamente ao órgão responsável pela instrução, o júri é, na maioria dos casos, trata-se de um mero órgão interno, que não exerce uma função decisória final, não lhe cabendo, no quadro das suas competências próprias, adoção de decisões com efeitos jurídicos externos³².

Ao júri cabe uma tarefa procedimental que reside na preparação de decisões finais e externas que outro órgão da entidade adjudicante irá tomar. No exercício das suas competências, esta figura, apresenta-se como um órgão funcionalmente independente, pois não se integra em qualquer ordenação hierárquica da entidade adjudicante³³.

Todavia, insurgindo o princípio de independência funcional, deixamos algumas notas que gostaríamos de deixar ao leitor:

1. As deliberações do júri são impugnáveis para o órgão adjudicante, podendo o órgão adjudicante confirmar, anular ou revogar as deliberações do júri (arts. 267º e ss., do CCP);

³¹³¹ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, 2ª Edição, Almedina, 2018, p. 351. O júri pode considerar-se o órgão instrutor do procedimento de adjudicação, cabendo-lhe a direção da instrução do procedimento, ou melhor, de uma parte da instrução do procedimento.

³² Que findem, qualquer assunto ou matéria que afete de forma direta e imediata a situação jurídica dos intervenientes no procedimento.

³³ Podemos afirmar que, não tem, por essa razão, o dever de acatar ordens, instruções ou diretivas de órgão adjudicante ou de outros órgãos sobre o modo como substancialmente exerce as suas competências próprias de instrução do procedimento.

2. Quanto as competências que o júri exerce ao abrigo de delegação do órgão adjudicante, recorde-se que a relação de delegação pressupõe uma supremacia jurídica do delegante (cf. art. 49º do CPA);

3. Os titulares do órgão adjudicante podem ser membros do júri (art. 67º/2 do CCP), mas com a consequência prevista no art. 69º/1/d) do CPA, ficando impedidos de participar naquela qualidade na tomada das decisões propostas pelo júri.

Face ao pano apresentado, o júri surge nas vestes de um órgão de existência obrigatória em todos os procedimentos de adjudicação (art. 67º, do CCP), porém, com algumas exceções (legais, não legais), a saber:

1. procedimento de ajuste direto (art. 67º/1 do CCP), em que é convidada apenas uma entidade e em que, por isso, haverá lugar à apresentação de apenas uma proposta (art. 112º/2 do CCP), facto que dispensa várias diligências procedimentais da competência normal do júri (v.g., elaboração de relatórios, realização de audiência prévia);

2. decisão do órgão adjudicante relativa à consulta prévia e concurso público urgente (art. 67º/3 do CCP): o órgão adjudicante pode decidir que os procedimentos sejam orientados pelos serviços da entidade adjudicante (conjugar com o disposto no art. 55º do CPA). Aqui, o serviço da entidade adjudicante ou o responsável do procedimento substitui o júri e todas as referências do CCP ao júri devem considerar-se feitas aos serviços³⁴;

3. o júri pode ser dispensado em todos os procedimentos em que tenha sido apresentada uma única proposta (art. 67º/4 do CCP)³⁵.

³⁴ O propósito da lei parece residir em aligeirar a exigência formal de instituição de um órgão específico para a condução do procedimento.

³⁵ A decisão de dispensar o júri, neste caso, ocorre já dentro do procedimento, após o decurso do prazo de apresentação de propostas. Essa decisão não altera a tramitação procedimental, que segue o curso normal, salvo no caso do procedimento de consulta prévia (art. 125º/2 do CCP). Também

Ora, do supra referido, podemos apelidar o júri como um “órgão colegial perfeito”:

1. só pode funcionar quando o número de membros (efetivos ou suplentes) presentes na reunião coincidir com o número de membros efetivos;
2. as deliberações são tomadas por maioria de votos, não é permitida a abstenção e os membros que votem vencido devem fazer constar da ata as razões da sua discordância;
3. pode ter um secretário, designado, de entre o pessoal dos serviços da entidade adjudicante, com a aprovação do respetivo dirigente máximo; e
4. o órgão adjudicante, a pedido do júri, pode designar peritos ou consultores para apoiarem o júri no exercício das funções, os quais, sem direito a voto, podem participar nas reuniões.

Quanto às competências próprias do júri dir-se-á que a existência do júri do procedimento, como um órgão autónomo, fica a dever-se ao propósito da lei de separar, por instâncias diferentes, a instrução do procedimento de adjudicação, enquanto tarefa de natureza técnica e instrumental, e a tomada de decisões finais, que definem a situação jurídica dos intervenientes no procedimento.

As competências próprias do júri apresentam-se, em geral, como competências para a prática de atos instrumentais, que desenvolvem uma função procedimental de reparação das decisões a tomar pelo órgão adjudicante:

- a. Proceder à apreciação das candidaturas (art. 69º/1/a) do CCP);
- b. Proceder à apreciação das propostas (art. 69º/1/b) do

aqui o júri é substituído pelos serviços da entidade adjudicante (art. 125º/1 do CCP para o caso da consulta prévia), podendo ser designado um responsável pelo procedimento (art. 55º do CPA).

CCP);

c. Proceder à apreciação de soluções no procedimento de diálogo concorrencial e projetos no procedimento de parceira para a inovação (art. 69º/1/c) do CCP);

d. Elaborar os relatórios preliminar e final de análise das candidaturas, das propostas e das soluções e projetos (art. 69º/1/d) do CCP);

e. Proceder à publicitação da lista de candidatos ou de concorrentes (arts. 177º/1 e 138º/1 do CCP);

f. Solicitar esclarecimentos aos candidatos ou aos concorrentes sobre as respetivas candidaturas ou propostas (arts. 183º/1 e 72º/1 do CCP);

g. Solicitar o suprimento de irregularidades das candidaturas e das propostas e proceder oficiosamente à retificação de erros de escrita ou de cálculo que as mesmas contenham (art. 72º, nºs 3 e 4 do CCP);

h. Realizar as audiências prévias dos candidatos ou concorrentes;

i. Apreciar e decidir as reclamações de candidatos ou de concorrentes não incluídos nas respetivas listas e fixar novos prazos de apresentação de candidaturas ou propostas. Neste caso (alias, o único caso previsto no CCP), o júri, ao decidir as reclamações, toma uma decisão com eficácia externa, que podem ser objeto de reclamação facultativa para o próprio júri ou de recurso administrativo para o órgão adjudicante (arts. 177º, nºs 3 e 4, 138º, nºs 3 e 4, 269º e 271º/2 do CCP).

O júri do procedimento detém as competências próprias, mas, além dessas, pode ser investido, por ato de delegação, no exercício de competências do órgão adjudicante. Neste sentido, o art. 69º/2 do CCP estabelece que cabe ainda ao júri exercer a competência que lhe seja delegada pelo órgão competente para a decisão de contratar.

Existe, contudo, competências do órgão adjudicante denominadas «indelegáveis»:

1. retificação (alteração) das peças do procedimento e suprimimento de erros ou omissões detetados pelos interessados e aceites pelo órgão adjudicante ou detetados e retificados oficiosamente³⁶;
2. decisões sobre erros ou omissões identificados pelos interessados³⁷
3. decisão de qualificação dos candidatos (arts. 187º e 188º do CCP);
4. decisão de adjudicação³⁸.

Refira-se que as deliberações do júri são atos de efeitos jurídicos internos, que produzem um resultado consumido dentro do procedimento de adjudicação e que irradiam os seus efeitos para as decisões que preparam da competência do órgão adjudicante (são meros atos preparatórios das decisões).

Isto explica que se conceba o júri como titular de competências para a prática de atos instrutórios, destinados à preparação das decisões do órgão adjudicante, destacando-se, entre estes, o relatório final do procedimento,

³⁶ Veja-se os artigos 50º/5/b) e nºs 6 e 7 do CCP.

³⁷ Os erros ou omissos identificados pelos interessados podem dar origem à retificação das peças do procedimento pelo órgão adjudicante ou podem ser rejeitados expressa ou tacitamente, nos termos do art. 50º/5/b) do CCP; a lei pretende que o órgão adjudicante assuma sempre a responsabilidade sobre as decisões relacionadas com erros e omissões das peças do procedimento, quer para corrigir estas peças, quer para manter o que nelas se estabelece.

³⁸ Interpretamos, neste âmbito específico, o conceito de decisão adjudicação, não no sentido técnico-jurídico estrito do art. 73º/1, mas antes no sentido de indicar a decisão de aprovação de todas as propostas que constam do relatório final do júri “para efeitos de adjudicação” (cf. arts. 124º/4 e 148º/4 do CCP), o que inclui a decisão sobre a ordenação e sobre a exclusão das propostas.

que contem o resumo final do procedimento, a proposta de adjudicação e a respetiva fundamentação³⁹.

A revisão de 2018 do CCP veio exigir que, antes do início de funções, os membros do júri e todos os demais intervenientes no processo de avaliação de propostas, designadamente peritos ou consultores que apoiem o júri⁴⁰.

Os membros do júri estão, nesta sua condição, abrangidos pelo sistema de impedimentos do art. 69º do CPA e, em concreto, pelas causas de impedimento previstas nas várias alíneas desse preceito (à exceção dos concursos de conceção e nos concursos de ideias, cujas deliberações do júri têm caráter vinculativo para a entidade adjudicante (cfr. art. 219º-E, nº3).

3. Candidatos e concorrentes

Os candidatos e os concorrentes podem ser vistos como “interessados” sendo detentores de um estatuto específico” nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.

Ora, nos procedimentos bifásicos (procedimentos que têm uma fase de candidatura e qualificação e, de seguida, uma fase de proposta e adjudicação, na qual participam os operadores económicos que tenham sido qualificados na primeira fase), os interessados apresentam uma candidatura e são, portanto, candidatos⁴¹.

Ao contrário da figura dos candidatos exclusiva dos procedimentos bifásicos, em todos os procedimentos de adjudicação há concorrentes⁴². Os

³⁹ As deliberações do júri do procedimento são suscetíveis de impugnação para o próprio júri, bem como suscetíveis de recurso administrativo para o órgão adjudicante (art. 271º/2 do CCP).

⁴⁰ Veja-se art. 68º/6) - têm de subscrever declaração de inexistência de conflitos de interesses, conforme modelo previsto no anexo XIII ao CCP, como forma de garantir a imparcialidade na atuação do júri.

⁴¹ O art. 52º do CCP define, justamente, como candidato “qualquer entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa na fase de qualificação de um concurso limitado por prévia qualificação de um procedimento de negociação ou de um diálogo concorrencial, mediante a apresentação de uma candidatura”.

⁴² Nos termos do art. 53º do CCP, “concorrente é a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta”.

candidatos e os concorrentes são entidades com personalidade jurídica (pessoas singulares ou pessoas coletivas).

4. Agrupamentos

Alem dos candidatos e concorrentes, também podem participar em procedimentos de contratação os «agrupamentos». Prescreve o art. 54º/1, do CCP que “podem ser candidatos ou concorrentes agrupamentos de pessoas singulares ou coletivas, qualquer que seja a atividade por elas exercida, sem que entre as mesmas exista qualquer modalidade jurídica de associação”.

O CCP não impõe a formação de agrupamentos, mas admite que os agrupamentos possam ser candidatos ou concorrentes às regras do «jogo» da contratação pública. Porém, impede que, ao mesmo procedimento, os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente sejam candidatos ou concorrentes isoladamente ou integrados em outro agrupamento candidato ou em outro agrupamento concorrente (art. 54º/2 do CCP).

Todos os membros do agrupamento são solidariamente responsáveis perante a entidade adjudicante relativamente à manutenção da sua proposta (art. 54º/3 do CCP) e o não cumprimento do dever de se constituir em associação, em caso de adjudicação (art. 54º, nº4, do CCP), é causa de caducidade da adjudicação (art. 105º/1) e constitui uma contraordenação grave (art. 457º/d) do CCP).

5. Adjudicatário

Adjudicatário é o concorrente, pessoa singular ou coletiva ou agrupamento de entidades, que apresentou a proposta adjudicada. É o concorrente cuja proposta foi aceite ou escolhida pelo órgão adjudicante. Em princípio, o adjudicatário será a “outra” parte do contrato a celebrar com a entidade adjudicante, o “cocontratante”.

São principais deveres do adjudicatário a apresentação dos documentos de habilitação (art. 81º do CCP), a prestação da caução (art. 90º), a

confirmação de compromissos de terceiros (arts. 77º/2/c) e 92º), a aceitação ou reclamação da minuta do contrato (arts. 101º e 102º), a constituição da associação pelos membros do agrupamento na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento (art. 54º/4), a outorga do contrato (art. 105º)⁴³.

Por sua vez, o adjudicatário tem como principais direitos a recusa da adjudicação se esta foi notificada após o decurso do prazo de manutenção das propostas (art. 76º/2 do CCP), a indemnização em caso daquela recusa relativamente aos encargos inerentes à elaboração da proposta (art. 76º/3), no caso de, por facto imputável à entidade adjudicante, esta não outorgar o contrato no prazo de 30 dias contados da aceitação da minuta (art. 105º/3, a desvinculação da proposta, a liberação da caução, a indemnização dos encargos inerentes à elaboração da proposta e prestação da caução⁴⁴.

C – Da chegada à escolha do procedimento

A decisão de escolha do procedimento de adjudicação deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar (art. 38º, do CCP), como atrás se referiu. É através dessa escolha que o órgão competente da entidade adjudicante “escolhe” o procedimento (tramitação) para efetuar a adjudicação.

Esta escolha deverá recair sobre um dos tipos de procedimentos de adjudicação indicados no art. 16º/1 do CCP:

- a. Ajuste direto (arts. 112º a 129º);
- b. Consulta prévia (arts. 112º a 129º);
- c. Concurso público (arts. 130º a 161º);
- d. Concurso limitado por prévia qualificação (arts. 162º a 192º);
- e. Procedimento de negociação (arts. 193º a 203º);

⁴³ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, ob. cit., p. 46.

⁴⁴ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, ob. cit., pp. 46 e 47.

- f. Diálogo concorrencial (arts. 204º a 218º);
- g. Parceria para a inovação (arts. 218º-A a 218º-D).

Na esteira das diretrizes da União Europeia, o CCP adota um princípio da tipicidade dos procedimentos de adjudicação: os procedimentos que a entidade adjudicante pode escolher consta de uma lista fechada (*numerus clausus*).

a) Noções gerais: ajuste direto e consulta prévia

O procedimento de *ajuste direto* é um tipo legal de procedimento de formação de contratos públicos em que a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta, podendo com ela negociar aspetos da execução do contrato a celebrar (art. 112º/2 do CCP).

Com a revisão do Código, os elementos distintivos deste tipo de procedimento são, essencialmente, dois: em primeiro lugar, o que resulta de se tratar de um procedimento baseado em convite (não em anúncio, como todos os outros, com exceção da consulta prévia) e, em segundo lugar, o facto de o convite ser dirigido apenas a uma entidade (nisto se distinguindo da consulta prévia).

O procedimento de «consulta prévia» é o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar (arts. 112º/1 e 114º/1, ambos do CCP).

Como o ajuste direto, a consulta prévia baseia-se num convite; diferentemente daquele, o convite tem de ser enviado a, pelo menos, três entidades.

b) Adoção segundo o critério financeiro

Podemos apelidar de «critério financeiro» as situações em que a entidade adjudicante escolhe, ou pode escolher, um determinado procedimento em função do valor do contrato a celebrar.

No momento em que lança o procedimento, a entidade adjudicante não terá, ainda uma ideia definitiva sobre o preço contratual, mas pode certamente estimar o valor do contrato (o chamado valor estimado do contrato).

Neste contexto, o valor estimado do contrato é o valor monetário que a entidade adjudicante estima, projeta vir a pagar. O valor estimado do contrato deve coincidir com o preço base, que é o montante máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações contratuais, que, em regra, tem de estar definido no caderno de encargos (art. 47º, nº1, do CCP).

No cálculo do valor estimado do contrato, o órgão adjudicante deve considerar as indicações que a lei fornece quanto à definição do preço base, indicações essas que constam do artigo 47º, nº2, do CCP.

O ajuste direto é admitido em função do valor do contrato nos seguintes termos:

- a) Contratos de empreitada de obras públicas de valor inferior a 30.000 € (art. 19º, al. d), do CCP);
- b) Contratos de locação, aquisição de bens ou aquisição de serviços de valor inferior a 20.000 € (art. 20º, nº1, al. d), do CCP);
- c) Contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos de valor inferior a 75.000 €, desde que a duração seja inferior a 1 ano (art. 31º, nº4);
- d) Outros contratos de valor inferior a 50.000 € ou sem valor, com exceção dos contratos de concessão de obras públicas, ou de concessão de serviços públicos, ou contratos de sociedade (art. 21º, nº1, al. c) e nº2 do CCP).

O procedimento de consulta prévia pode ser escolhido em função do valor do contrato nos termos seguintes:

- a) Contratos de empreitada de obras públicas de valor inferior a 150.000 € (art. 19º, al. c), do CCP);
- b) Contratos de locação, aquisição de bens móveis ou

aquisição de serviços de valor inferior a 75.000 € (art. 20º, nº1, al. c), do CCP);

c) Contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos de valor inferior a 75.000 €, desde que a duração seja inferior a 1 ano (art. 31º, nº4);

d) Outros contratos de valor inferior a 100.000 € ou sem valor, com exceção dos contratos de concessão de obras públicas, ou de concessão de serviços públicos, ou contratos de sociedade (art. 21º, nº1, al. b) e nº2, do CCP).

Nos casos de escolha de procedimento em função do valor do contrato, a fundamentação deve considerar-se bastante com a indicação da norma legal que autoriza a escolha no caso concreto. Deve ter-se presente os importantes limites à livre escolha das entidades a convidar consagrados nos nºs 2 a 5 do art. 113º do CCP.

O art. 113º/2 do CCP consagra a impossibilidade de serem convidadas a apresentar propostas “entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19º e alíneas c) e d) do nº1 do artigo 20º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”.

Ou seja, o limite em função do valor acumulado tem carácter trienal (ano económico e nos dois anos económicos anteriores), abrange indistintamente o ajuste direto e a consulta prévia e o valor do novo contrato que se pretenda celebrar por ajuste direto ou consulta prévia não é incluído no cálculo do preço contratual acumulado (cada tipo de procedimento tem um limite trienal próprio; cada operador terá duas “conta-correntes”: uma para ajustes diretos e outra para consultas prévias; os contratos de empreitada contam-se sempre autonomamente relativamente aos contratos de aquisição ou de locação de móveis e de aquisição de serviços).

No Estado e Regiões Autónomas, distingue-se entre gabinetes governamentais, serviços centrais, serviços periféricos e secretarias regionais para efeitos de aplicação do limite trienal (art. 113º/3, do CCP), já nos municípios distingue-se por serviço municipalizado (art. 113º/4, do CCP).

No caso de ajuste direto/consulta prévia adotados em função do critério do valor, as entidades convidadas não podem integrar agrupamentos (art. 117º/2/a), do CCP). O escasso valor do contrato, o caráter pessoal do convite e a possibilidade (inconveniente) de o agrupamento integrar um operador económico que a entidade adjudicante nunca convidaria. Mas se estas duas últimas razões forem válidas, então não se percebe a razão pela qual não deveriam valer para a regra geral do art. 17º/1.

Estabelece o nº5 do artigo 113º que “não podem ser convidadas entidades que já tenham executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores”.

Significa isto que:

i) o limite não se aplica a comportamentos juridicamente enquadráveis (p. ex., os descontos comerciais em contratos), mas inclui-se o que se tenha feito por preços simbólicos;

ii) a liberalidade tem de ser feita para a própria entidade adjudicante;

iii) não abrange a oferta de liberalidades ou doações feitas aos membros de uma entidade adjudicante, mas sim à própria entidade adjudicante;

iv) vale para qualquer ajuste direto ou consulta prévia, em função do valor ou de critério material;

v) regra geral para que uma prestação gratuita escape ao nº5 do art. 113º é necessário que a mesma esteja prevista no caderno de encargos do procedimento e, consequentemente, no contrato⁴⁵.

⁴⁵ A título exemplificativo, a obrigação de prestar formação profissional, como contrapartida da adjudicação de um determinado contrato); vi) se a entidade adjudicante exigir ao fornecedor que, fora do contrato, efetue uma qualquer prestação gratuita e o fornecedor aceder, ficará este sujeito à proibição de ser contratado.

c) Escolha do ajuste direto ou da consulta prévia segundo critérios materiais

Os arts. 24º a 27º definem os pressupostos materiais em que o procedimento de ajuste direto pode ser adotado, “seja qual for o valor do contrato a celebrar”: esta é a regra; contudo, como se adverte na parte final do art. 23º, a regra conhece “exceções expressamente previstas”.

Quer isto dizer que nos artigos 24º a 27º preveem-se situações em que a adoção do procedimento de ajuste direto depende quer da verificação de pressupostos materiais, quer do valor do contrato.

O artigo 24º refere os requisitos que permitem a adoção de ajuste direto para a celebração de quaisquer contratos, já os artigos 25º a 27º indicam os pressupostos que autorizam a adoção desse procedimento para a formação de contratos de empreitada de obras públicas (art. 25º), de locação ou aquisição de bens móveis (art. 26º) e de aquisição de serviços (art. 27º).

A. Ajuste direto ou consulta prévia para a formação de quaisquer contratos

Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode sempre adotar-se o ajuste direto quando se verificarem as seguintes circunstâncias:

i. Na sequência de procedimentos de concursos desertos:

O artigo 24º, nº1, al. a) do CCP admite a faculdade de recurso a ajuste direto no caso de o procedimento anterior ter ficado deserto, quer tenha sido no âmbito de um concurso limitado por prévia qualificação, pelo facto de nenhum candidato se ter apresentado, ou pelo facto de, num concurso publico, nenhum concorrente ter apresentado proposta.

As entidades adjudicantes dos setores especiais (referidas no art. 7º) podem adotar o ajuste direto (consulta prévia) na formação de contratos que digam direta e principalmente respeito a uma ou a varias das atividades exercidas nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, sempre que não tenham sido apresentadas propostas em anterior concurso público ou concurso limitado, ou procedimento de negociação – art. 24º, nºs 5 e 6.

ii. Na sequência de procedimentos abertos e concorrenciais em que todas as propostas foram excluídas:

O art. 24º, nº1, al. b) do CCP autoriza a adoção do ajuste direto (consulta prévia nos termos do art. 27º-A) na formação de qualquer contrato, quando em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento.

Devemos distinguir dois regimes de adoção de procedimentos de acesso restrito (ajuste direto ou consulta prévia) no caso de se verificar a exclusão de todas as propostas: em função do valor do contrato a adjudicar (i) se situar abaixo ou (ii) ser igual ou superior aos limites europeus.

No caso de contratos de valor inferior aos limiares europeus, pode adotar-se o ajuste direto, mas apenas “quando todas as propostas tenham sido excluídas com fundamento no art. 70º/2”, ou seja, tenham sido excluídas por “razões materiais”, isto é, por se ter considerado que se tratava de “propostas com irregularidades de fundo (na medida em que envolviam, no seu conteúdo, a violação de limites ou regras constantes das peças do procedimento, sobretudo do caderno de encargos) – art. 24º/2, do CCP.

No caso de contratos de valor igual ou superior aos limites europeus exige-se, em primeiro lugar, que o anúncio do procedimento anterior tenha sido publicado no JOUE e, em segundo lugar, que sejam convidados a apresentar propostas todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas com fundamento no art. 70º/2 – art. 24º/3, do CCP.

iii. Motivos de urgência imperiosa

O ajuste direto também pode ser adotado, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis para a entidade adjudicante, quando não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante (art. 24º, nº1, al. c), do CCP).

Conforme decorre da norma supracitada, os pressupostos que deverão estar preenchidos para que o recurso ao procedimento de ajuste direto seja legalmente admissível são os seguintes: i) acontecimento imprevisível e inesperado; ii) não imputável à entidade adjudicante; iii) que seja a causa de uma situação de urgência imperiosa; iv) impossível de cumprir nos prazos exigidos para outros procedimentos; v) e que por isso imponha a necessidade de realizar um ajuste direto, o qual deve conter-se nos limites do estritamente necessário.

Para que se possa adotar o procedimento com convite com este fundamento, exige-se que todas as condições anteriormente mencionadas estejam reunidas cumulativamente.

Refere Acórdão do TCAS de 21 de junho de 2007, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, que “a subsunção das circunstâncias do caso concreto aos pressupostos legais passa pela averiguação do sentido dos conceitos abstratos indeterminados utilizados na lei, a saber, razões de «urgência imperiosa» na decorrência de «acontecimentos imprevistos», «não imputáveis» à entidade adjudicante e em que o contrato é celebrado «na medida do estritamente necessário».

iv. Razões relativas ao objeto do contrato (aquisições para a prestação de serviços de telecomunicações, exclusividade do prestador ou do fornecedor):

Nos termos do artigo 24º, nº1, al. d) do CCP, um procedimento com convite (ajuste direto ou consulta prévia) pode ser adotado quando as prestações que constituem o objeto do contrato a celebrar se destinem, a título principal, a permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações.

Conforme se estabelece no art. 24º, nº1, al. e) do CCP, o ajuste direto pode ser adotado quando as prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões: i) o objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico; ii) não exista concorrência por motivos

técnicos; iii) seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual.

Conforme resulta da norma legal acima citada, a existência de apenas um operador apto a realizar a prestação contratual pode surgir, em primeiro lugar, nos casos em que esteja em causa a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico.

A Diretiva 2014/24/UE refere-se, neste caso, à criação ou aquisição de uma obra de arte ou espetáculo artístico “único”.

Na jurisprudência do Tribunal de Contas, tem sido excluído deste âmbito o domínio concreto da arquitetura. Com efeito, “muito embora a arquitetura possa ser considerada em geral como um ramo artístico, a mesma é objeto de tratamento autónomo no CCP. Para efeitos deste código, uma coisa é o domínio artístico outra é o domínio da arquitetura” [Acórdão nº3/2017, de 4 de abril de 2017, <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>]⁴⁶.

Entende o Tribunal de Contas que “O que o preceito consagra é a exclusividade de uma certa e determinada entidade para a prestação dos serviços em causa, por só ela ter a aptidão técnica ou artística necessária para os prestar. Ou seja, o ajuste direto apenas é admitido quando no mercado haja uma única entidade detentora de aptidão técnica ou artística capaz de prestar os serviços pretendidos. Ou dito ainda de outra forma: os serviços a prestar são de tal maneira exigentes do ponto de vista técnico ou artístico que só aquela entidade concreta, e mais nenhuma outra, detêm capacidade técnica ou artística para os prestar” [Acórdão n.º 20/07, de 20 de novembro, pesquisável em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>].

Na mesma linha temos a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Veja-se designadamente o seguinte trecho do Acórdão de 10 de abril de 2003 (Comissão/República Federal da Alemanha): “As disposições das Diretivas que autorizam derrogações às regras que visam garantir a efetividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector dos contratos públicos de serviços, devem ser objeto de interpretação estrita,

⁴⁶ Sobre esta matéria, cf. Pedro Fernández Sánchez, “A adoção (excecional) do ajuste direto por motivos artísticos para elaboração de projetos de arquitetura”, RCP nº10, 2014, p.43 e segs..

cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se. Pelo que as disposições das Diretivas que permitam aquela derrogação por razões técnicas ou artísticas apenas podem aplicar-se quando se provar que, por motivos técnicos, artísticos ou atinentes á proteção de direitos exclusivos, apenas existe uma empresa que está efetivamente em condições de executar o contrato em causa” [Acórdão do TJCE, 10-04-2003, in Coletânea de Jurisprudência 2003, p. I-03609].

Em segundo lugar, a norma admite que a inexistência de concorrência esteja associada a motivos técnicos.

Na jurisprudência do Tribunal de Contas, tem sido afirmado que “o ajuste direto radicado em «motivos técnicos» (...) só é admissível quando, no mercado, e atenta a complexidade e exigência dos serviços a prestar, exista uma única entidade disponível e com aptidão técnica para assegurar a respetiva prestação”⁴⁷

Por sua vez, o STA rejeitou o recurso ao ajuste direto, por exemplo, num caso em que, após o Tribunal de Contas, negar visto a um contrato de fornecimento de um sistema de informação hospitalar, cuja execução já se havia iniciado, a entidade adjudicante contratou diretamente com o mesmo cocontratante a execução da parte remanescente [cf. o Acórdão do STA de 21 de junho de 2011, Proc. 11/11, com resumo na RCP nº3, pp. 149 e segs.; vide, também, o Acórdão do TCAN de 8 de outubro de 2010, Proc. 03003/09.6BEPRT].

Por fim, o TJUE, no Acórdão de 14 de setembro de 2004 (Comissão/Itália), Proc. C-385-02 decidiu que não constitui motivo técnico para ajuste direto uma exigência de continuidade de trabalhos relativos a projetos complexos (construção de uma doca de expansão para retenção de cheias).

Em terceiro lugar, a lei considera o cenário em que o facto de a prestação apenas poder ser confiada a um único operador se deve à necessidade de

⁴⁷ Cfr. Acórdão nº24/2010, de 14 de setembro ou Acórdão nº25//2014, de 23 de julho, pesquisável em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>].

proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual (marcas, patentes, etc.).

A propósito de um acórdão relativo às condições aplicáveis à aquisição de especialidades farmacêuticas, o TJUE salientou que “não basta que os produtos e especialidades farmacêuticas em causa estejam protegidos por direitos de exclusividade; é preciso ainda que só possam ser fabricados ou fornecidos por determinado fornecedor. Com esta condição só é satisfeita no caso dos produtos e especialidades relativamente às quais não há concorrência no mercado, [o fundamento legal em questão] não pode, em nenhum caso, justificar o recurso, geral e indistinto, ao processo do ajuste direto para todos os fornecimentos de todos os produtos e especialidades farmacêuticas⁴⁸.”

Acrescenta o nº4 do art. 24º do CCP que o ajuste direto só pode ser adotado quando não exista *alternativa* ou *substituto razoável* e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar.

B. *Ajuste direto ou consulta prévia em função do tipo de contrato a celebrar*

Além dos casos em que pode ser utilizado nos termos do art. 24º:

- a) Quando se trate de contratos de empreitada de obras públicas, o ajuste direto pode ainda ser utilizado nos termos do artigo 25º do CCP;
- b) Quando se trate de contratos de aquisição de bens móveis, o ajuste direto pode ainda ser utilizado nos termos do artigo 26º do CCP;
- c) Quando se trate de contratos de aquisição de serviços, o ajuste direto pode ainda ser utilizado nos termos do artigo 27º do CCP.

⁴⁸ Cfr. acórdão de 3 de maio de 1994, Comissão/Espanha, Proc. C-328/92, in <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>.

No entanto, o novo limite à escolha do ajuste direto ao abrigo dos critérios materiais introduzido pelo art. 27º-A do CCP. A introdução desta limitação, designadamente quando esteja em causa a adoção do ajuste direto por razões de urgência, e o novo regime do contencioso pré-contratual urgente. As razões que poderão ser invocadas para fundamentar o recurso ao ajuste direto prendem-se com o confronto entre a razão da urgência, o risco procedimental e o risco processual (contencioso).

D – A rosa dos ventos da tramitação de um procedimento concursal

1. Do convite

O procedimento inicia-se com o envio de um convite à apresentação de propostas. Este convite contém uma regulamentação do procedimento (que substitui o programa do procedimento) e é acompanhado de um caderno de encargos. A escolha das entidades convidadas cabe ao órgão competente para tomar a decisão de contratar (art. 113º/1, do CCP).

O convite contém indicações obrigatórias, v.g., a identificação do procedimento e da entidade adjudicante, o fundamento de escolha do procedimento, o prazo e o modo para a apresentação de proposta (art. 115º/1 e 2, do CCP).

O convite deve indicar se as propostas apresentadas serão objeto de negociação e, neste caso, quais os aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante não está disposta a negociar e se a negociação decorrerá, total ou parcialmente, por via eletrónica e os respetivos termos. O convite deve ainda indicar o critério de adjudicação e eventuais fatores/subfactores que o densificam (dispensando-se o modelo de avaliação).

O convite deve ser formulado por *escrito* (art. 115º/4, do CCP). Para o convite e para a entrega da proposta não é obrigatória a utilização de plataforma eletrónica (art. 115º/4 do CCP). Os procedimentos poderão continuar a decorrer via fax ou por via e-mail, podendo ser fixado um modo diferente do previsto no art. 62º/1, através de qualquer meio de transmissão

escrita e eletrónica de dados (art. 115º/1/g) do CCP). Deve continuar a assegurar-se, no caso da consulta prévia, o envio simultâneo a todos os operadores.

2. Da apresentação das propostas

No decurso do prazo para apresentação das propostas, poderá haver lugar à solicitação e prestação dos esclarecimentos necessários à boa compreensão e interpretação das peças do procedimento, bem como à retificação de erros e omissões dos referidos documentos. Nos termos do disposto no art. 116º, quando o prazo fixado para a apresentação da proposta seja inferior a 9 dias, os esclarecimentos sobre as peças do procedimento podem ser prestados e as retificações das mesmas podem ser efetuadas até ao dia anterior ao termo daquele prazo.

Facultam-se às entidades convidadas a possibilidade de pedirem esclarecimentos sobre as peças do procedimento, facultando-se também à entidade adjudicante a possibilidade de introduzir retificações no prazo aí referido. Em regra, aplicar-se-á o art. 50º, podendo os esclarecimentos sobre as peças ser prestados e as retificações ser efetuadas até ao termo do segundo terço do prazo de apresentação de propostas.

Não há um prazo mínimo legal e imperativamente fixado para a apresentação das propostas. Ou seja, o prazo para a apresentação das propostas é o que for fixado no convite (art. 115º/1/f), do CCP), podendo ser um prazo inferior ou superior a 9 dias. A fixação do prazo está na discricionariedade da entidade adjudicante, mas tem de ser um prazo adequado/proporcionado.

Um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas pode também apresentar proposta em ajuste direto/consulta prévia, desde que um dos seus membros tenha sido a entidade convidada para esse efeito (art. 117º/1, do CCP). Contudo, se o procedimento for escolhido em função do valor, a proposta não pode ser apresentada por um agrupamento (art. 117º/2, do CCP).

No caso de consulta prévia, perante uma pluralidade de ofertas e desde que o convite disponha nesse sentido, o júri, após a análise das propostas apresentadas, conduz uma negociação que incidirá apenas sobre os atributos dessas propostas (art. 118º/1, conjugado com o art. 115º/2, ambos do CCP), ou seja, sobre os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e não sobre os termos e condições. Os concorrentes têm direito à negociação e dever de negociar.

Quanto às formalidades a observar dispõe o art. 120º do CCP: convocatória (nº1), formato adotado para as negociações (nº2), elaboração de atas (nº3) e dever de sigilo durante a fase de negociação (nº4). No que diz respeito ao modo de realização das negociações (nº2), trata-se de um critério discricionário da entidade adjudicante, podendo decorrer em separado, ou em conjunto com os diversos concorrentes. No nº4 consagra-se o princípio da alterabilidade das propostas: os concorrentes devem ter idênticas oportunidades de propor, de aceitar e de contrapor modificações das respetivas propostas durante as sessões de negociação. Quando ao modo de representação dos concorrentes nas negociações, os mesmos podem fazer-se representar, bem como fazer-se acompanhar de técnicos nas sessões de negociação (art. 119º do CCP).

Encerrada a negociação, o júri fixa o prazo para apresentação de versões finais integrais das propostas (propostas finais) – art. 121º do CCP.

As propostas finais devem obedecer a um duplo limite:

- I. As propostas não podem conter atributos diferentes dos constantes das respetivas versões iniciais no que respeita aos aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante tenha indicado não estar disposta a negociar (causa de exclusão – art. 122º/2);
- II. Depois de entregues as versões finais das propostas, não podem as mesmas ser objeto de quaisquer alterações: passa a valer inteiramente o princípio da inalterabilidade/intangibilidade das propostas.

3. Da avaliação das propostas

Após a apresentação das propostas finais, o júri analisa as propostas e procede à respetiva avaliação. Na consulta prévia, o órgão competente para a decisão de contratar poderá dispensar a existência de júri (art. 67º/3, do CCP). Em tal caso, os procedimentos são conduzidos pelos serviços da entidade adjudicante, assumindo os serviços a função de júri. Quando não exista júri ou este seja dispensado, deverá haver lugar à designação de um responsável do procedimento, nos termos do art. 55º do CPA.

Após a análise e avaliação das propostas, passa-se à “preparação da adjudicação”, começando o júri por elaborar um relatório preliminar, no qual reflete a análise das versões iniciais e finais das propostas e a aplicação do critério de adjudicação, ordenando as propostas ou propondo a sua exclusão (art. 122º, conjugado com o art. 146º, nºs 2 e 3).

4. Das fases subsequentes

O relatório preliminar é enviado a todos os concorrentes, sendo concedido às partes em «jogo» um prazo, não inferior a 3 dias uteis, para se pronunciarem ao abrigo do seu direito de audiência prévia (art. 123º, do CCP).

Findo o prazo fixado para este efeito, o júri elabora um relatório final, no qual decide manter ou modificar as conclusões constantes do relatório preliminar. Caso altere essas conclusões, terá de ouvir novamente os concorrentes interessados e, seguidamente, produzir um segundo relatório final (art. 124º/2, do CCP). O relatório final tem de ser enviado ao órgão competente para a decisão de contratar (art. 124º, nºs 3 e 4, do CCP).

5. Da adjudicação

Perante as conclusões finais do júri, o órgão adjudicante emite a sua adjudicação, escolhendo uma de entre as várias ofertas. A celebração do contrato é objeto de publicitação pela entidade adjudicante, no portal dos contratos públicos, sendo a publicitação da celebração do contrato condição

de eficácia do mesmo, independentemente de o contrato ter sido, ou não, reduzido a escrito (art. 127º/3 do CCP).

E – Da tramitação do procedimento de concurso público

O procedimento inicia-se com a decisão de contratar (art. 36º) e com a *publicação do anúncio* do concurso público no DR e no JOUE, quando seja exigível a publicidade internacional (arts. 130º e 131º/1). Há um dever de publicitação na plataforma eletrónica da entidade adjudicante (art. 133º, nºs 1, 2, 6 e 7).

A partir dessa data, são também disponibilizadas aos interessados as peças do procedimento: o programa do procedimento e o caderno de encargos (art. 40º conjugado com o art.132º).

Também aqui, a apresentação das propostas pode ser precedida da solicitação e prestação de esclarecimentos, bem como da retificação de erros e omissões das peças do procedimento pela entidade adjudicante. Ónus de os interessados identificarem os erros e as omissões do caderno de encargos, previsto no art. 50º do CCP. Neste preceito, há um princípio da prevalência dos esclarecimentos e das retificações sobre as peças do procedimento em caso de divergência.

Segue-se a apresentação de propostas pelos interessados e a publicitação de uma lista dos concorrentes e facultada a estes a consulta de todas as ofertas apresentadas.

Podem apresentar propostas pessoas singulares (art. 53º), pessoas coletivas (art. 54º) e agrupamentos (que podem ser concorrentes e agrupamentos de pessoas singulares ou coletivas, não havendo qualquer exigência de modalidade jurídica de associação).

Nos concursos públicos sem publicidade internacional, o prazo mínimo para a apresentação das propostas não deve ser inferior a 6 dias e nos concursos públicos com publicidade internacional no JOUE, o prazo mínimo não deve ser inferior a 30 dias (arts. 135º e 136º).

A publicitação das listas de concorrentes tem de ser feita no dia imediato

ao termo do prazo para a apresentação das propostas, sendo feita pelo júri na plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante.

De seguida, o júri procede à análise e à avaliação das propostas apresentadas. A tarefa do júri é dupla: analisa e avalia as propostas.

As propostas têm de ser analisadas tendo em vista a sua admissão ou exclusão (“saneamento do concurso/das propostas – art. 70º/2 do CCP). As causas de exclusão das propostas encontram-se explanadas nos arts. 70º/2 e 146º, ambos do CCP (remissão para a Fase de Elaboração do Relatório Preliminar).

O júri avalia as propostas em função do critério de adjudicação definido no programa de concurso, isto é, dos fatores e subfactores em que se decompõe o critério de adjudicação (arts. 74º e 75º do CCP).

O critério de adjudicação é o critério da proposta economicamente mais vantajosa: a melhor relação qualidade-preço ou só o preço ou custo. Há obrigatoriedade de elaboração de um modelo de avaliação quando o critério de adjudicação seja o da melhor relação qualidade-preço (arts. 132º/1/n) e 139º do CCP): o modelo de avaliação consiste na definição de fatores e subfactores e dos respetivos coeficientes de ponderação, e, ainda, relativamente a cada um dos fatores ou subfactores elementares, a respetiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática, ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição de pontuações parciais.

A admissibilidade do critério do mais baixo preço ou custo apenas quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço (ou o custo) a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objeto daquele. Ou seja: só é admissível o critério do mais baixo preço quando todos os aspetos da execução do contrato sejam definidos pela entidade adjudicante, não havendo qualquer outro aspeto, mesmo que não submetido à concorrência, que tenha de ser proposto pelos concorrentes (art. 74º/1/b) do CCP).

Quanto aos atributos das propostas e a noção de “aspectos submetidos à concorrência” atente-se no art. 56º/2. A distinção entre “termos e condições” (aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos) e “atributos das propostas” (aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos) - conjugação dos artigos 139º/3, com os artigos 56º/2, 74º, 75º e 57º, nºs 1 e 2, todos do CCP.

Para efeitos de análise e avaliação das propostas, o júri pode pedir esclarecimentos (art. 72º), com dois limites: i) os esclarecimentos não podem alterar ou complementar os atributos das propostas, ii) nem suprir omissões determinantes da sua exclusão: os esclarecimentos nunca podem servir para trazer informações a posteriori; esclarecer é apenas aclarar o que já está na proposta, não devendo ultrapassar-se esta fronteira para aproveitar o esclarecimento para trazer informação a posteriori⁴⁹.

No entanto, a possibilidade de suprir irregularidades formais não essenciais das propostas (art. 72º/3). Seguidamente, inicia-se o período de preparação da adjudicação, em que o júri começa por produzir um relatório preliminar (art. 146º/1 do CCP) propondo ao órgão adjudicante a ordenação das propostas e a eventual exclusão de algumas delas (art. 146º/2 do CCP).

São excluídas as propostas numa das seguintes situações:

- i Entregues fora de prazo;
- ii Entregues por um concorrente desrespeitando a proibição de uma mesma entidade participar, no mesmo concurso, com duas propostas (p. ex., um concorrente integrar um agrupamento e apresentar uma proposta isoladamente ou participar num outro agrupamento de concorrentes);
- iii Propostas entregues por um concorrente que esteja numa situação de impedimento (a possibilidade de a entidade adjudicante conhecer, por alguma forma, a situação de impedimento);

⁴⁹ Por exemplo, numa proposta volumosa não se consegue encontrar a página em que o concorrente apresenta o prazo.

iv Proposta na qual falte algum documento ou que viole algumas exigências formais nos documentos entregues (p. ex., o desrespeito da língua ou idioma previsto ou a falta de assinatura);

v Propostas apresentadas como variantes quando estas não sejam admitidas no programa do concurso, ou em número superior ao admitido, ou ainda quando não seja apresentada proposta base;

vi Quando se trate de propostas variantes, mas em que é excluída a respetiva proposta base;

vii Quando seja apresentada mais do que uma proposta e não sejam admitidas variantes (artigo 59º, nº 7);

viii Que desrespeitem as formalidades quanto ao modo de apresentação da proposta (artigo 62º);

ix Que sejam constituídas por documentos falsos ou que contenham falsas declarações;

x Que desrespeitem regras específicas constantes do programa do concurso para cujo desrespeito o programa preveja tal sanção;

xi As propostas que estejam numa das situações previstas no nº 2 do artigo 70º, que respeitam, não a razões formais, mas ao conteúdo da proposta: a) a não apresentação de algum atributo exigido pelo caderno de encargos; b) a proposta que contenha atributos que violem parâmetros do caderno de encargos ou que violem aspetos do caderno de encargos não submetidos à concorrência; c) com preço contratual superior ao preço base (o juízo de prognose reportado à fase da execução do contrato) ou com preço anormalmente baixo cujos esclarecimentos não tenham sido apresentados ou não tenham sido aceites; d) se conduzirem à celebração de um contrato que viole vinculações legais ou regulamentares; e) a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou

informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência; f) a impossibilidade de avaliação das mesmas em virtude da forma de apresentação de algum dos respetivos atributos.

Os concorrentes conhecem a causa ou causas da sua exclusão quando forem notificados do relatório preliminar e é só neste momento que vão ter oportunidade de se pronunciarem em audiência prévia.

O júri do procedimento elabora fundamentalmente o relatório preliminar após a análise das propostas e a aplicação do critério de adjudicação (art. 146º/1). O júri no relatório preliminar propõe a ordenação das propostas avaliadas, a exclusão das propostas com base num dos motivos já referidos (art. 146º, nºs 1, 2 e 3).

Elaborado o citado relatório preliminar, o júri envia-o a todos os concorrentes, fixando-lhes um prazo, não inferior a 5 dias uteis (art. 470º), para se pronunciarem, ao abrigo do direito de audiência prévia – art. 147º.

Ponderadas as observações dos concorrentes, o júri redige o relatório final, mantendo ou alterando as conclusões do relatório preliminar.

Resultando do relatório final uma alteração na ordenação das propostas, o júri procede a nova audiência prévia e prepara um segundo relatório final (art. 148º). Para o efeito, basta que tenha havido uma alteração da ordenação das propostas (p. ex., a classificada em segundo lugar passa para primeiro, ou a classificada em terceiro lugar passa para quarto).

Na sequência desta negociação, serão apresentadas as propostas finais, seguindo-se a elaboração pelo júri de um segundo relatório preliminar, a audiência prévia dos proponentes e, caso seja alterada a ordenação das propostas finais, a produção de um segundo relatório final (art. 149º e ss.). Trata-se de uma fase facultativa, que está na discricionariedade da entidade adjudicante.

Perante as conclusões finais do júri, o órgão adjudicante procede então à emissão do ato de adjudicação. A noção de decisão de adjudicação (art. 73º). A notificação da decisão de adjudicação a todos os concorrentes deve ser feita simultaneamente (art. 77º). O dever de adjudicar (art. 76º), as causas de não adjudicação (art. 79º) e as consequências da decisão de não adjudicação (art.

79º, nºs 3 e 4). A decisão de não adjudicação e revogação da decisão de contratar (art. 80º).

A notificação para a apresentação dos documentos de habilitação pelo adjudicatário (art. 85º). Os documentos relativos à inexistência de impedimento para contratar e eventual documento de habilitação legal para a execução do contrato é apresentada pelo adjudicatário (art. 81º). A habilitação decorre depois da adjudicação e todos os concorrentes que não venham a ser adjudicatários estão dispensados desta obrigação.

Se o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação a adjudicação caduca (art. 86º). Eventual prestação de caução pelo adjudicatário (art. 88º), que é sempre obrigatória nos contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante e em que o preço seja igual ou superior a 200.000 euros.

Quanto à finalidade da caução veja-se o art. 88º/1. Em regra, o valor da caução é até 5% do preço contratual. Se não for prestada caução, a adjudicação caduca (art. 91º). Eventual confirmação de compromissos assumidos por terceiras entidades relativamente a atributos ou a termos ou condições da proposta. Se os adjudicatários não confirmarem os compromissos, a adjudicação caduca (art. 93º).

Por fim, a celebração do contrato.

F – Da tramitação do concurso público urgente

Os artigos 155º e segs. disciplinam o chamado concurso público urgente: em certas condições, pode ser utilizado “em caso de urgência na celebração de um contrato de locação ou de aquisição de bens moveis ou de aquisição de serviços de uso corrente, ou de contratos de empreitada (...) desde que o valor do contrato a celebrar não exceda os limiares previstos no artigo 474º, no caso de locação ou de aquisição de bens moveis ou de aquisição de serviços, ou 300.000 €, no caso de empreitada de obras públicas; e o critério de adjudicação seja na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 74º”.

A urgência constitui o primeiro requisito para a utilização do concurso público urgente. Ora, a urgência surge como fundamento do desvio à tramitação normal dos procedimentos administrativos e constitui uma exceção à regra da concorrência nos termos gerais.

O conceito de urgência não se encontra determinado, pelo que deve ser objeto de interpretação caso a caso. De qualquer forma, para que tal situação possa ser considerada urgente, terá de ser imperiosa e imprevisível. Imperiosa no sentido de que a utilização do procedimento normal resultaria ineficaz ou revelar-se-ia incapaz de dar a necessária resposta em tempo oportuno. Imprevisível significando, não imprevidência, mas que a entidade adjudicante, com a diligência normalmente exigível, não devesse razoavelmente prever que essa situação se iria verificar; além disso, não deixa de ser possível a imprevisibilidade das consequências de um acontecimento previsível. Por fim, para que de uma situação de urgência se trate é necessário que a sua ocorrência seja alheia à entidade adjudicante, portanto independente da sua vontade, “desde que não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra⁵⁰”. Isto é, não basta que a entidade adjudicante não tenha criado essa situação, é necessário que, com a sua passividade, não tenha contribuído para a sua verificação ou, podendo, não a tenha impedido⁵¹.

Nas palavras de FREITAS DO AMARAL e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, o que caracteriza a urgência na atuação da Administração Pública é “o facto de ser uma categoria ordinária, ainda que eventual; o facto de implicar formas simplificadas de agir; o facto de dar origem ao exercício de um poder legalmente reconhecido à Administração para situações especiais impostas pelos factos. (...) A ação administrativa no quadro da urgência está, por isso, sujeita ao princípio da legalidade e os atos praticados no seu âmbito subordinados à satisfação dos fins ou interesses secundários prefixados na lei. Tem a ver com casos em que a Administração se vê confrontada com situações

⁵⁰ Na expressão do artigo 126º do anterior Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas.

⁵¹ Cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos contratos Públicos – Comentado e Anotado*, 6ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2017, p. 411.

factuais de perigo iminente e atual que ameace a satisfação de certo interesse público ou a satisfação prioritária de certos interesses públicos”⁵².

O Tribunal de Contas tem-se mostrado particularmente exigente quanto aos pressupostos da adoção de procedimentos adjudicatórios de tramitação simplificada com fundamento na urgência (cf. Acórdão n.º 2/2002, de 2 de março e Acórdão n.º 1/2005, de 1 de março⁵³).

Um segundo requisito prende-se com o facto de esta modalidade especialmente simplificada de procedimento, para além do contrato de empreitada de obras públicas, só é utilizável na adjudicação de contratos de locação, de aquisição de bens moveis ou de aquisição de serviços. Não poderá, assim, ser adotado para a adjudicação de contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos.

Um terceiro requisito é o de que o seu valor estimado não seja superior a 300.000€.

Finalmente, aquele procedimento pode ser adotado se, para além de se verificarem aqueles pressupostos, o critério de adjudicação for o do preço ou custo mais baixo.

O procedimento de concurso publico urgente tem uma tramitação especialmente acelerada.

Nos termos do nº2 do art. 156º, ao concurso publico urgente não é aplicável, nomeadamente, o disposto nos artigos 50º (esclarecimentos e retificação das peças), 64º (prorrogação do prazo para apresentação de propostas), 67º a 69º (júri do procedimento), 72º (esclarecimentos e suprimientos de propostas), 88º a 91º (caução), 138º (publicitação da lista dos concorrentes e consulta das propostas apresentadas) e 146º a 154º (preparação da adjudicação e negociação de propostas).

O concurso publico urgente é publicitado no Diário da República através de anúncio conforme modelo aprovado pela Portaria nº 371/2017, de 14 de

⁵² FREITAS DO AMARAL / MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo*, ROA, 59º, II, p.515.

⁵³ <https://www.tcontas.pt/pt-pt/Jurisprudencia/Pages/Jurisprudencia.aspx>

dezembro; a partir da data do envio, o programa do concurso e o caderno de encargos são disponibilizados na plataforma eletrónica (art. 157º).

Segue-se a apresentação de propostas. O prazo mínimo para o efeito é de 24 horas, no caso de aquisição ou locação de bens moveis ou de aquisição de serviços, e de 72 horas, no caso de empreitada de obras públicas, desde que o prazo decorra integralmente em dias úteis (art. 158º). O prazo da obrigação de manutenção das propostas é de 10 dias, não havendo lugar a qualquer prorrogação (art. 159º).

Os serviços da entidade adjudicante procedem à análise e avaliação das propostas: o artigo 155º/b) determina a adoção da modalidade de critério de adjudicação do preço ou custo prevista no art. 74º/1/b) do CCP.

Perante a proposta dos serviços, o órgão adjudicante profere a decisão de adjudicação, da qual devem constar os motivos da exclusão de propostas enumerados nos nºs 2 e 3 do artigo 146º (art. 160º do CCP).

“Só tem o direito de criticar aquele que pretende ajudar” (Abraham Lincoln). ■

Angelina Teixeira
angelinateixeira-53245p@adv.oa.pt

Uma Análise Multifacetária da Dupla Nacionalidade

José Vincenzo Procopio Filho

Advogado (Brasil)

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela
Universidade do Porto

RESUMO: A investigação presente - parametrizada na Queixa 007/2008, levada ao conhecimento do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) – intenta discutir a dupla nacionalidade como um direito fundamental em construção. Além das notas introdutórias, o trabalho fará, em capítulo inaugural, um relato de caso, destacando os aspectos factuais mais relevantes apresentados ao Tribunal Europeu. Posteriormente, em sede de desenvolvimento teórico, abordar-se-á, ab initio, o direito a dupla-nacionalidade sob a roupagem de Direito Fundamental e sua importância jurídica na atual conjuntura internacional, bem como o exercício de rejeição ao fenómeno da dupla nacionalidade por parte de alguns Estados-Nacionais e seus aspectos discriminatório. In fine, debater-se-á sobre os direitos políticos como bem jurídico a ser garantido pelos Estados em face da dupla nacionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Queixa 007/2008; Direito Internacional Público; Nacionalidade; Dupla Nacionalidade; Direitos Fundamentais; Direitos Políticos; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; Tanase x Moldávia.

RIASSUNTO: La presente inchiesta – esposta nell reclamo 007/2008 portato all’attenzione dela Corte Europea Dei Diritti Dell’Uomo (CEDU) – desidera discutere la doppia nazionalità come diritto fondamentale in costruzione. Oltre alle note introduttive, la inchiesta presenterà, in un capitolo di apertura, un caso clinico,

evidenziando gli aspetti fattuali più rilevanti presentati alla Corte Europea. Quindi, lo sviluppo teorico affronterà, ab initio, il diritto alla doppia nazionalità sotto le spoglie del diritto fondamentale e la sua importanza giuridica nell'attuale congiuntura Internazionale, nonché l'esercizio del rifiuto del fenomeno della doppia nazionalità da parte di alcuni stati nazionali e i loro aspetti discriminatori. Alla fine, i diritti politici saranno discussi come un diritto garantito dagli Stati di fronte alla doppia nazionalità.

PAROLE CHIAVE: Reclamo 007/2008; Diritto Internazionale Pubblico; Nazionalità; Doppia Nazionalità; Diritti fondamentali; Diritti politici; Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo; Tanase x Moldavia

A queixa em questão, analisada pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, colocou em contenda Alexandru Tanase, parlamentar moldavo titular, também, de cidadania romena; a República da Moldávia; e, como terceira interessada, a República da Roménia. Na lide, Tanase denunciou que a, à época, nova Lei Eleitoral da Moldávia (Lei nº 273), aprovada pelo Parlamento Nacional a pouco menos de um ano antes das eleições parlamentares, afrontou o disposto no artigo 3º do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem e, em simultâneo, o artigo 17 da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, normativos dos quais a Moldávia é signatária¹.

Cumprе esclarecer, visto que se trata de uma factualidade importante aduzida pela Corte Europeia, que de 1992, ano de sua independência da União Soviética, a 2003, ocasião em que se deflagrou uma ampla reforma constitucional, a República da Moldávia, seguindo a lógica ainda aventada no tortuoso período correspondente à Guerra Fria, não permitia, seja pela via constitucional ou infraconstitucional, a cumulação de nacionalidades pelos seus nacionais. Este facto, que teve lugar, como retro mencionado, na reforma constitucional do país em 2003 - harmonizando-se com a ocasionalidade de

¹ Case Tanase x Moldova. European Court of the Human Rights. Grand Chamber. Strasbourg, France. (2008). p.1-2. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98428>.

que aproximadamente 30% (trinta por cento) de sua população possuir dupla nacionalidade, fruto, sobretudo, da interação histórica de povos no interior do antigo bloco soviético - a Moldávia viu-se obrigada a adequar-se, de modo a flexibilizar seu estatuto de nacionalidade, abolindo a restritiva à dupla nacionalidade de sua Carta Política e inserindo um permissivo neste sentido em sua Lei de Cidadania².

Em análise estritamente casuística, da qual será fruto o excerto introdutório, a afronta suplicada pelo parlamentar moldavo teve lugar na condicionante de exercício passivo de sufrágio pelos cidadãos da Moldávia detentores de dupla nacionalidade, o que, em suma, representou um ataque frontal a fundamentalidade dos direitos políticos, mandamento importante da Convenção Europeia dos Direitos do Homem³. A violação em comento, portanto, previa como condicionante de acesso ao Poder Legislativo pelos candidatos binacionais ao Parlamento Moldavo a renúncia de seu outro estatuto de nacionalidade, de modo a garantir, pela intelecção do regramento, lealdade efetiva entre a Moldávia e seus representantes democraticamente eleitos, facto que só seria possível com o enquadramento em, tão somente, um estatuto de nacionalidade, no caso o moldavo⁴.

No caso em riste, Tanase viu-se obrigado a requerer, por intermédio de carta endereçada a representação consular da Romênia em Chisinau (capital da Moldávia), a renúncia de sua cidadania romena, o que foi determinante para a homologação de seu mandato pelo Tribunal Constitucional da Moldávia e, por conseguinte, a sua investidura no cargo, eis que fora eleito, em acirrado pleito, pelo Partido Liberal Democrático da Moldávia⁵.

Provocado, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem compreendeu que, apesar de a redação da Lei nº 273 ser suficiente clara e inteligível (além de atingir a finalidade de prezar pela lealdade irrestrita do representante

² Idbem, p.5.

³ Idbem.

⁴ Idbem, p.14.

⁵ Idbem.

parlamentar moldavo ao seu país) não se concebia razoável, notadamente por afrontar a cláusula atinente à promoção de eleições livres, temporalmente razoáveis e que expressem a livre expressão da opinião popular na escolha de seus representantes.⁶

Trata-se, pois, de uma manifestação contundente por parte do Tribunal Europeu, coadunando-se com os preceitos da Convenção Europeia, sobre a valorização dos direitos políticos, seja sob o ponto de vista de seu exercício ativo ou passivo. A disposição afrontada pela Lei Moldava teve lugar no artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Direitos do Homem de 20 de março de 1952. A eventualidade de a Lei Eleitoral da Moldávia, guardiã da restrição, ter sido, por evidente manobra política, aprovada e, logo posteriormente, ter entrado em vigência a menos de um ano antes das eleições parlamentares foi decisivo para que o Tribunal, em lúcida e acertada cognição, pugnassem pela atuação nociva do normativo doméstico ao direito de eleições livres, afinal não se vislumbra coerente que uma eleição, cujo objetivo consiste em eleger representantes que, em certa medida, personifiquem a identidade de um povo, tenha a sua regulação posta às claras a pouco menos de um ano antes de seu deslinde. Assinalou, ainda, que a Lei nº 273 não se harmoniza nem com a Carta Constitucional Moldava e tampouco com a Lei de Nacionalidade do país⁷.

Alicerçado em sua pacífica jurisprudência (Caso Podkolzina x Letônia, principalmente), o Tribunal aduziu que os Estados gozam, de facto, de considerável discricionariedade para determinar, no âmbito de seus sistemas jurídicos, o regramento atinente tanto às suas eleições legislativas como sobre a composição de seu órgão legislativo. Todavia, reconheceu que esta discricionariedade não tem efeito quando servir de instrumento para coibir a participação política de grupos e seguimentos étnicos do país, o que, por evidente, levando-se em consideração a aprovação e o início da vigência da Lei nº 273, restou aventado, constituindo-se, de igual modo, como um

⁶ Idem, p.12-13.

⁷ Idem, p. 15-16.

subterfúgio jurídico-institucional para impedir o acesso de partidos de oposição, muitos dos quais representantes da considerável parcela da população moldava portadora de mais de um estatuto de nacionalidade, ao Parlamento Nacional. Tal garantia, leia-se a de dar guarida a participação política plural, livre e soberana de um povo na eleição de seu órgão legislativo, é consagrada nas testilhas comunitárias das quais a Moldávia, consoante alhures mencionado, é subscritora (Convenção Europeia sobre Nacionalidade; Protocolo Adicional nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) e que são, ainda, por determinação de seu próprio regramento, superiormente escalonadas sobre suas normas internas⁸.

Noutro giro, a atuação do Governo Moldavo no sentido de buscar meios mais eficazes de estreitamento de laços com seus representantes, apesar de legítima, quedou-se incoerente, a medida que todo um esforço legislativo recente já fora despendido pela Moldávia no sentido de relativizar as amarras negativas à dupla-nacionalidade. Não se considerou, também, no entendimento da Corte, que criar óbices ao acesso de candidatos binacionais ao Parlamento da Moldávia, embora sob justificativa legítima (mas, *in casu*, não plausível), é impedir que uma considerável parcela da população nacional possa escolher ser representada por parlamentares que convergem com seus anseios e opiniões políticas, desvirtuando, de certo modo, a exercício passivo do direito fundamental de sufrágio.⁹

In fine, suscitou-se que a Comissão de Veneza e a Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa reconheceram o vetor discriminatório imposto pela Lei 273 e seu efeito lesivo ao direito de participação política de uma parcela considerável do povo moldavo. Foi esta, pois, a justificativa principal para que o Tribunal evocasse, sem prejuízo da afronta ao direito de eleições livres, a carga discriminatória impingida pela Lei 273, visto que a restrição imposta

⁸ Idbem, p.39.

⁹ Idbem, p.38. C.f. TIMMER, Alexandra - Tanase v. Moldova: multiple readings of a case concerning multiple nationality: 2010. Disponível em: <<https://strasbourgobservers.com/2010/05/12/tanase-v-moldova-multiple-readings-of-a-case-concerning-multiple-nationality/>>.

estabelece, sobejamente, diferenciação vertical entre cidadãos de um mesmo país, sendo garantido a plenitude dos direitos políticos destinadas aos cidadãos puramente moldavos, em detrimento daqueles, também igualmente moldavos, que detêm, graças a critérios, em sua maioria, consanguíneos, enquadramento em outro estatuto de nacionalidade.

II- Desenvolvimento Teórico

A- O direito de dupla-nacionalidade sob a roupagem de Direito Fundamental e sua importância jurídica para o exercício dos direitos políticos, pilares da cidadania.

Prima facie, frisa-se, com alicerce no *decisum*, que a pesquisa posta, nesta inaugural perspectiva de desenvolvimento teórico, propõe-se a discutir, e sobretudo aventurar-se (visto que se trata de uma questão ainda controvertida), a dupla nacionalidade como direito fundamental e, ainda, como factor importante para o exercício dos direitos políticos.

Convém pontuar, antes de qualquer consideração crítica, que entender os conceitos de nacionalidade, dupla nacionalidade e plurinacionalidade é medida imperiosa. Nacionalidade personifica-se, pois, no vínculo político-jurídico por meio do qual um indivíduo traduz o seu sentimento de pertencimento a um Estado, atraindo para si um conjunto de obrigações e direitos¹⁰. Classicamente (muito embora seja uma tendência atual, notadamente de considerável parcela da doutrina de Direito Internacional, rediscutir o alcance clássico de alguns conceitos, à exemplo da soberania), a nacionalidade constitui-se como um elemento importante da condição de cidadão, não se confundindo, em absoluto, com a cidadania, fazendo-se, portanto, necessário o discernimento

¹⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Internacional: raízes & asas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.80.

cristalino entre os dois institutos¹¹. Em juízo opinativo da pesquisa presente, portanto, a nacionalidade origina a cidadania que, por conseguinte, desenvolve-se sobre pilares próprios, sem, necessariamente, deixar para trás aquilo que, naturalmente, o originou (o dito elo entre o indivíduo e o Estado).

Em esteira diversa, dupla nacionalidade é o fenômeno jurídico que permite a um cidadão possuir vínculo jurídico com dois Estados, ao passo que a plurinacionalidade permite-lhe o acesso a mais de dois estatutos de nacionalidade¹².

Feitas as considerações conceituais pertinentes, convém adentrar-se, com mais profundidade, nos termos que a pesquisa propõe-se a percorrer. Com efeito, a dupla nacionalidade, mais precisamente a sua aceitação por parte dos Estados, está muito distante de ser uma construção recente, ao contrário, remonta - com maior precisão temporal - ao final da Guerra Fria - onde as concepções acerca da tolerância na convivência dentro de um mesmo território (no qual se encontra vigente um único e onipotente estatuto de nacionalidade) de cidadãos que, embora imersos sob os mesmos vínculos pessoais com aquele Estado, poderiam possuir requisitos que os interligassem com outro regime de nacionalidade - não efetivamente subsistia, constituindo-se como uma anomalia a ser guerreada¹³. Na mentalidade persistente de tempos mais antigos (na verdade, não tão antigos assim), a dupla nacionalidade ofendia a própria noção de soberania estatal, uma vez que para um Estado, efetivamente diligente do ponto de vista de suas prerrogativas, seria impossível conceber que um cidadão seu, e, portanto, a ele fiel, estivesse, também, sob o jugo de outro. A própria soberania serviu,

¹¹ COUTO, Ana Maria Ribeiro Gomes do. **A Dimensão Europeia da Cidadania Identidade, Formas de Participação e Representação**. Lisboa: Universidade Aberta, 2014. p.24-25.

¹² MATIAS, Talita Litza Molinet. **O direito de nacionalidade e a proteção internacional aos direitos humanos**. Revista Eletrônica Direito e Política v.2, n.3. Itajaí: 2007. p.118. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. CONVENÇÃO EUROPEIA SOBRE NACIONALIDADE. Diário da República I-A, n.º 55, de 06/03/2000. Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-europeia-sobre-nacionalidade-15>

¹³ SPIRO, Peter J. - **Dual citizenship as human right**. International Journal of Constitutional Law, vol. 8, edição 1. Oxford: Universidade de Oxford, 2010, p.111.

indiretamente, para frear uma mobilização supranacional – o que era inconcebível naqueles tempos – tendente a unificar (no sentido restritivo) os critérios de ascensão a estatutos de nacionalidade.¹⁴

Contudo, com o avanço da globalização e, mormente com a tendência natural de mitigação do sentimento de lealdade exclusiva ao Estado¹⁵ - tese, inclusive, levantada pela Moldávia como justificativa à restrição denunciada por Tanase, cuja concepção perdurava desde a Revolução Francesa, cenário onde sobrelevou-se o mandamento de lealdade irrestrita ao soberano como força maior na relação vertical Estado-Indivíduo¹⁶ - a rejeição a dupla nacionalidade, mesmo lentamente, vem perdendo clamoroso espaço.

Há de se destacar - por referir-se a um dos pontos mais nevrálgico da auto-afirmação da dupla nacionalidade, primeiro, como uma realidade e, posteriormente, com o devido esforço argumentativo, como direito fundamental – com certo paralelismo entre a teorização e a prática, os critérios de aquisição de nacionalidade. No universo *in concretum* da decisão europeia sob comento, portanto, a aquisição da nacionalidade romena por Tanase só foi possível, sem prejuízo do espírito estritamente legalista de seu enquadramento literal ao ordenamento romeno, graças ao reconhecimento identitário por parte da Romênia aos descendentes dos antigos habitantes da Tranístria como parte importante de sua história, condição na qual Tanase estava imerso. A existência desse vínculo e, por derradeiro, o reconhecimento deste pelo Estado Romeno, entrega a questão mais delicadeza, haja vista tratar-se de uma espécie originária de aquisição de nacionalidade mais ínsita a questão sanguínea e, na concepção da pesquisa, mais forte e, consequentemente, mais decisiva quando coloca-se à baila o caráter, e aí não

¹⁴ Idem, p.113.

¹⁵ PARKER, Joshua – Peter J.Spiro, **At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship**. European Journal of American Studies, edição 1. Salzburg: Universidade de Salzburg, 2017. p. 1.

¹⁶ Idem., p. 2.

mais de existência (ou de legitimidade) da dupla nacionalidade, mas de sua vocação de ascender como direito fundamental.

Doutrinariamente (com a licença de interrupção devida ao desenvolvimento crítico já alhures em curso), evocando-se a premissa de discricionariedade estatal da definição sobre quem viriam a ser seus nacionais, são possíveis, pelos Estados, a eleição de dois critérios de aquisição de nacionalidade, são eles: *ius solis*, envasado no aspecto estritamente territorial, ou seja, a nacionalidade será definida pelo local de nascimento do cidadão; e o *ius sanguis*, o “direito de sangue”, onde a nacionalidade depende da descendência sanguínea e não no local de nascimento¹⁷. Tanase experimentou o vilipêndio a uma de suas nacionalidades originárias, a romena, estabelecida pela conexão de seus familiares ao Tranístria e, de certo modo, a Romênia, visto que aquela já pertenceu a esta.

Retornando às considerações, após breve inserção conceitual, depreende-se que o direito à dupla nacionalidade, que tem – repise-se – status de direito fundamental ainda não pacificado, pode ser considerados como um direito ínsito à liberdade associativa¹⁸. Ora, o que é o direito a liberdade associativa senão a prerrogativa que o indivíduo tem de associar-se para fim determinado? Em se tratando de dupla nacionalidade, a discussão sobre liberdade associativa ganha ressalvas importantes, à medida que, é frequentemente associada à aquisição de uma nacionalidade por eleição (por naturalização)¹⁹. Todavia, este absolutismo doutrinário aparente desmorona-se diante da realidade de que uma nacionalidade originária – sobretudo à adquirida sob o signo do direito de sangue – pode, em casos não raros (como o de um indivíduo que, consanguineamente vinculado ao Estado, tenha nascido em outro), não ser absolutamente primária em sentido jurídico, pois,

¹⁷ BONANI, Suellen Aparecida. **Nacionalidade Originária e por Naturalização uma Perspectiva Luso-Brasileira**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2014. p.6.

¹⁸ SPIRO, Peter. op.cit p.1.

¹⁹ DIÓGENES, Daniel Cabó. **O Direito à Nacionalidade e a Proteção do Estrangeiro sob a Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 2015, Universidade de Coimbra. p.55-56.

mesmo se tratando de um direito de sangue, carece, para sua aquisição, de requerimento formal, o que, por evidente, dá-se após o seu nascimento, de modo que o indivíduo poderá ou não, motivado pela sua capacidade de escolha, optar por realizar o referido procedimento. Tome-se como exemplo um cidadão de um país regido pelo critério *ius solis*, cujo pai possui, além da nacionalidade des país, também nacionalidade italiana. Na ocasião de seu nascimento, é atribuída, juridicamente, a este cidadão à nacionalidade ínsita ao território que nasceu, ao passo que a nacionalidade seu pai, embora lhe dê o direito de ascender ao estatuto de nacionalidade italiana, não lhe pode ser imputada de imediato, visto que carece de um procedimento formal de requerimento junto ao Estado Italiano. Outrossim, há de se considerar que o cidadão referido tem o direito de não se submeter a burocracia intrínseca ao processo de aquisição de nacionalidade, ocasião em que o direito de sangue, diante da vontade soberana deste de não ser formalmente italiano, não é suficiente para incluí-lo como parte daquele país. Neste caso, e em muitos outros, a união entre o direito de sangue (para as nacionalidades originárias), os requisitos necessários de eleição de um solo (para nacionalidade por naturalização) e a livre associação é medular.

No caso em tela, Tanase optou, depois de comprovada a relação de seus antepassados com a Tranístria, em requerer a nacionalidade romena. A importância da liberdade associativa para a dupla nacionalidade é vital, seja para a sua sobrevivência ou, ainda, para sua alocação como Direito Fundamental.

Aliado à isso, o facto de a aquisição de uma nacionalidade (como a de Tanase) respeitar critérios de natureza sanguínea atrela-se, inevitavelmente, à questões inerentes à personalidade; a vida; a identidade, bens jurídicos, há muito, tutelados pelos diversos normativos internacionais conhecidos, e empresta a dupla nacionalidade, assim como a própria nacionalidade (já

consagrada como tal) feição de direito fundamental²⁰. Aqui convém, mencionar que a nacionalidade por naturalização, apesar de não ser erigida sobre o direto de sangue, guarda, na concepção da pesquisa presente, a mesma carga valorativa destinada à originária, visto que o facto de residir em determinado território e nele criar vínculos laborais, afetivos e familiares, constitui-se motivo suficiente para não tornar a nacionalidade por naturalização excluída do enquadramento²¹.

Isto posto, é cediço que a dupla nacionalidade não é, graças a lentidão com a qual se desenrola a celeuma doutrinária e a mentalidade (ainda resistente) de alguns Estados em sentido contrário, um direito fundamental na acepção palatável do termo, mas caminha para, em um futuro mediano, assim tornar-se. É viável, ainda, pugnar pela análise análoga da dupla nacionalidade como direito fundamental sob a ótica de uma imputação positiva deste caráter à nacionalidade²², de modo que se se concebê-las como únicas dentro de seu próprio universo de atuação, poder-se-iam vê-las, portanto, como desassociadas uma das outras e, portanto, vistas sob um prisma unitário. Em outras palavras, o efeito de um estatuto de nacionalidade só terá lugar dentro do território no qual vige, de modo que, se tomarmos como exemplo a relação do Estado Português com um cidadão unicamente brasileiro residente em seu território e portador de um título temporário de residência, o estatuto brasileiro de nacionalidade, sem prejuízo das tratativas internacionais (acordos de reciprocidade e afins), durante o período de residência, não teria qualquer valor jurídico frente ao Estado Português, eis que encontra-se espacialmente fora do Estado Brasileiro.

²⁰ SILVA, Jorge Pereira - **Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania: princípio da equiparação, novas cidadanias e direito à cidadania portuguesa como instrumento de uma comunidade inclusiva**. 1ª ed. Lisboa: Observatório da Imigração, p.90.

²¹ Idem, p.101.

²² SOARES JÚNIOR, Jair - **O direito fundamental à nacionalidade** [em linha]. Teresina, ano 15, nº 2425, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14387>>. Acesso em: 5 maio 2019.

In fine, partindo-se coerentemente da premissa de que da nacionalidade faz-se emergir a cidadania, pontua-se que a inclusão de um cidadão, seja em um, dois ou até mesmo em três estatutos de cidadania remete, necessariamente, a tutela de seus direitos políticos em todos os regimes²³. No caso patente, Tanase, imbuído do status de cidadão moldavo e romeno, teria o direito de ver garantida a sua participação política, ativa ou passiva, tanto na Moldávia quanto na Romênia, evidenciando o caráter altivo que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem empresta aos direitos políticos.

Destarte, considerar o direito a dupla cidadania como fundamental é acenar a uma tendência atual de relativização de paradigmas outrora inquebráveis e a absolutismos doutrinários temporalmente anacrônicos.

B- Rejeição à dupla nacionalidade e aspectos discriminatórios.

Após incansável empenho em deblaterar acerca da fundamentalidade do direito à dupla nacionalidade, insta salientar que o seu exercício, apesar dos esforços em sentido contrário, principalmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art.15), ainda é, por demais, tormentoso²⁴. Os diplomas internacionais são, aliás, em primeira medida, responsáveis pela tutela literal de não discriminação no campo da nacionalidade – seja na Europa, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo.14) ou pela pioneira Declaração Universal (artigo 7º)²⁵ – e, ao mesmo tempo, em segundo plano – à julgar pela Convenção de Haia de 1930 (art.1º)²⁶ – pugnam pelo exercício da discricionariedade estatal no que toca à atribuição de nacionalidade. Na Europa, contudo, principalmente após o decorrer do século XX já passado, desenvolveu-se a premissa de prioridade dos direitos humanos sobre a dita

²³ PARKER, Joshua. op.cit p.111.

²⁴ DIÁRIO DA REPÚBLICA (PORTUGAL) - **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>

²⁵ Idem, p.1.

²⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL) - **Decreto-Lei nº 21.798/1932**. Disponível em:<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21798-6-setembro-1932-549005-publicacaooriginal-64268-pe.html>>

discrecionalidade dos Estados, tendo como referência a Convenção Europeia sobre Nacionalidade (art.3º, nº 2)²⁷. A sobreposição, pois, trata-se de uma notável evolução, porém, apesar disso, ainda não há destreza suficiente para limitar, por completo, a reserva dos Estados sobre a matéria. Assim, por mais que se defenda (e a presente pesquisa o faz) a irrestrita aceitação da dupla nacionalidade, não é de bom alvitre olvidar que - diante de todas as relativizações, ressalvas e mitigações que se deve fazer - o Estado, em respeito ao que restou de sua discrecionalidade, remodelada, repise-se, pelo conceito pretérito de soberania (já superado), merece dispor - evidentemente, fiscalizado pelos instrumentos de direito internacional a fim de evitar-se abusos - sobre quem são os seus nacionais²⁸. Com efeito, a rejeição à dupla nacionalidade é, juridicamente, legítima e, moralmente, injusta. O fenômeno da expatriação, por assim dizer, personifica essa lógica e é um signo dos Estados que inviabilizam a cumulação de cidadanias.

Algumas culturas jurídicas, sobre as quais se alocou a Moldávia antes de sua reforma constitucional, arrimadas pela concepção clássica de soberania e, infelizmente ainda amparadas em um restritivos contidos no artigo 6º da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, insistem em refutar a cumulação de nacionalidade. A aquisição da nacionalidade ucraniana por naturalização, por exemplo, condiciona a renúncia, num prazo de dois anos, de sua nacionalidade anterior²⁹.

Ademais, cumpre abordar o binômio dupla nacionalidade e discriminação sob a perspectiva do argumento de que uma nacionalidade plural viola a igualdade, a medida que beneficia uns (aqueles amparados por mais de um estatuto de nacionalidade) em detrimento daqueles abraçados por

²⁷ DIÓGENES, Daniel Cabó op.cit p.58

²⁸ Idem, p.58

²⁹ Portal G1 (2017), “**Onde é permitida a dupla cidadania na Europa?**”, 31 de março. Consultado em: 05 de maio de 2019, disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/onde-e-permitida-dupla-cidadania-na-europa.ghhtml>>

um único regime³⁰. A discussão que se deve travar, neste caso, é similar àquela despendida para discutir a fundamentalidade da dupla nacionalidade utilizando o status já fundamental da nacionalidade: a fragmentação argumentativa. O acesso à mais de um estatuto de nacionalidade não deve ser, sob pena de se incorrer em heresia a já explicitada discricionariedade, democratizado (oponível a todos), mas justo, de modo a somente acessá-lo aqueles que, por requisitos jurídicos estabelecidos por um Estado, estejam aptos para tanto.³¹

No que toca à fragmentação argumentativa supraludida, permite vociferar que a análise de um estatuto de nacionalidade - em se tratando, sobretudo, de direitos políticos e demais garantias relevantes (residência, trabalho, permanência, estudo) - deve ser feita dentro do universo do próprio Estado ao qual pertence o estatuto. Tome-se como exemplo a hipótese de dois cidadãos brasileiros que decidem estudar em Portugal, onde um deles, além de brasileiro, é, por descendência paterna, italiano e o outro, por não possuir qualquer vínculo sanguíneo com qualquer dos países europeus, somente brasileiro. O primeiro, em relação à Portugal, tem facilitado seu direito de residência, em razão do passaporte europeu que possui. O segundo, a seu turno, deve, obrigatoriamente, seguir a *via crucis* da regulamentação de estrangeiros manejada pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. Desse modo, em relação ao Estado Português, detentor de um regime próprio de nacionalidade dual (portuguesa e europeia), o primeiro prevalece sobre o segundo por uma questão óbvia: é nacional de Estado da União Europeia. Esta desigualdade, todavia, deixando-se espacialmente o território da União Europeia e adentrando-se no território cujo regime é comum aos dois, não se vislumbra sob nenhuma matriz. Analisando os dois cidadãos brasileiros sob a égide do estatuto de nacionalidade do Brasil, a horizontalidade no tratamento é assegurada e completamente plausível, sendo inadmitida a discriminação,

³⁰ SPIRO, Peter. J. op cit. p. 111-112.

³¹ Idem. p. 112.

afinal, imersos no regime brasileiro, ambos dotam-se da mesma carga de direitos e deveres.³²

A discriminação que aqui se põe em causa é a mesma que vitimou Tanase e sua relação com o Estado Moldavo. A diferenciação entre cidadãos de um mesmo país dentro de um território, onde ambos possuem igual estatuto nacional, constitui efeito discriminatório, efeito este que, *in casu*, constituiu-se na restrição dos direitos políticos passivos de cidadãos moldavos. Seria um despautério conceder aos compatriotas moldavos de Tanase, por exemplo, o direito de voto nas eleições romenas, visto se tratar de um direito político aplicável a esfera de Tanase como cidadão romeno, independente de sua vinculação com o Estado Moldavo. Todavia, em análise oposta, deve-se garantir que Tanase tenha os mesmos direitos de seus compatriotas moldavos dentro da Moldávia, sob pena de autêntica prática discriminatória pelo Estado em apreço. Horizontalmente, cidadãos de um mesmo Estado devem ter, necessariamente, dentro dos limites territoriais destes, igualdade plena. O mesmo depreende-se quando se analisa, por detrás das fronteiras romenas, Alexandru Tanase em relação a um romeno.

O combate ao viés discriminatório, percebido e casuisticamente aplicado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, agasalha-se como a pedra-de-toque principal da justificativa retórica estatal contra a dupla nacionalidade. Argumentam os Estados que aceitar a ingressão de um cidadão seu a outro regime de nacionalidade é estabelecer assente desigualdade entre eles, o que, a princípio, seria verídico. No entanto, a tese tropeça na factualidade de que um Estado não pode ter ingerência, por amarrações legais, na faculdade que um outro Estado tem de definir seu regramento sobre nacionalidade. Esvai-se, ainda, sobre a premissa de que uma relação de desigualdade entre nacionais só poderá ser vista dentro de um espaço amostral determinado, no caso, o limite territorial do país que lhes fazem, entre si, comuns.

³² SPIRO, Peter, *Op cit.*, p.118.

Em outra esteira, apesar de ser uma eventualidade absolutamente lamentável, a exigência de expatriação praticada por alguns Estados, quando da aquisição de outra nacionalidade, constitui-se, em razão da margem de resistência legalmente estabelecida, como uma discriminação necessária. Em colimação, exigir que um indivíduo deixe de pertencer a um Estado para, de forma plena e irrestrita, vincular-se a outro é um exercício fiel de salvaguarda estatal a seu próprio ordenamento jurídico, cultura, tradição e afins, e, também, a livre associação, visto que, ao renunciar uma nacionalidade com o desiderato de ascender a outra, advém do poder de decisão individual da pessoa. Reconhece-se, pois, que é incoerente enxovalhar a expatriação (para fins de aquisição de uma nacionalidade estrangeira) e, ao mesmo, alicerçado na prerrogativa soberana e legítima que um Estado tem de definir o direito de sangue como critério, defender a fundamentalidade de um direito de dupla nacionalidade (o mesmo se pode afirmar em relação à árdua defesa da livre associação).

Posto isto, a convivência entre a discricionariedade e a mudança de mentalidade no tocante à dupla nacionalidade, como qualquer relação, não é elementar e, portanto, eiva-se de objeções.

3. Notas Conclusivas

Diante da odisseia argumentativa, nem sempre hábil, a bem da verdade, compete fazer extrair importantes extratos conclusivos.

Do ponto de vista casuístico, a decisão do Tribunal Europeu, no tocante a violação do Protocolo Adicional nº 3 da Declaração Europeia de Direitos do Homem, apesar de reconhecer certa discricionariedade da Moldávia na regulamentação de seu estatuto de nacionalidade, induz a jurisprudência internacional a tendência de relativização de alguns conceitos tidos, outrora, como absolutos pela ótica dos Estados.

O viés discriminatório, personificado na rejeição a dupla nacionalidade por alguns Estados, embora abominável do ponto de vista valorativo (inclusive da pesquisa presente), tem nascituro no exercício – já lenificado – da soberania estatal não havendo, pois, como, em razão da cultura jurídica e da história de muitos estatutos de nacionalidade, aboli-lo da vida prática, cabendo às Cortes Internacionais, à exemplo do que fez o TEDH no julgamento do caso Tanase x Moldávia, atuarem *in vigilando* no sentido de evitar práticas irrazoáveis. O que, de facto, corrobora com o viés discriminatório é que o Estado aceite à cumulação de nacionalidades por seus cidadãos, mas, em contrapartida, restrinja a eles o acesso à direitos inerentes ao estatuto de nacionalidade, estabelecendo clara diferencial horizontal entre este, detentor de mais de uma nacionalidade, e seus compatriotas, vinculados tão somente a uma nacionalidade. A restrição agrava-se quando a vedação impõe-se a direitos políticos, como no caso, em específico, de Alexandru Tanase.

A não positivação efetiva do direito a dupla-cidadania como uma nova matiz de direito fundamental caminha, a julgar pelas novéis concepções supranacionais, a certo anacronismo, de modo que é imperioso que normativos internacionais, advindo sobretudo de modelos que já aceitam a dupla-nacionalidade (com a clara intenção de fomentar a adesão de países que atualmente a rejeitam), sejam formulados no sentido de consolidá-la como direito fundamental.

In fine, a fundamentalidade do direito de dupla nacionalidade, sem prejuízo de sua análise análoga ao status fundamental da nacionalidade e dos demais aspectos esposados (ligação afetiva com o Estado; direito de sangue; extensão de personalidade individual; livre associação e afins), caminha, agora com um pouco mais de ligeireza a realidade fática.

4. Referências Bibliográficas

BONANI, Suellen Aparecida. **Nacionalidade Originária e por Naturalização uma Perspectiva Luso-Brasileira**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa (2014).

CÂMARA DOS DEPUTADOS (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL) – **Decreto-Lei nº 21.798/1932**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21798-6-setembro-1932-549005-publicacaooriginal-64268-pe.html>>

COUTO, Ana Maria Ribeiro Gomes do. **A Dimensão Europeia da Cidadania Identidade, Formas de Participação e Representação**. Lisboa: Universidade Aberta (2014).

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Internacional: raízes & asas**. Belo Horizonte: Fórum. (2017).

DIÁRIO DA REPÚBLICA (PORTUGAL) - **Declaração Universal dos Direitos do Homem** -Disponível em: < <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

DIÓGENES, Daniel Cabó. **O Direito à Nacionalidade e a Proteção do Estrangeiro sob a Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Coimbra, (2015).

EUROPEAN COURT OF THE HUMAN RIGTH. **Case Tanase x Moldova**. Grand Chamber. Strasbourg, France. (2008). Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98428>.

MATIAS, Talita Litza Molinet. **O direito de nacionalidade e a proteção internacional aos direitos humanos**. Revista Eletrônica Direito e Política v.2, n.3. Itajaí: 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. CONVENÇÃO EUROPEIA SOBRE NACIONALIDADE. Diário da República I-A, n.º 55, de 06/03/2000. Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-europeia-sobre-nacionalidade-15>>

PARKER, Joshua – **Peter J.Spiro, At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship**. European Journal of American Studies, edição 1. Salzburg: Universidade de Salzburg (2017).

SILVA, Jorge Pereira - **Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania: princípio da equiparação, novas cidadanias e direito à cidadania portuguesa como instrumento de uma comunidade inclusiva**. 1ª ed. Lisboa: Observatório da Imigração. (2004).

SOARES JÚNIOR, Jair - **O direito fundamental à nacionalidade** [em linha]. Teresina, ano 15, nº 2425 (2010). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14387>>.

SPIRO, Peter J. - **Dual citizenship as human right**. International Journal of Constitutional Law, vol. 8, edição 1. Oxford: Universidade de Oxford (2010).

PORTAL G1 - “**Onde é permitida a dupla cidadania na Europa?**”, 31 de março. (2017) Disponível em:<<https://g1.globo.com/mundo/noticia/onde-e-permitida-dupla-cidadania-na-europa.ghtml>>

TIMMER, Alexandra - **Tanase v. Moldova: multiple readings of a case concerning multiple nationality** (2010). Disponível em: <<https://strasbourgobservers.com/2010/05/12/tanase-v-moldova-multiple-readings-of-a-case-concerning-multiple-nationality/>>■

BIOGRAFIA DO AUTOR

José Vincenzo Procopio Filho é Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade do Porto. Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Docência no Ensino Superior pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade da Amazônia. Advogado brasileiro, inscrito na OAB/PA sob o nº 21.459. Advogado português, inscrito no Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados sob o nº 59953C.. Ex-Membro da Comissão de Jovens Advogados da OAB/PA. Ex-Membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/PA. Ex-Membro da Comissão de Justiça Desportiva da OAB/PA. Ex-Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PA. Ex-Diretor Executivo de Cultura e Memória do Paysandu Sport Club. Conselheiro Efetivo (licenciado) do Paysandu Sport Club. Email: vincenzoprocopio1990@gmail.com.■

Programa de Arrendamento (in)acessível: uma utopia em vestes de realidade

Angelina Teixeira

Advogada

Ana Pimenta

Advogada-Estagária

RESUMO: O Programa de Arrendamento Acessível (PAA) configura um instrumento de atuação para uma esperada renovação da Geração de Políticas de Habitação, tendo em vista garantir o acesso à habitação a todos os que não têm resposta por via do mercado, bem como a melhoria das oportunidades de escolha habitacionais e das condições de mobilidade no território entre os diversos regimes e formas de ocupação dos alojamentos e ao longo do ciclo de vida das famílias

SUMÁRIO: Capítulo I – Génesis do Programa de Arrendamento Acessível; Capítulo II – O direito constitucional à habitação; Capítulo III – Regime jurídico do Programa de Arrendamento Acessível; Capítulo IV – Alterações fiscais relativas ao arrendamento acessível; Capítulo V – Avaliação crítica: arrendamento (in)acessível?. Lista Bibliográfica.

Capítulo I

Génesis do Programa de Arrendamento Acessível

O presente artigo versará sobre o Programa de Arrendamento Acessível, que é um dos programas de política de habitação¹ que visa promover uma

¹ O Conselho de Ministros aprovou no dia 26 de abril de 2018, um pacote legislativo que representa mais um passo decisivo na concretização da Nova Geração de Políticas de Habitação, lançada pelo XXI Governo no final de 2017, tendo em vista a melhoria da qualidade de vida das populações, a revitalização das cidades e a promoção da coesão social e territorial. A Nova Geração de Políticas de Habitação ganha, assim, novos e decisivos instrumentos que vêm ajudar a cumprir o objetivo de

assegurar habitação acessível e digna a todos os portugueses. Para alcançar os objetivos definidos, foram aprovados os seguintes programas:

- 1.º Direito (Decreto-Lei n.º 37/2018, de 4 de junho) – Programa de Apoio ao Acesso à Habitação, através do qual se pretende, mediante a concessão de apoio público, criar as condições para proporcionar o acesso a uma habitação adequada a pessoas que vivem em situações habitacionais indignas e que não dispõem de capacidade financeira para encontrar uma solução habitacional no mercado;
- Programa de Arrendamento Acessível (Decreto-Lei n.º 68/2019, de 6 de junho), o qual visa promover a oferta alargada de habitação para arrendamento a preços reduzidos, de acordo com uma taxa de esforço comportável pelas pessoas e agregados. Pretende-se responder às necessidades de uma larga faixa da população com rendimentos intermédios, que têm dificuldade em obter habitação adequada no mercado sem entrarem em sobrecarga de custos, mas cujos rendimentos são superiores aos que permitiriam aceder a apoio habitacional público;
- Chave na mão (Resolução do Conselho de Ministros n.º 57/2018, de 8 de maio) – Programa de Mobilidade Habitacional para a Coesão Territorial, que visa facilitar a mobilidade habitacional das famílias atualmente residentes em áreas de forte pressão urbana e que queiram fixar-se em territórios de baixa densidade. Favorece-se, ao mesmo tempo, a oferta de habitação para arrendamento a custos acessíveis nas áreas de maior pressão da procura;
- Programa da Habitação ao Habitat (Resolução do Conselho de Ministros n.º 56/2018, de 7 de maio), a qual procura promover a integração socio territorial dos bairros de arrendamento público e a melhoria global as condições de vida dos seus moradores. O programa assenta em intervenções-piloto que terão como âncora soluções inovadoras de gestão integrada e participada, de concertação de objetivos de articulação das atuações das diferentes áreas governativas e entidades presentes nos bairros em questão, e de desenvolvimento de processos colaborativos de tomada de decisão e de construção de compromissos para a ação.

A par destes instrumentos, o Conselho de ministros aprovou um conjunto de diplomas que vão também ao encontro do objetivo de garantir acesso à habitação a quem não tem resposta por via do mercado, nomeadamente:

- Proposta de lei que estabelece taxas autónomas diferenciadas para os arrendamentos habitacionais com contratos de longa duração, alterando para o efeito o Estatuto dos Benefícios Fiscais. Estabelece-se um enquadramento fiscal com uma diferenciação progressiva que promover a estabilidade do arrendamento habitacional de longa duração, criando condições favoráveis à celebração de novos contratos ou à renovação de contratos existentes por períodos iguais ou superior a 10 ou 20 anos. Pretende-se incentivar uma oferta de habitação para arrendamento que responda a necessidades de longo prazo, em condições adequadas ao desenvolvimento da vida familiar, como uma verdadeira alternativa à aquisição de casa própria, salvaguardando a segurança e estabilidades dos agregados familiares que permaneceram ao longo de décadas numa habitação arrendada, sobretudo, das pessoas de idade mais avançada;
- Proposta de lei que procede a alterações legislativas em matéria de arrendamento urbano, onde se incluem medidas destinadas a corrigir situações de desequilíbrio entre os direitos dos arrendatários e dos senhorios, a proteger os arrendatários em situação de especial fragilidade e a promover a segurança e estabilidade no arrendamento.

oferta alargada de habitação para arrendamento a preços compatíveis com os rendimentos das famílias.

O Programa de Arrendamento Acessível tem sido visto como uma bandeiras das prioridades constantes do anterior Programa do XXI Governo Constitucional, que é precisamente a definição de uma Nova Geração de Políticas de Habitação², em que se pretende incentivar uma oferta alargada de habitação acessível para arrendamento.

Escreveu-se no mencionado Programa que “É necessário dar resposta às novas necessidades habitacionais, que hoje se estendem à classe média, em particular aos jovens, em consequência da quebra de rendimentos, do desemprego e da indisponibilidade do instrumento tradicional de acesso à habitação (crédito hipotecário fácil e barato).

Visa-se, em revezamento, promover uma oferta alargada de habitação acessível para arrendamento que, não sendo a habitação social tradicional, permite dar resposta às necessidades dos que, tendo meios para garantir um alojamento a custos acessíveis, se encontram hoje excluídos do mercado habitacional. Com este objetivo, o governo lançará um novo conceito de «habitação acessível», de promoção pública ou privada, cujos senhorios pratiquem valores de arrendamento moderados, isto é, com intuito lucrativo, mas abaixo do preço de mercado e enquadrados com os rendimentos médios dos agregados familiares.

Além destas medidas, foi ainda aprovado o regime extraordinário relativo ao abastecimento provisório de energia elétrica às habitações precárias que abrangem famílias em situação económica e social vulnerável. São assim criadas as condições para a ligação à rede pública de distribuição de energia elétrica e para a celebração dos contratos de fornecimento de eletricidade aos fogos integrados nos núcleos de habitações precárias identificados pelas câmaras municipais.

² A Resolução do Conselho de Ministros n.º 50-A/2018, aprovou o sentido estratégico, objetivos e instrumentos de atuação para uma Nova Geração de Políticas de Habitação.

Deste modo, pretende o Governo criar condições para os idosos, os jovens e as famílias se fixarem nos centros urbanos, próximos do trabalho, da escola, do comércio e das suas atividades de lazer.”³.

Proclama ainda conseguir-se dar resposta às necessidades habitacionais das famílias cujo nível de rendimento não lhes permite aceder no mercado a uma habitação adequada às suas necessidades, mas que é superior ao que usualmente confere o acesso à habitação em regime de arrendamento apoiado.

O objetivo é, portanto, na esteira do que vem dito o Governo, aumentar a oferta de casas a preços reduzidos face aos atuais valores de mercado que têm deixado muitas pessoas sem capacidade para recorrer ao arrendamento.

Assim, no âmbito da Nova Geração de Políticas de Habitação, o Governo, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 2/2019, de 9 de janeiro, e nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição da República Portuguesa, decretou o Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio⁴, que cria o Programa de Arrendamento Acessível, o qual entrou em vigor a 1 de julho de 2019.

Como instrumento de política de habitação, o Programa de Arrendamento Acessível, de adesão voluntária, visa incentivar a oferta de alojamentos para arrendamento habitacional a preços reduzidos, a disponibilizar de acordo com uma taxa de esforço comportável para os agregados habitacionais.

Para este fim, os alojamentos a disponibilizar no âmbito do programa devem observar limites máximos do preço de renda, nomeadamente uma redução face ao preço de referência de arrendamento neste estabelecido, cujo cálculo tem por base as características do alojamento e o valor mediano das rendas por metro quadrado divulgado com a última atualização divulgada pelo

³ Programa do XXI Governo Constitucional, 2015-2019, p. 136.

⁴ O Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio tem os seus alicerces na Proposta de Lei n.º 127/XII, pesquisável em www.parlamento.pt.

Instituto Nacional de Estatística, I. P., para a unidade territorial mais desagregada geograficamente que for divulgada por este instituto.

Além de aumentar a acessibilidade à habitação por porta dos agregados familiares, através do aumento da oferta de habitação para arrendamento a preços reduzidos, o Programa pretende reforçar a segurança, estabilidade e atratividade no campo do arrendamento habitacional, tanto do lado da oferta como da procura; e incentivar a manutenção das habitações em condições adequadas do ponto de vista da segurança, salubridade e conforto.

São também objetivos centrais do Programa de Arrendamento Acessível promover maior equilíbrio entre o setor do arrendamento e o da habitação própria, proporcionar respostas para as necessidades de mobilidade habitacional, por razões familiares, profissionais ou de estudo, e de mobilidade para territórios do interior, assim como melhorar o aproveitamento do parque edificado existente.

Aí se lê ainda que serão promovidas a acessibilidade no arrendamento para alojamento estudantil e a otimização da utilização do parque habitacional, mediante a possibilidade de integração no programa do arrendamento de partes de uma habitação, incentivando assim a convivência intergeracional e o complemento dos rendimentos dos proprietários.

Com a finalidade de promover os objetivos do programa e a adesão às condições por este estabelecidas, prevê-se ainda a isenção de tributação sobre os rendimentos prediais decorrentes dos contratos enquadrados no mesmo, mediante a verificação do cumprimento de certas condições, designadamente em matéria de preço de renda, duração mínima dos contratos, contratação de seguro, rendimentos e taxa de esforço dos agregados habitacionais, entre outras.

O Programa de Arrendamento Acessível é gerido pelo Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I. P. (IHRU, I. P.).⁵ que no âmbito das

⁵ Pesquisável através do sítio da Internet: <http://www.ihru.pt/>

suas atribuições pode dar de arrendamento alojamento de que seja proprietário, atuar em representação do proprietário, arrendar habitações para subarrendamento e subarrendar os respetivos alojamentos.

Capítulo II

O direito constitucional à habitação

*Habitação, de acordo com a lei internacional e nacional, significa ter uma casa, um local seguro, do qual não corremos o risco de ser expulsos e com acesso a serviços de saúde e educação apropriados, bem como a um emprego digno. É a base da estabilidade e segurança de uma pessoa ou família. O centro da sua vida social, emocional e, por vezes, económica. **A habitação é um direito humano** e não uma mercadoria como, por vezes e mais recentemente, tem sido encarada. Dispor de uma habitação condigna é considerada, universalmente, uma das necessidades básicas do ser humano - Adaptado de vários relatórios da ONU⁶ (negrito nosso).*

O artigo 65º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP) reconhece a todos os cidadãos o direito a uma habitação decente, para si e para a sua família, uma habitação que seja adequada ao número dos membros do respetivo agregado familiar, com condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar considerada no seu conjunto.

Para assegurar este direito à habitação, a Constituição comete ao Estado a realização de certas incumbências, designadamente, a de programar e

⁶ <https://ddesenvolvimento.com/portfolio/habitacao/>

executar uma política de habitação; a de promover a construção de habitações económicas e sociais; a de estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; e a de incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respetivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução (artigo 65.º, n.º 2).

Efetivamente, o direito à habitação, tal como está consagrado na Constituição, não terá um mínimo de garantia se as pessoas não tiverem possibilidade de conseguir habitação própria em condições compatíveis com os rendimentos das famílias, cumprindo ao Estado – enquanto sujeito passivo do direito à habitação – adotar os necessários instrumentos de satisfação ou de concretização do direito em questão⁷.

Como se sublinhou nos Acórdãos n.ºs 130/92, 131/92 e 32/97 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, Vol. 21.º, p. 495 a 512 e Vol. 36.º, p. 203 a 208), o direito à habitação consiste no “*direito a ter uma morada condigna*”, que a Constituição consagra como direito fundamental no artigo 65.º, dentro do capítulo dedicado aos direitos e deveres social (Capítulo II do Título III da Parte I)⁸.

O direito em questão é de inegável importância, de per si. A este propósito, veja-se a sua consagração, entre outros, no artigo 25.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), e no artigo 11.º, n.º 1, do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC); note-se ainda a sua conexão com outros direitos fundamentais (v. g., a relevância da habitação para a preservação da reserva da intimidade da vida privada e familiar plasmada no art. 26.º; o direito à habitação deve ser conjugado com o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado vertido no art. 66.º; a referência do artigo 65.º a uma habitação destinada à família e que preserve a realidade familiar é

⁷ Cfr. CANOTILHO, J., e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, p. 345.

⁸ In www.dgsi.pt

coerente com a tutela constitucional da família que se extrai do artigo 36.º e, na sua dimensão positiva, do artigo 67.º).

Acresce que o direito à habitação assume incontestável valor na medida em que constitui uma decorrência da dignidade da pessoa humana, afigurando-se indispensável para a efetivação de outros direitos fundamentais, tais como a reserva da intimidade da vida privada. Na expressão do Conselho Constitucional francês, a possibilidade de todas as pessoas disporem de uma habitação condigna constitui um objetivo constitucional que prolonga e reforça o princípio da dignidade da pessoa humana⁹.

O direito à habitação, entendido como o direito a ter uma morada decente ou condigna, é um direito fundamental de natureza social. Em diversos segmentos do artigo em causa sublinha-se justamente a “dimensão prestacionista do Estado, a qual pode ser alcançada diretamente, através da atuação do Estado como «promotor» de habitação, quer indiretamente, enquanto «indutor» de habitação, apoiando a iniciativa quer dos entes públicos autónomos (designadamente as autarquias locais – n.º 4 do artigo 65.º), quer da iniciativa privada (alínea c) do n.º 2), quer da iniciativa cooperativa ou das comunidades locais (em especial, a denominada autoconstrução” – alínea d) do n.º 2)¹⁰.

Na qualidade de direito fundamental de natureza social, o direito à habitação “pressupõe a mediação do legislador ordinário destinada a concretizar o respetivo conteúdo” (Acórdão n.º 829/96, Proc. n.º 389/93, Relator Conselheiro Vítor Nunes de Almeida¹¹).

⁹ Decisão n.º 94-359 DC, de 19 de janeiro de 1995, mencionada por Pierre Lambert em “Le Droit de l’Homme à un Logement Décent”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, Ano 12, n.º 45, janeiro 2001, p. 49.

¹⁰ Cfr. MIRANDA, J. e MEDEIROS, R. (2010), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora.

¹¹ Pesquisável em www.dgsi.pt

A Constituição prevê diversas formas de prossecução do direito à habitação nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 65.º. A promoção de uma política da habitação não passa apenas pela construção de habitações económicas e sociais. Incumbe também ao Estado, por expresse imperativo constitucional, adotar medidas para estimular a construção privada e para incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais, sociais e cooperativas. Além disso, o n.º 3 do artigo 65.º legitima, de modo especial, a adoção de uma política de estabelecimento de um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de uma política de acesso à habitação própria.

É neste contexto de política de rendas que facilite o acesso à habitação através do mercado de arrendamento que surge o Programa de Arrendamento Acessível. que pretende dar resposta às necessidades habitacionais das famílias cujo nível de rendimento não lhes permite aceder no mercado, atualmente bastante inflacionado, a uma habitação adequada às suas necessidades, mas é superior ao que confere o acesso à habitação em regime de arrendamento apoiado.

Capítulo III

Regime jurídico do Programa de Arrendamento Acessível

A. Âmbito de aplicação, finalidade e prazos mínimos de arrendamento

Nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio, o Programa de Arrendamento Acessível aplica-se aos seguintes tipos de contratos:

a) contratos de arrendamento habitacional de prédios urbanos, de partes de prédios urbanos, de partes urbanas de prédios mistos e de frações autónomas que sejam da propriedade de entidades públicas ou privadas;

b) contratos de arrendamento para subarrendamento habitacional de prédios urbanos, de partes de prédios urbanos, de partes urbanas de prédios mistos e de frações autónomas, quando o arrendatário seja o Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I.P. (IHRU, I.P.); e

c) contratos de subarrendamento habitacional de prédios urbanos, de partes de prédios urbanos, de partes urbanas de prédios mistos e de frações autónomas, quando o senhorio seja o IHRU, I.P..

Os contratos de arrendamento no âmbito do PAA podem ter a finalidade de «residência permanente», cujo prazo mínimo é de 5 anos, renovável por período estipulado entre as partes, ou de «residência temporária de estudantes do ensino superior», em que o prazo do arrendamento tem como mínimo a duração de 9 meses (cfr. artigo 6º do diploma que cria o PAA).

O Programa de Arrendamento Acessível determina que a disponibilização de um alojamento pode processar-se nas modalidades de «habitação¹²» (uma casa ou um apartamento) ou de «parte de habitação¹³» (um quarto, com direito de utilização das instalações sanitárias, da cozinha, da sala e de acesso ao exterior) e, em ambos os casos, para qualquer das finalidades previstas (artigo 9º do citado diploma).

B. Beneficiários

Do lado dos senhorios, qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, pode inscrever alojamentos na plataforma eletrónica do Programa de

¹² Considera-se «habitação», a unidade autónoma, fechada por paredes separadoras, onde se desenvolve a vida pessoal, podendo corresponder a um prédio urbano, a parte de um prédio urbano não constituído em propriedade horizontal, à parte urbana de um prédio misto ou a uma fração autónoma (artigo 4º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio).

¹³ Considera-se «parte de habitação», o quarto situado no interior de uma habitação, compreendendo o direito de utilização de todos os espaços não afetos ao uso privativo de outros quartos, designadamente da cozinha ou área de preparação de refeições, das instalações sanitárias, da sala e do acesso ao exterior (artigo 4º, alínea h), do Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio).

Arrendamento Acessível, desde que os mesmos cumpram os limites de rendas e as condições mínimas de segurança, salubridade e conforto estabelecidas.

De igual modo, também os estudantes ou formandos inscritos em cursos de formação profissional podem ser candidatos, mesmo que não possuam rendimentos próprios, desde que o pagamento da renda seja assegurado por pessoa com rendimentos.

Na qualidade de arrendatários, qualquer pessoa ou conjunto de pessoas (uma família, um grupo de amigos, etc.), pode registar uma candidatura a alojamento no âmbito do PAA, desde que o seu rendimento anual bruto seja inferior a um valor máximo definido pelo programa.

C. Candidatura a alojamento no âmbito do PAA

A candidatura é feita na plataforma eletrónica do Programa de Arrendamento Acessível mediante a prestação das informações e a apresentação dos elementos instrutórios definidos na Portaria n.º 175/2019, de 6 de junho.

A cada candidatura corresponde um agregado habitacional e cada candidato¹⁴ apenas pode integrar uma candidatura com registo ativo, sendo eles responsáveis pela veracidade e pela atualidade das informações e dos elementos por si apresentados no registo da candidatura.

O âmbito da candidatura é definido com base nas informações prestadas no respetivo registo, compreendendo o intervalo de preço da renda admissível, a tipologia de alojamento máxima admissível e a modalidade de alojamento.

¹⁴ Considera-se «candidato», qualquer um dos elementos do agregado habitacional maior ou emancipado que aufera rendimento igual ou superior ao valor da pensão social do regime não contributivo, sem prejuízo do disposto no artigo 13º (artigo 4º, alínea d), do Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio).

O registo da candidatura é titulado por um certificado emitido pela plataforma eletrónica do Programa de Arrendamento Acessível, válido por sete dias corridos a contar da data da sua emissão e renovável enquanto o registo da candidatura se mantiver eficaz.

D. Requisitos para proprietários

Os proprietários têm que cumprir limites máximos do preço de renda, que correspondem a 80% do valor de referência do preço de renda dessa habitação, ou seja, uma redução de 20%, considerando fatores como área, qualidade do alojamento, certificação energética, localização e valor mediano das rendas por metro quadrado, divulgado pelo Instituto Nacional de Estatística, I. P. (INE, I. P.).

No que toca a parte de habitação, o limite específico de preço de renda aplicável corresponde a 80% do valor de referência do preço de renda dessa parte de habitação, tendo em consideração o valor de referência do preço de renda da habitação onde se insere o alojamento, a área e qualidade do quarto.

A par da redução de 20% da renda do mercado, o Governo definiu o limite geral do preço de renda por tipologia, que resultou no posicionamento dos municípios por seis escalões (v. infra.).

Cumprindo com estas condições, os proprietários beneficiam de uma isenção total sobre os rendimentos prediais resultantes de contratos de arrendamento ou subarrendamento habitacional enquadrados no Programa de Arrendamento Acessível em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC). Ou seja, os senhorios que aderirem ao Programa de Arrendamento Acessível (PAA) vão beneficiar de isenção total de IRS ou de IRC sobre as rendas cobradas.

E. Condições para arrendatários

Para efeitos de elegibilidade, apenas podem registar uma candidatura a alojamento, no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível, agregados habitacionais¹⁵ cujo rendimento anual bruto para uma pessoa não pode ultrapassar 35.000 euros, para duas pessoas o valor máximo de rendimentos é de 45.000 euros e para mais de duas pessoas é mais 5.000 euros por pessoa.

Neste âmbito, o preço de renda mensal deve corresponder a “uma taxa de esforço que se situe no intervalo entre 15% e 35% do rendimento médio mensal (RMM) do agregado familiar”. Em termos de ocupação mínima por tipologia, o Programa de Arrendamento Acessível estabelece que a mesma é estabelecida em função da dimensão do agregado familiar.

F. Seguros obrigatórios para senhorios e arrendatários

A fim de conferir maior segurança e estabilidade aos contratos de arrendamento a celebrar no âmbito do PAA, o Governo aprovou também o Decreto-Lei n.º 69/2019, de 22 de maio, que estabelece o regime dos seguros obrigatórios a utilizar no âmbito do programa.

A existência destes seguros no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível é um fator relevante para o reforço da segurança de todos quantos aderem a este programa. Para os arrendatários, na medida em que beneficiam de uma proteção contra situações involuntárias de quebra de rendimentos, mantendo-se o contrato durante o período necessário para a superação do problema ou para a redefinição da sua situação habitacional. Para os senhorios, na medida em que se garante o pagamento das rendas em falta e de uma indemnização em caso de danos no locado.

¹⁵ Considera-se «agregado habitacional», a pessoa ou o conjunto de pessoas que integram uma candidatura a alojamento ao abrigo do Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio, independentemente da prévia residência comum ou da existência de laços familiares (artigo 4º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio).

Os seguros terão preços e condições mais favoráveis do que as atualmente disponíveis no mercado e dispensam os arrendatários da apresentação das garantias comuns, como a fiança ou a prestação de caução.

O desenvolvimento destes seguros no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível constitui, ainda, uma oportunidade para o mercado de arrendamento em geral, facilitando o surgimento de uma oferta alargada de seguros, que desejavelmente poderão estar disponíveis fora do programa, contribuindo para o desenvolvimento global do setor do arrendamento urbano.

G. Condições das habitações

Os alojamentos a disponibilizar no âmbito de Programa de Arrendamento Acessível têm de observar requisitos mínimos de segurança, salubridade e conforto, sujeitos a verificação por parte dos arrendatários.

Nas partes comuns do edifício onde se localiza o alojamento, nomeadamente, na estrutura, cobertura, paredes, pavimentos, escadas, janelas, portas e instalações técnicas, não devem existir anomalias aparentes que constituam risco para a segurança ou para a saúde dos moradores, ou que prejudiquem a normal utilização desses espaços.

Na habitação onde se localiza o alojamento deve existir pelo menos uma sala com iluminação e ventilação natural, seja através de janela ou porta envidraçada em contacto direto com o exterior, seja através de varanda envidraçada ou de compartimento utilizado como quarto ou cozinha que possua janela ou porta envidraçada em contacto direto com o exterior.

Apenas pode ser considerado como «quarto» um compartimento que possua área útil não inferior a 6 metros quadrados e seja dotado de iluminação e ventilação natural através de janela, porta envidraçada ou varanda envidraçada em contacto direto com o exterior, devendo, existir, pelo menos, uma instalação sanitária com lavatório e sanita com autoclismo, e pelo menos

uma base de duche ou banheira, bem como um espaço com lava-louça e condições para instalação e utilização de um fogão e de um frigorífico;

A isto acresce a necessidade de prever instalações adequadas e funcionais de eletricidade, de distribuição de água e de drenagem de águas residuais;

Não devem existir anomalias aparentes que constituam risco para a segurança, a saúde ou a normal utilização da habitação, nomeadamente nas paredes, pavimentos, tetos, escadas, portas, janelas e nas instalações de água, eletricidade ou gás e, quando se trate de «parte de habitação», além dos requisitos mencionados anteriormente, o quarto deve ter acesso através de espaço de circulação, sala ou cozinha.

H. Limites de renda aplicáveis

Posicionados por seis escalões, enumerados por valor crescente das rendas máximas no Programa do Arrendamento Acessível, dos 308 concelhos do país, 165 ocupam o escalão 1, como Angra do Heroísmo, Bragança, Cantanhede, Castel Branco, Covilhã, Elvas, Felgueiras, Guarda, Paços de Ferreira, Paredes, Penafiel, Pombal e Portalegre.

- Nos municípios posicionados no escalão 1, os senhorios podem aplicar rendas até 200 euros para tipologia T0, 275 euros para T1, 350 euros para T2, 425 euros para T3, 475 para T4, 525 euros para T5 e 525 euros mais 50 euros por cada quarto para tipologia superior a T5.

- Com base na tabela que distribui os concelhos por seis escalões, 85 municípios estão no escalão 2, como é o caso de Braga, Guimarães, Leiria, Santarém, Viana do Castelo, Vila Real e Viseu, em que o limite do preço de renda mensal para tipologia T0 é de 250 euros, T2 até 450 euros e T5 até 675 euros, de acordo com a portaria do Governo.

- No escalão 3 estão 42 concelhos, nomeadamente Aveiro, Coimbra, Évora, Faro, Ponta Delgada, Porto Santo e Setúbal, em que os senhorios que aderirem ao Arrendamento Acessível podem aplicar rendas até 325 euros para tipologia T0, 475 euros para T1, 600 euros para T2, 700 euros para T3, 800 euros para T4 e 875 euros para T5.

- Com o preço máximo de renda a variar entre 400 euros para T0, 775 euros para T2 e 1.125 para T5, o escalão 4 é ocupado por 12 municípios: Albufeira, Almada, Amadora, Castro Marim, Funchal, Lagos, Loulé, Loures, Matosinhos, Odivelas, Sintra e Tavira.

- No escalão 5, que antecede o escalão com os valores máximos mais elevados, estão os concelhos de Cascais, Oeiras e Porto, em que o limite do preço de renda mensal para tipologia T0 é de 525 euros, T1 até 775 euros, T2 até 1.000 euros, T3 até 1.200 euros, T4 até 1.350 euros, T5 até 1.500 e superior a T5 até 1.500 euros mais 100 euros por cada quarto acima de T5.

- Lisboa é o único concelho que se posiciona no escalão 6, com rendas mais elevadas, em que o limite do preço de renda mensal para Tipologia T0 é de 600 euros, T1 até 900 euros, T2 até 1.150 euros, T3 até 1.375 euros, T4 até 1.550 euros, T5 até 1.700 euros e superior a T5 até 1.700 euros mais 150 euros pode cada quarto acima de T5.

Os valores finais das rendas podem ser consultados na plataforma do PAA, na qual tanto os senhorios como os inquilinos podem fazer simulações para perceber se a candidatura os beneficia.

I. Celebração do contrato

O contrato de arrendamento é celebrado nos termos gerais e inclui obrigatoriamente os seguintes elementos:

- i. identificação do alojamento e respetivo número de inscrição;
- ii. identificação dos membros do agregado habitacional e respetivo número de registo da candidatura;
- iii. modalidade do alojamento;
- iv. finalidade do arrendamento;
- v. prazo contratual e condições de renovação;
- vi. preço da renda mensal;
- vii. quantia mensal assumida para pagamento da renda por parte de cada estudante ou formando dependente que adquira a condição de candidato nos termos do artigo 13º do Decreto-Lei que cria o PAA e indicação do respetivo fiador.

São partes do contrato de arrendamento o prestador¹⁶ na qualidade de senhorio e os candidatos que integram a candidatura na qualidade de arrendatários.

O contrato deve incluir, como anexos, a ficha do alojamento, o certificado de inscrição do alojamento em vigor e o certificado de registo da candidatura.

O enquadramento de um contrato de arrendamento no Programa de Arrendamento Acessível depende do cumprimento dos requisitos anteriormente mencionados, do registo do contrato no Portal das Finanças e do cumprimento do dever de contratação dos seguros obrigatórios.

¹⁶ Considera-se «prestador», a pessoa singular ou coletiva titular dos poderes necessários para dar de arrendamento determinado alojamento (artigo 4º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 68/2019, de 22 de maio).

Para os efeitos de verificação dos requisitos de enquadramento devem ser apresentados ao IHRU, I. P. o contrato de arrendamento e respetivos anexos, o comprovativo d registo do contrato de arrendamento no portal das finanças e, ainda, o comprovativo do dever de contratação dos seguros obrigatórios.

Verificados que sejam estes requisitos, o IHRU, I. P., notifica, no prazo de 20 dias, as partes do enquadramento do contrato no Programa de Arrendamento Acessível, com efeitos a partir da data da celebração do mesmo.

Até ao final do mês de fevereiro de cada ano, o IHRU, I. P. comunica à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) os contratos objeto de enquadramento no Programa de Arrendamento Acessível no ano anterior, bem como as situações em que tenha ocorrido a cessação do enquadramento, com indicação da data a partir da qual tiveram lugar.

J. Incumprimento das condições do programa

A verificação de situações de incumprimento, nomeadamente a prestação de informações falsas ou apresentação de documentos falsos, determina a «devolução ao Estado do valor correspondente ao apoio público indevidamente auferido», seja da parte do proprietário, seja da parte do arrendatário, assim como «o cancelamento da inscrição do alojamento ou do registo de candidatura e o impedimento, pelo período de cinco anos a contar da data da ocorrência, de nova inscrição do alojamento ou da participação em nova candidatura», consoante o incumprimento seja imputável ao prestador ou a candidato», nos termos prescritos pelo artigo 22º do Decreto-Lei nº 68/2019, de 22 de maio.

Capítulo IV

Alterações fiscais relativas ao arrendamento acessível

A. Redução da taxa de tributação autónoma aplicável aos rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento duradouros

Materializando as medidas constantes do Pacote Legislativo sobre Habitação aprovado pelo grupo de trabalho parlamentar da habitação, foram publicadas no dia 9 de janeiro passado, a Lei n.º 2/2019, que consagra uma alteração legislativa com vista à aprovação de um regime especial de tributação aplicável aos rendimentos prediais decorrentes de arrendamento ou subarrendamento habitacional, e a Lei n.º 3/2019, que alterou o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e criou condições de acesso a incentivos fiscais em programas de construção de habitação para renda acessível.

Aos rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento passa a ser aplicada uma redução percentual da respetiva taxa autónoma (atualmente em 28%), consoante a duração do referido contrato. A taxa poderá ainda sofrer alterações com a renovação do contrato por igual período de tempo.

Assim, os rendimentos prediais (rendimentos da categoria F¹⁷) decorrentes de contratos de arrendamento com duração igual ou superior a dois anos e inferior a cinco anos vão ter imediatamente uma redução de dois pontos percentuais da respetiva taxa autónoma, sendo assim tributados a uma taxa de 26%. A cada renovação, pelo mesmo período, será aplicada nova redução de dois pontos percentuais. A diminuição máxima da taxa especial, nestes casos, será de catorze pontos percentuais [cfr. nova redação do artigo 72º, nº2, do CIRS].

¹⁷ Cfr. artigo 8º do Código do Imposto sobre Rendimentos das Pessoas Singulares (CIRS).

Já os rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento celebrados com duração igual ou superior a cinco anos e inferior a 10 anos beneficiam de uma redução de cinco pontos percentuais (ou seja, a taxa efetiva de tributação passa a ser de 23%). Também aqui se aplica a redução progressiva: por cada renovação com igual duração é aplicada uma redução de cinco pontos percentuais até ao limite de catorze pontos percentuais [cfr. nova redação do artigo 72º, nº3, do CIRS].

Os rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento com duração igual ou superior a dez anos e inferior a vinte anos beneficiam de uma redução de catorze pontos percentuais da respetiva taxa autónoma, passando a incidir sobre tais rendimentos uma taxa de 14% [cfr. nova redação do artigo 72º, nº4, do CIRS].

Aos rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento com duração superior a vinte anos é aplicada uma redução de dezoito pontos percentuais da respetiva taxa autónoma, ou seja, são tributados a uma taxa de 10% [cfr. nova redação do artigo 72º, nº5, do CIRS].

A Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro, veio estabelecer expressamente que a taxa de tributação autónoma reduzida é somente aplicável aos rendimentos prediais decorrentes de contratos de arrendamento para habitação permanente. O artigo 4º da referida Lei estabelece que «o Governo regulamenta, no prazo de 60 dias a partir da data de entrada em vigor da presente lei, os termos em que se verificam as reduções de taxa previstas nos n.ºs 2, 3, 4 e 5 do artigo 72º do CIRS, na redação conferida pela presente lei».

A regulamentação dos termos e condições em que se verificam as reduções de taxa previstas nos n.ºs 2, 3, 4 e 5 do artigo 72º do Código do

Imposto sobre os Rendimentos das Pessoas Singulares é-nos dada pela Portaria nº 110/2019, de 12 de abril¹⁸.

Mais adianta, no seu artigo 2.º, que o direito à redução da taxa de IRS prevista nos n.ºs 2, 3, 4 e 5 do artigo 72.º do CIRS depende da verificação dos respetivos pressupostos:

I. Observar a obrigação de comunicação do contrato de arrendamento e suas alterações, mediante a declaração modelo 2, para efeitos de imposto do selo;

II. Comunicar à AT a identificação do contrato de arrendamento em causa, com data de início e respetiva duração, bem como comunicar as renovações contratuais subsequentes e respetiva duração, no Portal das Finanças, até 15 de fevereiro do ano seguinte;

III. Comunicar à AT a data de cessação dos contratos de arrendamento abrangidos por este regime, bem como a indicação do respetivo motivo da cessação, no Portal das Finanças, até 15 de fevereiro do ano seguinte.

Os titulares dos contratos abrangidos por este regime de redução de taxa, nos termos do cumprimento das obrigações previstas no artigo 128º do CIRS, devem dispor de contrato de arrendamento que fundamente o direito ao regime, de comprovativo de que entregou a declaração do modelo 2 e do respetivo pagamento do imposto do selo; outros documentos comprovativos da existência da relação jurídica de arrendamento, nos casos de inexistência de contrato escrito; e, ainda, comprovativo da cessação do contrato de arrendamento.

¹⁸ Com efeitos retroativos para 1 de janeiro de 2019, vem alterar o artigo 72.º do Código do IRS, no sentido de criar condições favoráveis à celebração de novos contratos, ou à renovação de contratos existentes, por períodos longos, estabelecendo, assim, reduções da taxa autónoma de tributação do IRS prevista para os rendimentos prediais, em função da duração desses contratos de arrendamento.

Estas regras começaram a produzir efeitos desde 1 de janeiro de 2019 e aplicam-se a novos contratos de arrendamento e respetivas renovações contratuais, bem como às renovações de contratos já em vigor a partir daquela data.

B. Exclusão da incidência das indemnizações legalmente devidas pela denúncia de contratos de arrendamento sem termo

Deixam de constituir incrementos patrimoniais – rendimentos da categoria G – as indemnizações legalmente devidas pela denúncia de contratos de arrendamento sem termo, relativos a imóveis que constituam habitação permanente do sujeito passivo (art. 9.º, n.º 1, alínea e), do CIRS).

Estas regras produzem efeitos desde 1 de janeiro de 2019 e aplicam-se a novos contratos de arrendamento e respetivas renovações contratuais, bem como às renovações de contratos já em vigor que se verifiquem a partir de 1 de janeiro de 2019.

Capítulo V

Apreciação crítica: arrendamento (in)acessível?

O Programa de Arrendamento Acessível é um programa de política de habitação que visa promover uma oferta alargada de habitação para arrendamento a preços ditos reduzidos.

Ao longo da análise deste programa, conclui-se que de acessível só mesmo o nome, dado que, na realidade, ele é inacessível à esmagadora maioria das famílias. Os critérios estabelecidos pelas portarias publicadas conduzem a valores de renda elevadíssimos.

De facto, tendo por referência que o salário mínimo mensal nacional é de 600 euros (cfr. Decreto-Lei n.º 117/2018, de 27 de dezembro), facilmente se percebe que o PAA é deveras inacessível. Quem tem poder económico para

conseguir pagar valores de renda desta ordem são, na verdade, famílias com elevados rendimentos.

Outro grande problema deste programa diz respeito ao facto de o Governo considerar adequado quartos com 6 metros quadrados. Também este elemento me leva a questionar que condições terá um quarto com tal dimensão.

A Secretária de Estado da Habitação comunicou que «com as rendas acessíveis ninguém fica de fora para ter uma habitação digna». Trata-se de uma afirmação absolutamente irrealista, porquanto com valores de renda de tal ordem, a questão será quem é que fica abrangido. Claramente não são os trabalhadores nem as famílias que auferem rendimentos medianos.

Aliás, cidades europeias, como Londres, aplicaram medidas idênticas de rendas acessíveis e os resultados revelaram-se agudamente negativos. O dito arrendamento acessível significou, antes, a elitização da cidade, bem como o afastamento das famílias de menores rendimentos dos centros urbanos.

Mais. A política de habitação tem de ser mais do que uma política fiscal. Colocar a política de habitação à mercê de instrumentos fiscais, mormente de benefícios fiscais, é absolutamente errado.

Em suma, o Programa de Arrendamento Acessível não incentiva de todo a recorrer ao mercado de arrendamento e agasalha ainda mais o problema de habitação há muito identificado. Favorece até o agravamento da situação atual do mercado de arrendamento. Outrossim desresponsabiliza o Governo na disponibilização de habitações a custos controlados.

Lista bibliográfica

LEGISLAÇÃO:

- Decreto-Lei n.º 37/2018 – Diário da República n.º 106/2018, Série I de 2018-06-04
- Decreto-Lei n.º 68/2019 – Diário da República n.º 98/2019, Série I de 2019-05-22

- Lei n.º 119/2019 – Diário da República n.º 179/2019, Série I de 2019-09-18
- Lei n.º 2/2019 - Diário da República n.º 6/2019, Série I de 2019-01-09
- Lei n.º 3/2019 – Diário da República n.º 6/2019, Série I de 2019-01-09
- Portaria n.º 175/2019 – Diário da República n.º 109/2019, Série I de 2019-06-06
- Portaria n.º 176/2019 – Diário da República n.º 109/2019, Série I de 2019-06-06
- Portaria n.º 177/2019 – Diário da República n.º 109/2019, Série I de 2019-06-06
- Portaria n.º 110/2019 – Diário da República n.º 73/2019, Série I de 2019-04-12
- Proposta de Lei n.º 127/XII
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 50-A/2018 – Diário da República n.º 84/2018, 1º Suplemente, Série I de 2018-05-02
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 56/2018 – Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07
- Resolução do Conselho de Ministros n.º 57/2018 – Diário da República n.º 88/2018, Série I de 2018-05-08

LISTA JURISPRUDENCIAL

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 130/92
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 131/92
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 32/97
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 590/04
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 806/93
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 829/96

LIVROS, ARTIGOS E DISSERTAÇÕES/TESES

- CANOTILHO, J., e MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina.
- CARDOSO, F. (2019), *Arrendamento acessível em Portugal: Contributos para as políticas públicas*, Dissertação de Mestrado em Gestão e Políticas Públicas, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade de Lisboa.
- MIRANDA, J. e MEDEIROS, R. (2010), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora.

DOCUMENTOS ELETRÓNICOS E WEBSITES

- <https://eco.sapo.pt/2019/07/01/arrendamento-acessivel-arranca-hoje-isto-e-tudo-o-que-precisa-de-saber/>
- <https://observador.pt/2019/08/01/programa-de-arrendamento-acessivel-contabiliza-10-contratos-submetidos/>
- <https://www.deco.proteste.pt/dinheiro/arrendamento/noticias/programa-de-arrendamento-acessivel-rendas-20-abaixo-dos-precos-de-referencia>
- <https://www.e-konomista.pt/programa-arrendamento-acessivel/>
- <https://www.portaldahabitacao.pt/arrendamento-acessivel>
- <https://www.portaldahabitacao.pt/documents/20126/35894/FAQs+PA+A.pdf/6b69556f-09fb-4cf9-878a-aa6046df135f?t=1561630062910>
- <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=205>
- NFS Escritório de Advogados, *O Novo Programa de Arrendamento Acessível*, Newsletter junho 2019
- Programa do XXI Governo Constitucional 2015-2019
- SRS Advogados, Nota Informativa Direito Fiscal, *Novidades Fiscais relativas ao Arrendamento para Habitação*, fevereiro 2019

*Para ver muita coisa é preciso despregar os olhos de si mesmo
(Friedrich Nietzsche). ■*

AUTORIA**Angelina Teixeira | Advogada**

Doutoranda em Direito e Sócia da Marques & Areal da Silva, SP, RL
angelinateixeira-53245p@adv.oe.pt
angelinateixeira@masadvogados.pt

Ana Pimenta | Advogada-estagiária

Mestre em Direito Fiscal e advogada-estagiária da Marques & Areal da Silva, SP, RL.
anapimenta@masadvogados.pt

O exercício das profissões de advogado e agente de execução: Incompatibilidade ou impedimento

Lia Raquel Silva

Advogada

RESUMO: As considerações que se seguem pretendem apenas corresponder a uma análise, ainda que sucinta, se o exercício da profissão de advogado e agente de execução são incompatíveis entre si ou existe apenas impedimento e em que termos, tendo por base a alteração legislativa ocorrida pela Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro, nas disposições transitórias do artigo 3.º n.º 4 e ainda pela Lei n.º 154/2015, pelas disposições transitórias constantes do artigo 3.º n.º 13.

SUMÁRIO: I. Ordens Profissionais – Do nascimento à sua estatuição” – i. Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução; ii. Ordem dos Advogados. II “Advogado e Agente de Execução – incompatibilidade e impedimentos”. III – “Análise do Estatuto da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução”. IV – “Princípios Complementares” – i. “Princípios Deontológicos”; ii. “Princípios Constitucionais” – a. “Princípio da Segurança jurídica e Proteção da Confiança”; b. “Princípio da não retroatividade da lei. V – Conclusão.

I – Ordens Profissionais – Do nascimento à sua estatuição

Nas palavras de FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, as associações públicas “*são pessoas coletivas públicas, de natureza associativa, criadas como tal por ato do poder público, que desempenha tarefas*

administrativas próprias, relacionada com interesses dos próprios membros e que em princípio se governam a si mesmas mediante órgãos próprios que emanam da coletividade dos seus membros, sem dependência de ordens ou orientações governamentais, embora sujeitas à tutela administrativa estadual.”¹

Desta noção, resulta no imediato, que as associações públicas se caracterizam por serem titulares de personalidade jurídica de Direito Público que pela sua natureza associativa integram a administração autónoma do Estado, apesar da “autorregulação” dos seus próprios interesses e fins.”²

Todavia, enquanto inseridas na administração autónoma do Estado, encontram-se sujeitas a um controlo formal de mera legalidade, conforme alínea d) do artigo 199.º da CRP, assente na verificação do cumprimento dos limites legais pelos órgãos eleitos pela respetiva comunidade à luz do princípio democrático, conforme artigos 6.º n.º 1 e 267.º n.ºs 1 e 4 da CRP e ainda artigos 15.º, 16.º e 45.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, relativa à Lei das Associações Públicas Profissionais (LAPP).

As ordens profissionais são consideradas “*associações públicas formadas pelos membros de certas profissões de interesse público com o fim de, por devolução de poderes do Estado, regular e disciplinar o exercício da respetiva atividade profissional.*”³

¹ Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4ª edição, Almedina, 2015, pág. 76.

² As associações públicas estão sujeitas a um estatuto especial, designadamente, compete à Assembleia da República legislar sobre matéria que lhe é reservada, artigo 165.º n.º 1 alínea s) da CRP; só podem ser constituídas para a satisfação de necessidades específicas, não podem exercer funções próprias das associações sindicais e têm organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros e na formação democrática dos seus órgãos, artigo 267.º n.º 4 da CRP; gozam do privilégio da unicidade, *i.é.*, só pode existir uma única associação pública para cada interesse a prosseguir; exigem a obrigatoriedade de inscrição e controlam o acesso à profissão, exercem o poder disciplinar e impõe o pagamento de quotas.

³ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2006, p. 460.

Apesar da pluralidade de associações públicas, a presente análise incidirá, ainda que de forma sucinta, sobre duas ordens profissionais – a Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução e a Ordem dos Advogados.

i. Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução

Numa sucinta e incisiva análise, o Solicitador de Execução – atualmente designado Agente de Execução – é uma figura que surge fruto da reforma do processo executivo previsto no Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de março.⁴

De acordo com o preâmbulo “(...) *Os atrasos do processo de execução têm-se assim traduzido em verdadeira denegação de justiça, colocando em crise o direito fundamental de acesso à justiça. Identificadas as causas e os fatores (...) atribuiu a agentes de execução a iniciativa e a prática dos actos necessários à realização da função executiva, a fim de libertar o juiz das tarefas processuais que não envolvem uma função jurisdicional e os funcionários judiciais de tarefas a pratica fora do tribunal. (...)*”.

A sua origem surge da necessidade de simplificação e desjudicialização de uma série de atos que até então eram realizados pelo magistrado judicial e que passaram a ser executados pelo solicitador de execução.⁵

Os solicitadores de execução surgem como uma especialidade dentro dos solicitadores, o que torna imprescindível a necessidade de dotar a Câmara dos Solicitadores de competências novas e vocacionadas para as novas funções a desempenhar.

O Estatuto da Câmara dos Solicitadores é então alterado pelo Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26 de Abril⁶ e passa a contemplar o solicitador de execução.

⁴ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=65&tabela=leis&so_miolo=

⁵ Armindo Ribeiro Mendes, O Processo Executivo no Futuro Código de Processo Civil, p. 110 e seguintes. <http://www.oa.pt/upl/%7Ba62c667e-c5bf-44c0-a7eb-2c3d154dbef9%7D.pdf>

⁶ https://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/pdf-cpc-2/dl-88-2003/downloadFile/file/DL_88_2003.pdf?nocache=1181550819.96

Este é definido no seu artigo 116.º como “(...) o solicitador que, sob fiscalização da Câmara e na dependência funcional do juiz da causa, exerce as competências específicas de agente de execução e as demais funções que lhe forem atribuídas por lei.”

Com o intuito de regulamentar e dotar de amplos conhecimentos esta nova profissão, passa a ser exigido a frequência num curso de formação a todos aqueles que pretendam inscrever-se num colégio de especialidade e/ou posterior inscrição como solicitador de execução, conforme artigo 118.º e 119.º do citado Estatuto.⁷

A inscrição passou a depender do preenchimento dos requisitos constantes do artigo 117.º do citado diploma.^{8/9} No entanto, apesar do *agente de execução* ser considerado uma especialidade¹⁰ em virtude da criação de um

⁷ O Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26 de Abril foi revogado pela Lei n.º 154/2015, de 14 de Setembro, a qual refere a inscrição do agente de execução na sua respetiva Ordem nos artigos 105.º, 106.º e seguintes.

⁸ “a) Tenha três anos de exercício da profissão de solicitador, nos últimos cinco anos. b) Sendo solicitador, não esteja abrangido por qualquer das restrições previstas no artigo 78.º; c) Sendo advogado, não esteja abrangido por qualquer das restrições previstas no artigo 181.º do Estatuto da Ordem dos Advogados; d) Não tenha sido condenado em pena disciplinar superior a multa, enquanto solicitador ou enquanto advogado; e) Tenha concluído, com aproveitamento, o estágio de agente de execução; f) Tendo sido agente de execução, requeira, dentro dos cinco anos posteriores à cessação da inscrição ou registo anterior, a sua reinscrição ou novo registo instruído com parecer favorável da Comissão para a Eficácia das Execuções. g) Tenha as estruturas e os meios informáticos mínimos, definidos por regulamento aprovado pela assembleia geral. h) Requeira a inscrição ou registo até três anos após a conclusão do estágio com aproveitamento.” in Novo Estatuto dos Solicitadores, Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26 de Abril, DisLivro, 2003.

⁹ Nas palavras de Laurinda Gemas: “(...) Até essa altura, e apesar da epígrafe do art. 808.º do CPC, é curioso que não se era propriamente agente de execução, mas apenas se desempenhava as funções de agente de execução, sendo certo que, em regra, essas funções eram desempenhadas por Solicitador de Execução e, nos casos previstos na lei, por Oficial de Justiça. Com a reforma de 2008 abandonou-se a expressão Solicitador de Execução, e nasceu o “Agente de Execução” propriamente dito, com um estatuto específico, que não é aplicável aos Oficiais de Justiça (cfr. art. 808.º, n.º 13, do CPC e art. 722.º, n.º 2, do NCPC), estatuto esse que encontra consagração nos arts. 116.º a 131.º-C do Estatuto da Câmara dos Solicitadores. (...)”. In Centro de Estudos Judiciários, Caderno I, 2ª Edição, Dezembro de 2013, O Novo Processo Civil, Contributos da Doutrina Para A Compreensão Do Novo Código de Processo Civil, p.424.

¹⁰ De acordo com o vertido no Parecer n.º 4/2010 do CRLisboa, “Com efeito a autonomia e a especificidade das funções em causa e a sujeição a regime jurídico-disciplinar próprio impõe-nos que reconheçamos aqui uma verdadeira nova categoria de profissionais do Direito, “alimentada”, é certo, por enquanto apenas por profissionais oriundos da solicitadoria e da advocacia”

colégio de especialidade dentro da Câmara dos Solicitadores, ele continuou a cumular a qualidade de solicitador e de solicitador de execução, tornando manifesta a necessidade de tipificar um conjunto de incompatibilidades e impedimentos, conforme plasmado nos artigos 120.^o¹¹ e 121.^o.¹²

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro, é alterado a designação de solicitador de execução para a que hoje é conhecida – “Agente de Execução”. A sua atuação é reforçada “(...) *sem prejuízo de um efetivo controlo judicial, passando este a poder aceder ao registo de execuções, designadamente para introduzir e actualizar directamente dados sobre estas. Igualmente, o agente de execução passa a realizar todas as diligências relativas à extinção da execução, sendo esta arquivada através de um envio electrónico de informação ao tribunal, sem necessidade de intervenção judicial ou da secretaria (...)*”¹³, assegurando-se deste modo um melhor desempenho da função pública.

A profissão de agente de execução, que até à data era já exercida por solicitador, passou a ser também exercida por advogado.

Atento o que foi sendo delimitado, permite-nos aferir que o agente de execução é um profissional liberal que desempenha funções públicas, apesar

https://www.oa.pt/cd/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?sidc=31634&idc=501&idsc=42945&ida=103509

¹¹ “1 - É incompatível com o exercício das funções de solicitador de execução: a) O exercício do mandato judicial no processo executivo; b) O exercício das funções próprias de solicitador de execução por conta da entidade empregadora, no âmbito de contrato de trabalho; c) O desenvolvimento no seu escritório de outra actividade para além das de solicitadoria. 2 - As incompatibilidades a que está sujeito o solicitador de execução estendem-se aos respectivos sócios e àqueles com quem o solicitador partilhe escritório. 3 - São ainda aplicáveis subsidiariamente aos solicitadores de execução as incompatibilidades gerais inerentes à profissão de solicitador.”

¹² “1 - É aplicável ao solicitador de execução, com as necessárias adaptações, o regime estabelecido no Código de Processo Civil acerca dos impedimentos e suspeições dos funcionários da secretaria. 2 - Constituem ainda impedimentos do solicitador de execução: a) O exercício das funções de agente de execução quando haja participado na obtenção do título que serve de base à execução; b) A representação judicial de alguma das partes, ocorrida nos últimos dois anos. 3 - Os impedimentos a que está sujeito o solicitador de execução estendem-se aos respectivos sócios e àqueles com quem o solicitador partilhe escritório. 4 - São ainda subsidiariamente aplicáveis aos solicitadores de execução os impedimentos gerais inerentes à profissão de solicitador.”

¹³ Preambulo do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro.

de se encontrar na dependência do magistrado da causa, nos moldes em que ainda detém um poder residual de controlo passivo, a título principal ou a título acessório¹⁴ e cujas competências e *modus operandi* se encontram descritas no CPC.

De acordo com o plasmado no artigo 719.º do CPC, no âmbito das suas competências “*Cabe ao agente de execução efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz, incluindo, nomeadamente, citações, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registos, liquidações e pagamentos.*”

Desempenha funções de relevo na ação executiva, uma vez que o seu trabalho é feito em paralelo com os tribunais e os exequentes na cobrança de dívidas coercivas.

Encontra-se sujeito a um regime específico, nomeadamente no acesso à profissão, delimitação dos seus direitos e deveres, incompatibilidades, impedimentos e controlo, e ainda, sujeito a responsabilidade disciplinar e profissional.

Tornou-se fundamental a criação de um novo órgão – Comissão para a Eficácia das Execuções (CPEE) -, com a função principal de atribuir e decidir as matérias relativas às incompatibilidades, impedimentos, escusas e instauração de processos disciplinares e consequentes penas.

No âmbito das incompatibilidades e impedimentos, o agente de execução passa por uma nova transformação.

¹⁴ “A título principal ou provocado o juiz deve julgar os requerimentos de reclamação dos actos executivos e decisórios do agente de execução (...) apreciando, precisamente, a legalidade desses actos. E deve ainda conhecer de questões colocadas suscitadas pelo agente de execução, partes ou terceiros intervenientes (...). A título acessório ou espontâneo o juiz pode verificar a legalidade do processado sempre que haja de conhecer de apenso declarativo — oposição à execução, oposição à penhora, reclamação de créditos, embargos de terceiro — ou, por ex., autorizar o uso da força pública (...).” in Prof. Doutor Rui Pinto, Notas Breves sobre a reforma do Código de Processo Civil em Matéria Executiva, p. 69 e seguintes. <http://www.oa.pt/upl/%7Ba2f818e3-1ef3-4c39-86b7-2e6cbd6e83ac%7D.pdf>

De molde sucinto e com maior relevo, surge a alteração quanto à tipificação dos impedimentos, constante no artigo 120.º do diploma, concretamente na alínea a) do n.º 1, que torna incompatível com o exercício das funções de agente de execução o exercício de mandato em qualquer execução.

Pretendeu-se evitar que o agente de execução fosse nos mesmos moldes, agente de execução e mandatário do exequente e/ou executado.

Tais factos poriam em causa o princípio da imparcialidade, que apesar de não se encontrar tipificado no diploma, os aplicadores da lei começavam a estar sensíveis a eventuais possibilidades de ocorrência.

Atualmente encontra-se em vigor a Lei n.º 154/2015, de 14 de setembro, que transformou a Câmara dos Solicitadores em Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução (EOSAE), em conformidade com a Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais.

A noção e exercício da atividade de agente de execução vem tipificada no artigo 162.º n.º 1 do EOSAE como sendo “(...) *o auxiliar da justiça que, na prossecução do interesse público, exerce poderes de autoridade pública no cumprimento das diligências que realiza nos processos de execução, nas notificações, nas citações, nas apreensões, nas vendas e das publicações no âmbito de processos judiciais, ou em atos de natureza similar que, ainda que não tenham natureza judicial, a estes podem ser equiparados ou ser dos mesmos instrutórios.*”

Com a entrada em vigor desta lei, passa a ser incompatível o exercício cumulativo da atividade de solicitador e advogado com a atividade de agente de execução.

ii. Ordem dos Advogados

A Ordem dos Advogados¹⁵ foi criada pelo Decreto n.º 11715, de 12 de junho de 1926, e regulamentada pelo Decreto n.º 12334, de 18 de setembro.

Surge da necessidade de ser criada uma instituição que fosse capaz de defender a profissão e garantir a defesa dos interesses dos cidadãos.

O preâmbulo do Decreto n.º 11715, de 12 de junho de 1926 refere “*O exercício da advocacia em Portugal não tem merecido da parte dos Poderes Públicos a atenção e o interesse que por todos os motivos deviam ser dispensados a uma tam nobre e elevada profissão*”, fundamentando a criação da Ordem com a necessidade de assegurar à profissão “*garantias de independência e condições de prestígio*”.¹⁶

A regulamentação da profissão de advogado, no que concerne aos seus direitos e deveres foi inserida no Estatuto Judiciário que ficou aprovado pelo Decreto n.º 13809, de 22 de julho de 1927, sofrendo sucessíveis alterações.

O Estatuto Judiciário, durante os períodos subsequentes, viu a Ordem os Advogados como colaboradora da função judicial, sujeita ao Ministério da Justiça, na qual se afirmava que “*(...) compete ao Conselho Geral da Ordem dos Advogados estabelecer a incompatibilidade do exercício da advocacia com o de*

¹⁵ Acerca da história da Ordem dos Advogados consultar:

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=80

¹⁶ De acordo com o vertido no Decreto n.º 11715, de 12-06-1926, no ser artigo 2.º, a Ordem dos Advogados é criada tendo por fim determinar quais as pessoas que estão habilitadas a exercer a advocacia no continente da República e ilhas adjacentes (n.º1), defender os direitos, interesses e imunidades dos seus membros (n.º2), exercer o poder disciplinar sobre os advogados por forma a assegurar o prestígio da classe e a garantir a observância das normas de conduta profissional (n.º3). O referido Decreto estabelece ainda, o princípio da inscrição obrigatória (art.º 8.º), determina o acesso à profissão unicamente por via da licenciatura em direito (artigo 12.º) com estágio obrigatório, onde pelo período de 18 meses deve assistir a audiências e sessões de estudo e discussão (artigos 13.º e 15.º) e será sujeito a exame (artigo 14.º). Prevê ainda, a aplicação de sanções disciplinares aos advogados, instituindo um sistema de recursos do órgão da ordem das decisões dos conselhos distritais para o Conselho Geral e ainda deste para um tribunal arbitral, constituído pelo presidente do Supremo Tribunal de Justiça e por quatro advogados (artigos 17.º, 18.º, 21.º).

outras profissões e actividades consideradas susceptíveis de comprometer a dignidade ou o decoro do Advogado (...).¹⁷

O reconhecimento da sua independência quanto aos órgãos do Estado – “livre e autónoma nas suas regras”¹⁸ -, surge com o Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA).

O EOA foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84 de 16 de março, revogado pela Lei n.º 15/2005 de 26 de janeiro, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de novembro e seguido de nova alteração com a Lei n.º 12/2010 de 25 de junho. Atualmente, encontra-se em vigor a Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro.

A Ordem dos Advogados é uma associação pública de entidades privadas (Advogados e Sociedade de Advogados), representativa dos seus profissionais, responsável pela organização e disciplina da profissão, com uma organização interna baseada no respeito dos direitos dos seus membros, na formação democrática dos seus órgãos.¹⁹

Enquanto associação pública profissional, tem um estatuto constitucional, pelo que é de exclusiva competência da Assembleia da República legislar, salvo autorização do Governo, conforme os artigos 165.º n.º1 alínea s) e 267.º n.º 3 da CRP. No entanto, a Ordem dos Advogados é independente dos órgãos do Estado, sendo livre e autónoma nas suas regras, conforme artigo 1.º n.º 2 do EOA.

O interesse público prosseguido “*decorre do reconhecimento do seu papel como garante da liberdade dos direitos dos cidadãos e da sua função de representante destes junto do poder judicial e da administração pública, sendo*

¹⁷ Orlando da Costa Guedes, Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares, 7ª Edição, Almedina, 2010, p.69 e ss.

¹⁸ *Ob. Cit.* Orlando Guedes da Costa, p.69.

¹⁹ *Ob. Cit.* Orlando Guedes da Costa, p. 68.

essencial no plano da administração da justiça e no desenvolvimento e realização do direito.”²⁰

Não obstante da autonomia orgânica conferida aos diversos órgãos distritais e concelhios, a ordem dos advogados é dotada de personalidade jurídica unitária. De entre os poderes e deveres que são conferidos, a Ordem dos Advogados regula o acesso, a disciplina e o funcionamento da profissão (residindo entre nós a Advocacia Colegiada que impõe a obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Advogados para o exercício da advocacia) quer no aspeto legal, quer no deontológico – princípios subjacentes ao exercício da advocacia, impedimentos, incompatibilidades – exerce sobre os seus membros poderes disciplinares e impõe quotizações obrigatórias.

É concebido o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, primeiramente na Lei n.º 6/2008, de 13 de fevereiro, e mais recentemente na Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro (LAPP). Esta alteração, faz aprovar um novo Estatuto da Ordem dos Advogados – a Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, a qual de entre as alterações que aprova, destaca o seu número 4 do artigo 3.º das disposições transitórias em que “*Os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados e na Câmara dos Solicitadores como agentes de execução, relativamente aos quais se verifiquem incompatibilidades em resultado das alterações introduzidas pelo Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, devem pôr termo a essas situações de incompatibilidade até 31 de dezembro de 2017.*”

II – Advogado e Agente de Execução – incompatibilidade e impedimentos

Com a entrada em vigor da Lei n.º 154/2015, de 14 de setembro (EOSAE), é concebido um novo paradigma da profissão de agente de execução. Desde logo, no artigo 3.º n.º 13 das disposições transitórias, onde

²⁰ Fernando Sousa Magalhães, Estatuto da Ordem dos Advogados, Anotado e Comentado, 10ª Edição., Almedina, 2015, p. 22, ponto 17.

menção “Os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados e na Câmara dos Solicitadores como agentes de execução, relativamente aos quais se verifiquem incompatibilidades em resultado das alterações introduzidas pelo Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, devem pôr termo a essas situações de incompatibilidade até 31 de dezembro de 2017 (...)”

Passa a ser incompatível cumular o exercício da advocacia com exercício da atividade profissional de agente de execução, decorrendo igual tipificação no artigo 85.º n.º1 da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

Esta incompatibilidade, à luz deste novo regime, produz profundas alterações no contexto profissional e pessoal de todos aqueles que cumulavam as duas profissões.

Para aferir a existência de uma incompatibilidade e/ou impedimento, assim como, em que medida é que os mesmos se traduzem em verdadeiras incompatibilidades ou impedimentos para o exercício cumulativo das duas atividades profissionais, há que refletir sobre a sua noção.

As incompatibilidades têm como fim a garantia da independência e da dignidade de profissões que, apesar de serem privadas, seguem um interesse público.

A incompatibilidade é sempre prévia ao impedimento. Enquanto a incompatibilidade se refere à pessoa, tendo uma natureza abstrata, o impedimento por sua vez, refere-se ao exercício da função, tendo natureza concreta.

Vem elencado no artigo 82.º do EOA as incompatibilidades existentes para o exercício da advocacia. Não obstante de não se encontrar contemplada a menção aos agentes de execução, tal facto não obsta que possa ser considerado uma incompatibilidade, uma vez que se trata de elenco meramente exemplificativo.

Alude o constante nos artigos 88.º e 89.º do EOA que converge, no campo das incompatibilidades e impedimentos, os princípios estruturantes da

independência e da dignidade profissional, na perspectiva do interesse público inerente à função social do advogado. Em sentido idêntico, o constante nos artigos 102.º e 103.º EOSAE ao mencionar que o impedimento diminui a amplitude do exercício da profissão quando a independência é afetada pela existência de interesses conflitantes e, que podem constituir incompatibilidade o exercício de certas atividades profissionais relativamente a cargos e funções.

Os impedimentos podem ainda ser absolutos ou relativos no exercício da advocacia. Enquanto os primeiros, inibem a prática da profissão e determinam a obrigação de suspensão, no prazo de 30 dias (cfr. artigo 91.º alínea c) e d) do EOA), caso se verifique que a sua prática é posterior à respetiva inscrição, caso contrário, se o impedimento se verificar na data, no momento em que se procede à respetiva inscrição, esta deve ser logo recusada (cfr. artigo 188.º n.º 1 alínea d) do EOA). Já os segundos, determinam a impossibilidade de aceitação de certos patrocínios por conflito de interesses (cfr. artigo 83 do EOA).

Relativamente ao exercício da advocacia, as incompatibilidades encontram-se tipificadas no artigo 82.º e os impedimentos no artigo 83.º do EOA.

Relativamente aos agentes de execução, as incompatibilidades encontram-se tipificadas nos artigos 165.º e 102.º e os impedimentos nos artigos 166.º e 103.º do EOSAE.

III – Análise do Estatuto da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução

O Estatuto da Câmara dos Solicitadores, estabeleceu no seu diploma, o artigo 105.º n.º 3, o qual exige como requisito de inscrição no colégio dos agentes de execução, “(...) *a) Ter nacionalidade portuguesa; b) Não ter sido, nos últimos 10 anos, inscrito em lista pública de devedores legalmente regulada;*

c) Ter concluído, com aproveitamento, o estágio de agente de execução; d) Requerer a inscrição no colégio até três anos após a conclusão do estágio com aproveitamento; e) Tendo sido agente de execução há mais de três anos, submeter-se ao exame previsto no n.º 3 do artigo 115.º e obter parecer favorável da CAAJ. (...).”

O exercício da função de solicitador e de agente de execução está sujeito às restrições previstas no artigo 106.º do EOSAE, que estipula o seu n.º 1, que a inscrição pode ser recusada a quem não preencha os requisitos previstos no artigo 105.º e que além da recusa pode ser cancelada se o associado for considerado inidóneo²¹ para o exercício da atividade profissional, n.º 2.

Nos mesmos termos, encontra-se tipificado no artigo 188.º do EOA regime de restrições ao direito de inscrição ao profissional que pretenda inscrever-se como advogado estagiário.

Todavia, o artigo 85.º n.º 2 de EOA, estipula a possibilidade de inscrição cumulativa, *i.é.*, os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados também se podem inscrever no colégio dos agentes de execução, porém, somente quanto à primeira fase. Refere ainda o n.º 3 do citado artigo que os advogados que pretendam inscrever-se no colégio de especialidades dos agentes de execução durante a primeira fase do estágio, não podem exercer o mandato judicial.

Esta limitação à inscrição, que se circunscreve à primeira fase de estágio, pretende obstar à prática de atos próprios da profissão, conforme referem os artigos 195.º n.º 1 e 196.º n.º 1 de EOA.

²¹ Nos termos do art.º 106 n.º3 do EOSAE entende-se por inidóneo para o exercício da atividade profissional quem tenha sido: “a) Condenado, por decisão nacional ou estrangeira transitada em julgado, pela prática de crime desonroso para o exercício da profissão; b) Declarado, há menos de 15 anos, por decisão nacional ou estrangeira transitada em julgado, insolvente ou responsável por insolvência de empresa por si dominada ou de cujos órgãos de administração ou fiscalização tenha sido membro; c) Sujeito a pena disciplinar superior a pena de multa no exercício das funções de trabalhador em funções públicas ou equiparado, advogado ou associado de diferente colégio profissional ou associação pública profissional.”

Vem contemplado nos artigos 102.º n.º 1 e 165.º n.º 1 do EOSAE o regime das incompatibilidades para o exercício da atividade profissional de agente de execução.

Enquanto o artigo 102.º n.º 1 alínea a) a n) menciona as incompatibilidades genéricas, delimitando o exercício da atividade de agente de execução com outras atividades, cargos ou funções, o artigo 165.º n.º 1 delimita as incompatibilidades específicas para o exercício da atividade de agente de execução.

Refere ainda, o artigo 165 n.º 1 alínea a) da EOSAE como incompatibilidade, a restrição ao exercício do mandato judicial, contrariamente ao anterior Estatuto da Câmara dos Solicitadores, o Decreto-Lei n.º 88/2003 de 26 de Abril, que considerava incompatível com o exercício das funções de agente de execução, o exercício do mandato em qualquer execução²² (cfr. artigo 120.º n.º 1).

²² Solicitado Parecer n.º 4/2010 de CRLisboa “I. Os termos da consulta: (...)5. Mais aduz que a Ordem dos Advogados, a cujo estatuto está adstrita, não lhe limita o exercício da profissão, antes lhe permitindo a cumulação das duas funções (Advogada e Agente de Execução). 6. Finalmente, considera a Exma. Colega que “O cúmulo desta situação é o de explicar a um cliente que poderei acompanhá-lo enquanto Advogada até um certo ponto, mas a partir do momento em que passe para execução não o poderei fazer, pois por passar a ter uma especialização naquela mesma matéria, não poderei exercer mais o mandato, ou seja, passo a ser Advogada por metade, ou Advogada em Part-time, o que se torna quase cómico não fosse a seriedade do assunto. (...) III. Desenvolvimento: Trata-se, ademais, de incompatibilidade manifesta que sempre decorreria da própria natureza das funções exercidas pelos Agentes de Execução, não sendo aceitável que o Agente de Execução, seja Advogado ou Solicitador, possa, em simultâneo com o exercício delas, exercer mandato em processos de idêntica natureza àqueles em que surge investido no desempenho de funções públicas. E parece-nos, também, facilmente justificável a extensão dessa incompatibilidade aos sócios e agentes de execução com o mesmo domicílio profissional prevista no nº 2 do citado artigo 120º, igualmente já provinda da respectiva redacção de 2003. Na verdade, só fazendo tábua rasa dos mais elementares princípios da transparência poderíamos aceitar que o exercício da actividade de Agente de Execução pudesse ser concretizado no âmbito de um escritório partilhado com Colegas (Advogados ou Solicitadores) que exercessem mandato judicial no processo executivo, sob pena deixarmos entrar pela janela aquilo que não permitimos que entrasse pela porta. A convivência diária entre mandatários dos exequentes ou dos executados e Agentes de Execução não só não seria aceitável, como claramente susceptível de por em crise a independência de uns e de outros, sendo que acabaria por esvaziar a incompatibilidade prevista no referido artigo 120º, nº 1, alínea a). A questão que a Senhora Dra. A coloca em relação aos processos executivos em curso em que exerça mandato em relação aos quais, vindo a abraçar a profissão de Agente de Execução, também terá de deixar de assegurar, é distinta, uma vez que reveste a natureza de impedimento e não de incompatibilidade. Note-se que não se trata aqui, diversamente do que refere a Colega, de aplicação retroactiva da limitação, mas sim, e mais uma vez, de impedir o exercício, em confusão de funções, do

Com a presente alteração da lei, tornou-se incompatível com o exercício da função do agente de execução, o mandato judicial, *i.é.*, quer se tratem de ações declarativas ou executivas ou equiparadas.

Ora, o mandato judicial²³, tal como previsto nos artigos 1157.º e 1178.º n.º 2 do CC, é definido como um contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar atos jurídicos por conta da outra, sendo que o mandatário judicial age não só por conta mas também em representação do mandante. Daqui se compreende o conflito presente no agente de execução, entre a imparcialidade que lhe deve ser inerente e a parcialidade que deve existir na representação do seu constituinte.

Esta incompatibilidade, porém, ficou parcialmente sanada na lei anterior, ao restringir o exercício do mandato judicial nas ações executivas, tendo ainda assim, sido reforçado na presente lei.

Determina o artigo 165.º n.º 1 alínea a) do EOSAE, que além da incompatibilidade para o exercício da ação executiva, encontra-se ainda vertido nesta alínea a restrição ao exercício do mandato em ação declarativa. E ao fazê-lo criou uma barreira ao exercício da atividade cumulativa das duas profissões, *i.é.*, de advogado e de agente de execução.

Diz-nos o n.º 3 do artigo 66.º da EOA, que “*O mandato judicial, a representação e assistência por advogado são sempre admissíveis e não podem ser*

mandato forense com a actividade de Agente de Execução. Não podendo ser, de novo, olvidado que se trata de impedimento fixado desde 2003, na redacção desde então em vigor dos nºs 2 e 3 do artigo 121º do Estatuto da Câmara dos Solicitadores. Acresce que nenhuma destas limitações foi imposta por entidade terceira, antes decorrendo de lei, rectius, Decreto-Lei produzido ao abrigo da necessária lei de autorização legislativa. Sucede apenas que, tendo sido os Solicitadores os primeiros a exercerem funções de agentes de execução e tendo sido a sua Câmara a entidade que assegurou a criação e a gestão do sistema necessário à implementação da reforma da acção executiva de 2003, entendeu o legislador (sem oposição da Ordem dos Advogados) aproveitar o quadro organizativo existente para nele acolher todos os Agentes de Execução, incluindo os que provêm da advocacia. Quanto a isto, não há, do nosso ponto de vista, qualquer vantagem em actuar de forma preconceituosa, mas sim que encarar de forma clara que os Advogados que entendam querer ser (ou querer ser também) Agentes de Execução o terão de fazer com a consciência de que abraçam profissão que, por força dos poderes de autoridade que lhe inerem, tem pontos de colisão com o livre exercício do mandato forense.”

²³ Cfr. ainda os art.ºs 43.º e 44.º do CPC.

impedidos perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processos de mera averiguação, ainda que administrativa, oficiosa ou de qualquer outra natureza.”

Mais ainda, o mandato judicial, tal como definido no artigo 67.º n.º 1 alínea a) do EOA destina-se a ser “(...) exercido em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz.” O mandato judicial é uma das modalidades do mandato forense, como previsto no artigo 67.º n.º 1 do EOA.

Não obstante de o advogado que cumule a função de agente de execução, deixar de poder exercer o mandato judicial, pode contudo, continuar a praticar atos próprios de advogado, nomeadamente, consulta, o mandato forense, representação e assistência prestados no interesse de terceiros, tal como previsto na Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto. Caso diverso é o do agente de execução, pois diz-nos o artigo 162.º n.º 3 do EOSAE que ainda que nomeado por uma das partes processuais, não é mandatário nem a representa.

É no âmbito do mandato judicial que se reflete a alteração constante do artigo 3.º n.º 4 das disposições transitórias do EOA e do artigo 3.º n.º 13 das disposições transitórias do EOSAE, o que implica uma regularização da situação de incompatibilidade até 31 de Dezembro de 2017.

Face a esta análise, estamos perante uma incompatibilidade absoluta, cuja razão de ser, é exigir da parte do advogado agente de execução, a garantia da imparcialidade e isenção na prossecução do interesse público. Na prossecução do interesse público deve assegurar o equilíbrio entre as garantias do credor/exequente e do devedor/executado. Ora, investido do exercício das duas profissões corria o risco de perder dois dos seus princípios basilares – o princípio da independência e da dignidade da profissão – princípios que serão objeto de análise em capítulo autónomo.

Refere o artigo 165.º alínea b) como incompatibilidade ao exercício da função de agente de execução, o exercício da atividade de administrador

judicial. Ora, os administradores judiciais são um órgão fundamental nos processos de insolvência.

O administrador judicial, enquanto pessoa física ou jurídica especializada, tem como função a fiscalização e orientação dos atos de processo especial de revitalização de empresas e da gestão ou liquidação da massa insolvente. Ora, reunir na mesma pessoa a função de agente de execução e de administrador judicial, seria colocar em causa o princípio da transparência e da independência do interesse público. O agente de execução enquanto figura central do processo executivo, pratica no âmbito dos atos executivos a penhora de bens e/o vencimentos de pessoas singulares ou coletivas, o que se incompatibiliza com a função do administrador judicial no âmbito de um processo de revitalização de empresas. Mais ainda, poria em risco o princípio da independência, não só porque poderia ocorrer a nomeação para a mesma pessoa, investida ou da função de agente de execução ou de administrador judicial, do mesmo processo, quer para agir como mandatário do executado quer do exequente ou até de ambos. Do mesmo modo, reunir na mesma pessoa ambas as funções seria colocar o profissional em posição de vantagem face à parte contrária.

Refere a alínea. c) do artigo 165.º do EOSAE, que é incompatível com o exercício da função de agente de execução o desenvolvimento de qualquer outra atividade que consubstancie uma incompatibilidade com o Estatuto.

Esta alínea visa evitar a partilha de atividades e espaços entre profissionais, em prol do princípio da transparência.

O que vem reforçar a incompatibilidade do exercício da função de advogado com a de agente de execução.

Pretende assim evitar que a partilha de funções e espaços²⁴ entre profissionais distintos, origine a eventual quebra da confidencialidade dos

²⁴ Foi solicitado o Parecer n.º 67/PP/2011-P sobre a possibilidade de partilha de escritório entre advogado e agente de execução. E neste sentido: *“A consulente exerce a advocacia, em prática isolada, partilhando o seu escritório com uma advogada, com a qual suporta as despesas inerentes ao funcionamento do mesmo. Entretanto, esta colega inscreveu-se como agente de execução. A consulente*

intervenientes ou da tramitação processual, a perda ou divulgação de dados recolhidos, assim como da informação vertida no processo, de acordo com o artigo 168 n.º3 ESOAE.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 165.º do EOSAE, estipula que as funções próprias de agente de execução não podem ser exercidas em regime de contrato de trabalho, exceto se o empregador for um agente de execução ou uma sociedade profissional de agentes de execução.²⁵

O exercício da função de agente de execução é inconciliável com qualquer cargo que afete a sua imparcialidade, isenção e independência. Tendo como objeto a prossecução do interesse público, não pode o agente de execução exercer funções em regime de contrato de trabalho. Alude o artigo 11.º do CT, “*Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante*

esclarece que não existe qualquer sociedade com a referida agente de execução. (...) Como é consabido, não são permitidas formas (quaisquer que sejam) de organização regular entre advogados e profissionais de outras actividades, por porem em risco princípios ético-deontológicos basilares da advocacia. Tal situação favoreceria a prática de procuradoria ilícita, (...) colocaria em risco quer a dignidade profissional e independência do advogado (...) o segredo profissional (...) bem como propiciaria o aparecimento de situações de conflitos de interesses (...) e angariação de clientela. (...) Conclusão: É admitido o exercício da advocacia em prática isolada, de uma advogada que partilha espaços distintos da mesma fracção com outra advogada que igualmente exerce funções de agente de execução. Contudo, não devem existir serviços comuns entre ambas, designadamente aparelho de fax. Existe uma situação de impedimento se, num caso concreto, a consulente for mandatária de clientes que sejam parte ou tenham interesses em processos executivos em que a advogada com quem partilha o escritório seja igualmente agente de execução.” <https://www.oa.pt/upl/%7B90ff74b5-633b-44e2-9a52-67be35f02146%7D.pdf>

²⁵ Foi solicitado o Parecer n.º 10/PP/2012-P, sobre a eventual incompatibilidade entre o exercício da advocacia e das “funções de colaboradora em escritório com um agente de execução ao abrigo de um contrato de trabalho”. E neste sentido: “O exercício da advocacia deve pautar-se pelos princípios da autonomia técnica, isenção, independência e responsabilidade, sendo inconciliável com qualquer cargo, função ou actividade que possam afectar esses princípios ou a dignidade da profissão (artº 76º do E.O.A.). (...) O caso em apreço não se enquadra em qualquer das situações de incompatibilidade previstas no artº 77º do E.O.A., sendo irrelevante, para esta apreciação, o facto de a colaboração com a Agente de Execução ser prestada ao abrigo de contrato de trabalho. Poderá eventualmente configurar uma situação de impedimento. Nesta matéria, o artº 78º estabelece que “os impedimentos diminuem a amplitude do exercício da advocacia e constituem incompatibilidades relativas do mandato forense, tendo em vista determinada relação com o cliente, com os assuntos em causa, ou por inconciliável disponibilidade para a profissão.” III - Em virtude da especial relação que a Consulente mantém com a agente de execução, a quem presta colaboração em regime de contrato de trabalho, e que é, portanto, sua cliente, é manifesto que não pode exercer o mandato judicial em qualquer execução em que essa agente de execução tenha intervenção.” <https://www.oa.pt/upl/%7Bc609b89c-25f2-4deb-940e-a6215c87fc85%7D.pdf>

retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.” Não é concebível que o exequente ou o executado, investido no papel de empregador, oriente, condicione ou impeça os atos próprios de agente de execução.

Todavia, se o empregador for um agente de execução e/ou uma sociedade profissional de agentes de execução, já não se prevê qualquer incompatibilidade para o exercício das funções que lhe são confiadas.

Estando em regime de contrato de trabalho, passa a ser um trabalhador subordinado, sujeito a um poder de direção e poder disciplinar que à partida em nada colide com o princípio da independência e isenção que lhe é inerente, uma vez que continua a prosseguir o interesse público, só que incluído numa estrutura laboral.

No entanto, quando inserido em estrutura laboral em regime de contrato de trabalho, encontra-se limitado na sua autonomia, uma vez que não pode ser designado para os processos, apesar de poder praticar todos os atos necessários, desde que determinados pela entidade empregadora, devendo sempre identifica-la quando contata com outras pessoas e/ou entidades, conforme o n.º 3 e n.º 5 do artigo 165.º do EOSAE.

As incompatibilidades a que está sujeito o agente de execução abrangem os solicitadores, advogados e outros colaboradores com quem partilhem escritório ou tenham sociedade profissional, conforme consta do n.º 4 do artigo 165.º do EOSAE.

Contrariamente ao regime da incompatibilidade do agente de execução, o regime dos impedimentos apenas se dirige à função, direcionado à situação concreta.

O regime dos impedimentos vem regulado no artigo 166.º do EOSAE sob a denominação de Impedimentos e Suspeições.

De acordo com o n.º 1, os agentes de execução sofrem, com as necessárias adaptações, os mesmos impedimentos e suspeições dos juízes, previstos nos artigos 115.º, 116.º e 120.º do CPC.

Constitui impedimento ao exercício da função de agente de execução a participação na obtenção do título que serve de base à execução (salvo se tiver sido obtido como ato próprio de agente de execução). De facto, pode o agente de execução vir a ser nomeado enquanto tal numa ação executiva na qual tenha já participado na qualidade de mandatário. No mesmo sentido, estará impedido de exercer funções se participou de forma ativa na obtenção dos demais títulos, tal como previsto no artigo 703.º n.º 1 do CPC.

Não pode ainda, exercer funções de agente de execução se tiver representado judicial ou extrajudicialmente algumas das partes intervenientes no processo, conforme a alínea b) do n.º 2 do artigo 166.º do EOSAE.

Tendo exercido mandato em representação do exequente ou do executado, deverá comunicar o seu impedimento, requerendo escusa para o exercício das funções, de modo a que lhe seja permitida a sua substituição, conforme o artigo 720.º n.º 4 do CPC.

Só pode exercer o mandato judicial em representação de parte interveniente em processo de execução no qual tenha assumido as funções de agente de execução, quem tenha cessado tais funções, há pelo menos 3 anos, conforme o n.º 5 do artigo 166.º EOSAE.

Este hiato temporal pretende evitar de certa forma que os factos conhecidos no exercício da função de agente de execução coloquem o agora mandatário judicial em situação privilegiada.

A extensão dos impedimentos do agente de execução aos sócios, agentes de execução e profissionais, que com ele partilhem uma estrutura, tal como previsto no n.º 3 do artigo 166.º do EOASE, visa evitar situações que coloquem em causa o da imparcialidade e da isenção, como consequência da partilha de escritório.

Em todo o caso, e para que não subsistam dificuldades na aplicação do impedimento acima mencionado, o n.º 4 de modo abstrato e incisivo aplica-o ao agente de execução designado, independentemente de a circunstância impeditiva se verificar em si ou em qualquer outra pessoa com quem partilhe instalações.

IV – Advogado e Agente de Execução – incompatibilidade e impedimentos

i. Princípios Deontológicos

O exercício da função de agente de execução deve pautar-se por um conjunto de regras ético-jurídicas e princípios basilares que dignifiquem a sua profissão, nomeadamente, uma firme consciência moral e profissional.

Não obstante, deve ainda ter presente os princípios deontológicos elementares que garantam a prossecução do exercício da profissão, sem a violação de direitos e deveres, em harmonia com a defesa dos respetivos interesses e fins.

Neste sentido, como princípio fundamental para o exercício da advocacia e para o exercício da função de agente de execução, surge o princípio da dignidade profissional, vertido em diversos artigos, nomeadamente, os artigos 3.º alínea d), 54.º n.º 1 alínea c), 81.º n.º 2, 88.º n.º 1 do EOA e ainda, artigo 3.º n.º 2 alínea h) da EOASE.

Associado a este princípio surge o princípio da independência e integridade tipificados na Lei n.º 154/2015 de 14 de Setembro, que tem subjacente a isenção, imparcialidade e transparência da sua função.

O princípio da independência previsto no artigo 119.º da EOSAE refere: *“(...) mantêm sempre e em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livres de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores (...)”*, encontrando-se o mesmo

vertido no artigo 3.º n.º 1 do Código Deontológico dos Solicitadores e Agentes de Execução, Regulamento n.º 202/2015 de 28 de Abril.²⁶

Este princípio, tal como o princípio da confidencialidade, é considerado como pilar fundamental do exercício da função do agente de execução.

Por sua vez, o princípio a integridade reflete o comportamento intrínseco que regula o exercício da profissão agente de execução, tal como demonstra o artigo 2.º do Regulamento n.º 202/2015, *“O solicitador e o agente de execução são indispensáveis à realização de tarefas de interesse público e à administração da justiça e, como tal, devem ter um comportamento, público e profissional, adequado à dignidade e à responsabilidade associadas às funções que exercem”*.

Quer o princípio da independência, quer o princípio da integridade encontram-se inseridos no capítulo relativo aos deveres deontológicos do EOSAE.

O artigo 121.º n.º 2 e n.º 3 da EOSAE, refere os deveres implícitos ao princípio da integridade, nomeadamente: *“2- (...) a honestidade, a probidade, a retidão, a lealdade, a cortesia, a pontualidade e a sinceridade. 3 – (...) obrigação de atuar com zelo e diligência relativamente a todas as questões ou processos que lhes sejam confiados e proceder com urbanidade (...)”*.

Os deveres deontológicos do agente de execução encontram-se tipificados nos artigos 168.º e 169.º da EOSAE. São deveres que visam a retidão do exercício da sua função quer para com o tribunal, quer para com o cliente. Também os artigos 4.º, 5.º e 6.º do Regulamento n.º 202/2015 refere os deveres deontológicos gerais, deveres para com a comunidade e deveres para com a Câmara dos Solicitadores, no mesmo sentido, os artigos 24.º, 25.º, 26.º, 27.º e 28.º nomeadamente, deveres específicos dos agentes de execução, deveres na relação com os magistrados e demais profissões judiciais, nas relações com o exequente, com o executado e com terceiros.

²⁶ http://solicitador.net/uploads/cms_page_media/1007/codigo%20deontologico_1.pdf

Todavia, há que salientar o segredo profissional, previsto no artigo 168.º n.º 3 do EOSAE e artigo 7.º n.º 2 do Regulamento n.º 202/2015.

O segredo profissional resulta de um compromisso assumido entre partes, que tem subjacente o princípio da confiança. Contudo, contrariamente ao advogado, o agente de execução não está sujeito ao sigilo profissional relativamente aos atos processuais praticados, recaindo o seu sigilo apenas sobre factos que revelem a identificação, dados a que tenha acesso ou o teor de negociações

ii. Princípios Constitucionais

Nas palavras de JORGE MIRANDA *“Inerente ao homem, condição e expressão da sua experiência convivencial, o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos mutáveis, constantemente publicados e revogados pelos órgãos de poder. (...) O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produtos de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; projeta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.”*²⁷

Os princípios constitucionais detêm grande importância dentro do sistema normativo, uma vez que correspondem ao caminho a ser seguido e aos valores que devem ser observados pelos seus aplicadores e destinatários.

a. Princípio da Segurança Jurídica e Proteção da Confiança

Referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que o princípio do Estado de direito, plasmado no artigo 2º da CRP, *“mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição*

²⁷ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 6ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 261.

do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança".²⁸ Considera GOMES CANOTILHO que a garantia de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito reflete a ideia de proteção da confiança dos cidadãos relativamente à continuidade da ordem jurídica.²⁹

Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2012 de 20-07-2012,³⁰ *"a protecção da confiança traduz a incidência subjectiva da tutela da segurança jurídica, representando ambas, em concepção consolidadamente aceita, uma exigência indeclinável (ainda que não expressamente formulada) de realização do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP)."*

Também o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 413/2014, de 26-06-2014,³¹ *"A aplicação do princípio da confiança deve partir de uma definição rigorosa dos requisitos cumulativos a que deve obedecer a situação de confiança, para ser digna de tutela: em primeiro lugar, as expectativas de estabilidade do regime jurídico em causa devem ter sido induzidas ou alimentadas por comportamentos dos poderes públicos; elas devem, igualmente, ser legítimas, ou seja, fundadas em boas razões, a avaliar no quadro axiológico jurídico-constitucional; por fim, o cidadão deve ter orientado a sua vida e feito opções, precisamente, com base em expectativas de manutenção do quadro jurídico. Dados por verificados esses requisitos, há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afetados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração. Com efeito, para que a situação de confiança seja constitucionalmente protegida, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa."*

²⁸ Luísa Neto, Centro de Estudos Judiciários, Direito Administrativo, Agosto de 2014, p. 78.

²⁹ Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Almedina, 2003, p.254 e seguintes.

³⁰ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>

³¹ https://www.ipl.pt/sites/default/files/ficheiros/instituto/acordao_do_tribunal_constitucional_n_o_413_2014_de_26_de_junho.pdf

Há que atender que a previsibilidade de novas soluções normativas tem sempre presente a proteção da confiança dos cidadãos perante a ordem jurídica.

E como tal, as alterações normativas que surjam não devem afetar direitos adquiridos, as expectativas que foram sendo criadas, as situações jurídicas que com o tempo se tornaram estáveis, e que possam a ser sacrificadas pela aplicação imediata da nova lei.

A partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro, foram sendo criadas expectativas ao permitir que o exercício da função de agente de execução passasse a ser praticado também por advogados, produzindo-se uma alteração no quadro normativo que regula os atos praticados, seus impedimentos e as suas incompatibilidades.

Até à entrada em vigor da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, a inscrição definitiva de agente de execução dependia do preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 117.º e 119.º³² do Decreto-Lei n.º 88/2003 de 26 de abril, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro. Mais ainda, a Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, antigo EOA, no seu artigo 80.º n.º 3 permitia ao advogado o registo cumulativo na Câmara dos Solicitadores enquanto agente de execução, após a inscrição e aprovação em exame, também contemplado no artigo 119.º do EOSAE.³³

³² Vide nota de rodapé n.º 8, p.7.

³³ Apesar das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20-11 que permitiram aos advogados o exercício da função de agentes de execução, persistia à data, ainda a questão da incompatibilidade para o exercício de tais funções em sentido equivalente ao exercício das funções de gestor judicial e liquidatário judicial e que se encontrava plasmado no antigo artigo 77 n.º 1 al. o), (atual artigo 82.º n.º 1 alínea m) da Lei n.º 145/2015). Relativamente à figura do liquidatário judicial e administrador de insolvência, em sentido similar ao exercício da função de advogado e agente de execução, foram feitas algumas considerações quando à existência ou não de incompatibilidades quando cumuladas com o exercício da advocacia. Neste sentido, Parecer n.º 14/PP/2010-G a 36/PP/2010-G de 02-07-2010, Relator Costa Amorim. Argumentos a favor da inexistência de incompatibilidades, temos a posição do Dr. José Carlos Vieira de Andrade, "(...)"^{7º} - (...) - *O artigo 81º do Estatuto da Ordem dos Advogados determina expressamente que "as incompatibilidades e impedimentos criados pelo presente Estatuto não prejudicam os direitos legalmente adquiridos ao abrigo de legislação anterior" – sendo uma incompatibilidade criada pelo artigo 77º a do exercício da advocacia com as funções de gestor judicial ou liquidatário judicial ou pessoa que exerça idênticas*

funções (alínea g) do n.º 1). - O disposto neste preceito legal não contraria o artigo 12º do Código Civil, que, ao consagrar, com alterações, a teoria do facto passado, visou estabelecer regras supletivas sobre a aplicação das leis no tempo, dele não resultando a proibição de salvaguarda de direitos adquiridos, que, com maior ou menor extensão, pode ser expressamente estabelecida pela lei nova nas hipóteses em que o legislador entenda que tal se justifica. (...) - Os advogados que, no exercício da liberdade de profissão, foram admitidos e inscritos nas listas oficiais de liquidatários e gestores judiciais e transitaram para as listas de administrador da insolvência, adquiriram um novo estatuto jurídico-profissional ao abrigo da legislação vigente até 2005 – estando, por isso abrangidos pela excepção decretada no artigo 81º do EOA para os direitos legalmente adquiridos. - A interpretação dos referidos preceitos do EOA em conformidade com os direitos fundamentais – postulado que resulta da superioridade normativa da Constituição e, em especial, da aplicabilidade directa dos preceitos que consagram direitos, liberdades e garantias – justifica a opção inequivocamente expressa no texto legal com fundamento no princípio da protecção da confiança legítima dos cidadãos, tal como é defendido na doutrina e está consagrado jurisprudência do Tribunal Constitucional. (...).”

Em sentido contrário, o Dr. João Loff Barreto, defende a existência de incompatibilidades, “(...) 16- Desde logo não posso sufragar a conclusão segundo a qual o citado artigo 81º do EOA teria «criado um regime de salvaguarda dos direitos adquiridos, a todos os que até aí exerciam em simultâneo as referidas funções de advogado e Liquidatário e Gestor Judicial/administrador de Insolvência». (...) 41- (...) «...terá mesmo o legislador querido esgotar de forma exaustiva o elenco das incompatibilidades para o exercício da advocacia, ou, pelo contrário, terá querido avançar, mas somente a título meramente exemplificativo, com um elenco de profissões onde a incompatibilidade com o exercício da advocacia era por demais evidente?» (...) 65- Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (...) “a liberdade de escolha de profissão é um direito fundamental complexo, comportando vários componentes. Enquanto direito de defesa a liberdade de profissão significa duas coisas: (a) não ser forçado a escolher (e a exercer) uma determinada profissão; (b) não ser impedido de escolher (e exercer) qualquer profissão para a qual se tenha os necessários requisitos, bem como a obter estes requisitos”. (...) 74 -Porém, no que toca ao direito à liberdade de escolha de profissão, a própria Constituição admite que o mesmo possa sofrer restrições desde que estas sejam impostas pelo interesse colectivo ou desde que sejam inerentes à própria capacidade do trabalhador (vide segunda parte do n.º 1 do art.º 47.º da CRP) (cfr. STJ 07/03/2007 Pº 06S1541). Isto é, a liberdade de escolha e de exercício da profissão fica sujeita às “restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua capacidade”. 75 - E cabendo à Ordem dos Advogados apreciar a existência de incompatibilidades, obviamente que não poderá furtar-se a cumprir escrupulosamente a lei constitucional e ordinária aplicáveis, ponderando a ‘necessidade’, a ‘exigibilidade’ e a ‘proporcionalidade’ dessas incompatibilidades com a mesma cautela e ‘proibição de excesso exigíveis ao próprio Estado. (...) 77- Sucede que o regime das incompatibilidades com a advocacia, se bem o percebemos, não estabelece verdadeiras e próprias restrições à liberdade de escolha da profissão, mas, quando muito, limites iminentes da liberdade de exercício da profissão de advogado, limites estes só aplicáveis quando em acumulação com outros cargos ou profissões tidos por incompatíveis. O que é substancialmente diferente. (...) 106 - Por outro lado, o nº2 do referido art. 132º deixava claro que o liquidatário escolhido tem de estar inscrito na lista oficial do respectivo distrito judicial, enquanto que o seu nº3 veio ressaltar uma hipótese de incompatibilidade: - não pode ser liquidatário judicial no processo de falência quem, no processo de recuperação de empresa que o precedeu, tiver exercido as funções de gestor judicial. (...) 132 - Ou seja, tenho para mim por certo que o legislador não pretendeu ressaltar todas as situações constituídas no passado das quais tivessem resultado “direitos adquiridos” – como pretende o ilustre Relator - isto independentemente da fonte, da origem genética ou do mecanismo da aquisição, mas apenas as situações pontual, directa e positivamente previstas na “legislação” anteriormente em vigor. 133 - Sucede que antes do EOA de 2005 inexistia, tanto quanto sei, qualquer legislação que autorizasse especificamente os liquidatários gestores de falência a acumularem tais cargos com a advocacia (diferentemente do que sucedia com os notários e os conservadores do registo civil em certas

Com a entrada da nova Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, apenas é permitida a inscrição cumulativa na primeira fase de estágio, artigo 85.º n.º2 do EOA e desde que não exerçam o mandato judicial, n.º 3. Apesar da inexistência de normativo idêntico na EOSAE, esta contempla no seu artigo 165.º n.º 1 alínea a) essa mesma incompatibilidade, e que é específica para os agentes de execução.

Mais ainda, o artigo 13.º n.º 3 das disposições transitórias do EOSAE, contempla uma profunda alteração no paradigma profissional ao determinar

comarcas), ou vice-versa. (...) 139 - Basta pensar que o EOA sempre impôs aos advogados o estrito respeito pelo sigilo profissional, dever que o estatuto dos liquidatários e administradores de falência não impunha (nem hoje impõe o actual estatuto) com o rigor que é exigido aos advogados. (...) 141 - Por outro lado, poderá até questionar-se se o exercício da advocacia por um administrador de insolvência não poderá colocar em causa a sua “isenção e independência” enquanto advogado (cfr. art. 76.º do E.O.A.) e vice-versa. 142- É certo que, sob este aspecto, o Estatuto do Administrador de Insolvência assegura enfaticamente a independência do exercício de funções, como se pode confirmar pelo artigo 16º: «1 — O administrador da insolvência deve, no exercício das suas funções e fora delas, considerar-se um servidor da justiça e do direito e, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhes são inerentes. 2 — O administrador da insolvência, no exercício das suas funções, deve manter sempre a maior independência e isenção, não prossequindo quaisquer objectivos diversos dos inerentes ao exercício da sua actividade. 3 — Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte, os administradores da insolvência inscritos nas listas oficiais devem aceitar as nomeações efectuadas pelo juiz, devendo este comunicar à comissão a recusa de aceitação de qualquer nomeação.» 143 - Mas, por vezes, a realidade desmente as mais firmes declarações formais de isenção e independência. Assim, imaginemos que uma sociedade se apresenta à insolvência e logo é designado como seu liquidatário (ou administrador da insolvência) um advogado de que essa sociedade havia sido cliente em tempos idos (ou um advogado que faz parte do escritório de advogados que a patrocina ou patrocinou). Em que posição ficará o advogado, nomeadamente em matéria de conflitos de interesses? Nesta hipótese, não faltará quem se interroge se esse administrador não estará a utilizar, hoje, os segredos a que em tempos acedeu como advogado da insolvente, mas agora em proveito da massa falida. (...) 147 - Por outro lado, um advogado, que seja simultaneamente liquidatário ou administrador de insolvência, poderá estar colocado em “melhor circunstâncias” do que os colegas, que não o sejam, para angariação de clientela. Esta, como assevera o Dr. António Arnaut, em anotação ao art. 76.º do E.O.A., poderá advir do exercício de “qualquer cargo” que proporcione ao advogado, que o exerça, “condições de angariação de clientela”. 148 - Será porventura o caso dos credores da insolvente, que poderão ser tentados a escolher colegas pertencentes ao escritório desse advogado, sabendo que este também é administrador da insolvente. A ser assim, a duplicidade de actividades será susceptível de gerar uma promiscuidade contaminadora da isenção, independência e dignidade da profissão de advogado, falseando a cultura de parte que nos caracteriza. (...)152 - Nestas condições, não é sequer líquido que possamos falar verdadeiramente em “direitos adquiridos” no que concerne aos advogados que anteriormente ao EOA de 2005 acumulavam de facto a advocacia com a actividade de “gestores judiciais ou liquidatários judiciais”. Na melhor das hipóteses, estaríamos perante “direitos em formação”, ou então perante meras “expectativas” jurídicas, que não perante direitos verdadeiramente “adquiridos”. (...)” Ainda a favor da incompatibilidade de cumulação de funções o Ac. TRL de 16-04-2009, Proc. n.º 1123/07.0TYLSB-E.L1-8, Relator Ferreira de Almeida.

que o advogado que exerça funções de agente de execução, relativamente ao qual se verifique incompatibilidade quanto ao mandato judicial deve pôr termo a essa incompatibilidade até 31 de dezembro de 2017, seguindo o preceito também estatuído no artigo 3.º n.º 4 das disposições transitórias do EOA.

Esta alteração normativa colocou em causa o princípio da segurança e a proteção da confiança de todos aqueles que até à data cumulavam as duas profissões.

Mas estaremos perante uma verdadeira incompatibilidade que obste à cumulação de ambas as profissões ou será um impedimento? Na esteira do que foi sendo delimitado, o exercício do mandato judicial por agente de execução traduz-se numa incompatibilidade absoluta, levando consequentemente ao cancelamento do exercício da sua função. Apesar do presente EOA no seu artigo 86.º referir que *“as incompatibilidades e impedimentos criados pelo presente Estatuto não prejudicam os direitos legalmente adquiridos ao abrigo de legislação anterior”*, na verdade, não é passível a cumulação de ambas as funções.

Esta incompatibilidade do exercício do mandato judicial por agente de execução apenas se encontra contemplado na presente lei, não existindo no estatuto anterior, daí que não possamos falar verdadeiramente de direitos adquiridos, mas apenas de expectativas que foram sendo criadas. E consequentemente também não existe qualquer normativo no atual EOA ou EOSAE que salvaguardam esta ideia de direitos legalmente adquiridos.

b. Princípio da Não Retroatividade da Lei

Considera GOMES CANOTILHO que *“o princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objetivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjetiva dos*

*cidadãos, legítima a confiança na permanência das respetivas situações jurídicas.”*³⁴

Em prol do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, a nova norma deverá aplicar-se a situações constituídas posteriormente – princípio da não retroatividade da lei.

E em consonância com esta ideia surge o artigo 12.º n.º1 do CC “*A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroativa, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.*”

Assim, temos casos de retroatividade autêntica em que uma norma pretende ter efeitos sobre o passado - eficácia *ex tunc* -, e casos em que uma lei pretendendo vigorar para o futuro - eficácia *ex nunc* - podendo colidir com situações, direitos ou relações jurídicas geradas no passado e ainda existentes.

Em sentido contrário temos a posição do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 285/92,³⁵ no qual se extrai: “*Não há, com efeito, um direito à não frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradoiras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. Ao legislador não está vedado alterar o regime de casamento, de arrendamento, do funcionalismo público ou das pensões, por exemplo, ou a lei por que se regem processos pendentes.*” (...) “*o legislador não está impedido de alterar o sistema legal afectando relações jurídicas já constituídas e que ainda subsistam no momento em que é emitida a nova regulamentação, sendo essa uma necessária decorrência da auto revisibilidade das leis. O que se impõe determinar é se poderá haver por parte dos sujeitos de direito um investimento de confiança na manutenção do regime legal.*”

Para Santos Justo, a doutrina de direitos adquiridos não faz sentido atualmente “*primeiro, porque o direito não deriva do seu exercício; depois,*

³⁴ *Ob. Cit.*, Gomes Canotilho, p.259.

³⁵ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920285.html>

porque nem sempre é fácil distinguir um “direito subjectivo” e uma “expectativa”; finalmente, porque nem todos os direitos permanecem indefinidamente sujeitos à disciplina do direito vigente quando se constituíram.”³⁶

Ora, estamos perante uma situação de proibição da retroatividade quando uma nova lei não pode ter eficácia em relação ao passado, no entanto, quando essa eficácia não pode ser imediata, estamos perante a necessidade de normas transitórias.

Tal como é o caso em apreço, advogados que cumulam a função de agentes de execução têm até 31 de dezembro de 2017 para optarem qual a função futura que pretendem desempenhar, tal como previstos nas disposições transitórias do artigo 3.º n.º 4 do EOA e artigo 3.º n.º 13 do EOSAE.

O que em consonância com o supra exposto relativamente à proteção do princípio da confiança, sobre os agentes de execução não prevalece a ideia de direitos adquiridos, nem se subsume o princípio de que a lei só vigora para o futuro. Isto porque, as expectativas que foram sendo criadas, não advêm de um comportamento por parte de ambas as ordens profissionais de manutenção e regulação do exercício de funções cumulativas, uma vez que se pretende que não seja violada a razão primordial da existência das ordens profissionais – a defesa do interesse público. Daí que face à inexistência quer de lei anterior em ambos os estatutos, quer de comportamentos que visem tal regulamentação, não estamos no caso em apreço, perante uma situação de irretroatividade da lei.

III – CONCLUSÃO

Por configurar-se a figura do agente de execução numa atividade similar à de um advogado – refira-se a este propósito, o exercício do mandato judicial em qualquer execução – tornou-se imperativo implementar-se, e nessa

³⁶ A. Santos Justo, Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra Editora, 2001, p.369.

medida estatui-se uma alteração ao EOA e do ao EOSAE, tornando-se incompatível o exercício do mandato judicial, seja declarativo ou executivo.

A prática de atos próprios das duas profissões deixou de ser passível de cumulação, desde logo, pela natureza específica das funções, além da dependência residual ao juiz por parte de quem exerce a função de agente de execução.

Na verdade, pretende-se vincar a prossecução do interesse público alicerçado nos princípios deontológicos inerentes à atividade de agente de execução e de advogado.

Mais concretamente, os princípios da independência e da dignidade da profissão. Ressalvando-se aqui, que o exercício da atividade de agente de execução, apesar de independente das influências e interesses exteriores (de acordo com o vertido no artigo 119.º EOSAE), encontra-se sobre a autoridade do juiz, na sua dependência funcional, contrariamente à atividade do advogado que é exercida de forma totalmente livre, independente e autónoma, no mandato judicial.

Nessa medida, vinca-se a proibição da partilha de escritórios entre o advogado e o agente de execução, que pese embora possam gozar de autonomia técnica e independência quanto às normas, meios e fins deontológicos impostos pelo EOSAE e EOA, poderiam ainda assim, resultar em quebra de confidencialidade, na parcialidade dos interesses em causa, assim como sujeição, eventualmente, a um poder de direção e orientação.

Pelo que, ao não prevalecer a ideia de direitos adquiridos e nem se subsumir o princípio de que a lei só vigora para o futuro, tal como preceitua a Lei n.º 154/2015, de 14 de setembro (EOSAE), no artigo 3.º n.º 13 das disposições transitórias, em que *“Os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados e na Câmara dos Solicitadores como agentes de execução, relativamente aos quais se verifiquem incompatibilidades em resultado das alterações introduzidas pelo Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, devem pôr termo a essas situações de incompatibilidade até 31 de*

dezembro de 2017 (...).”, e ainda o constante no artigo 85.º n.º1 da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro (EOA), resultou em profundas alterações no contexto profissional e pessoal de todos aqueles que cumulavam as duas profissões, levando-os a escolher apenas uma das atividades profissionais, tendo como pedra basilar o princípio do interesse público e respetivos princípios deontológicos a ele inerentes.

“Tudo evolui; não há realidades eternas: tal como não há verdades absolutas.” (Friedrich Nietzsche)

BIBLIOGRAFIA

- ARMINDO RIBEIRO MENDES, O Processo Executivo no Futuro Código de Processo Civil, p. 110 e seguintes.
- DIOGO FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2006, p. 460.
- FERNANDA PAULA OLIVEIRA E JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, Noções Fundamentais de Direito Administrativo, 4ª Edição, Almedina, 2015, pág. 76.
- FERNANDO SOUSA MAGALHÃES, Estatuto da Ordem dos Advogados, Anotado e Comentado, 10ª Edição., Almedina, 2015, p. 22, ponto 17.
- GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Almedina, 2003, p.254 e ss.
- JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 6ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 261.
- LAURINDA GEMAS, O Novo Processo Civil, Contributos da Doutrina Para A Compreensão Do Novo Código de Processo Civil, *In* Centro de Estudos Judiciários, Caderno I, 2ª Edição, Dezembro de 2013, p.424.

- LUÍSA NETO, Centro de Estudos Judiciários, Direito Administrativo, Agosto de 2014, p. 78.
- ORLANDO DA COSTA GUEDES, Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares, 7ª Edição, Almedina, 2010, p.69 e ss.
- NOVO ESTATUTO DOS SOLICITADORES, Decreto-Lei n.º 88/2003 de 26 de Abril, DisLivro, 2003.
- RUI PINTO, Notas Breves sobre a reforma do Código de Processo Civil em Matéria Executiva
- SANTOS JUSTO, Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra Editora, Julho 2001, p. 369.
- VÍTOR DA CUNHA OLIVEIRA, Advogados & Solicitadores e Agentes de Execução, Vida Económica, 2016.
- Acerca da história da Ordem dos Advogados consultar: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=80 ■

A responsabilidade dos Bancos por comunicação à CRC: via contratual

Angelina Teixeira

Advogada

Vítor Pinho Ferreira

Advogado-Estagário

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto uma singela análise da central de responsabilidades de crédito do Banco de Portugal e o ressarcimento de eventuais danos decorrentes da errónea comunicação de informações por parte das Entidades Participantes. A jurisprudência admite a proteção dos danos dali decorrentes pela via da responsabilidade civil extracontratual. Urge por isso abordar a possibilidade estender a proteção dos clientes bancários pela via da responsabilidade contratual.

SUMÁRIO: I – Introdução; II – Central de Responsabilidade de Crédito; III – Breve alusão ao problema; IV – Prática jurisprudencial; V – Posição tomada; VI – Notas finais.

I - INTRODUÇÃO

Tendo por base a crise económica e financeira internacional, iniciada em 2008 pela queda do Banco de Investimento “*Lehman Brothers*”¹ e em Portugal manifestada pelo desaparecimento de algumas instituições bancárias² é sabido

¹ A crise do *subprime* (empréstimos de alto risco) forçou, em 15 de setembro de 2008, o Banco a requerer a Insolvência, sendo considerada a maior falência da história dos EUA (detinha ativos de 458 mil milhões de euros).

² Banco Português de Negócios (BPN) – nascido em 1993 e nacionalizado em 2008, pela Lei n.º 62-A/2008, Banco Internacional do Funchal (BANIF) – resolvido em dezembro de 2015 e Banco

que não mais se retomou a relação de confiança existente entre Bancos e Clientes.

A confiança é o pilar, senão o mais importante dos sentimentos em economia e, em conjunto com outros fatores, é o elemento essencial para determinar as ações e expectativas dos agentes económicos³. De igual forma, não será diferente do ponto de vista financeiro como pedra angular onde assenta a economia de mercado.

A atividade bancária não é, como facilmente se conclui, uma exceção a este sentimento de (des) confiança: a relação entre Bancos e entre Bancos e Clientes rege-se pelo leme de que a desconfiança traz instabilidade e insegurança do sistema financeiro. Porém, a atividade bancária, quer seja a receção de depósitos ou na concessão de créditos, acarreta alguns (senão vários) riscos, para os quais os Bancos devem (ou deveriam) ter as ferramentas adequadas a título preventivo.

É uma destas ferramentas que iremos abordar, passando, em revista o funcionamento da Central de Responsabilidades de Créditos (daqui em diante CRC) do Banco de Portugal.

Da necessidade de as instituições bancárias avaliarem e mitigarem o risco latente nas operações de concessão de crédito, foi criado o serviço de centralização de riscos de crédito. Inicialmente previsto pelo Decreto-Lei n.º 47909, de 7 de setembro de 1967⁴, alterado pelo Decreto-Lei n.º 29/96, de 11 de abril e agora pelo previsto no Decreto-Lei nº 204/2008, de 14 de outubro. Para além do decreto-lei n.º 204/2008, de 14 de outubro, esta matéria é regulamentada pela Instrução n.º 17/2018⁵ do Banco de Portugal.

Espírito Santo (BES) – um dos maiores bancos privados portugueses, com origens no Sec. XIX e resolvido em agosto de 2014.

³ John Maynard Keynes, no seu *“The General Theory of Employment, Interest and Money”* (1936), descreveu as emoções que condicionam o comportamento humano e que podem ser aferidas em termos de confiança no consumidor.

⁴ Aí designado de Serviço de Centralização de Riscos de Crédito.

⁵ Originalmente a matéria estava regulada pela Instrução nº 21/2008, publicada em 15/01/2009.

Da análise do regime da CRC do Banco de Portugal (doravante BdP), cristalizada no Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro e melhor desenvolvida na Instrução n.º 17/2018 do BdP, propomos que o leitor retenha que as Entidades Participantes (EP) estão obrigadas a comunicar ao BdP informações sobre responsabilidades efetivas ou potenciais decorrentes de operações de crédito dos seus clientes ou potenciais clientes.

Tais comunicações, de índole obrigatória, automática e de forma eletrónica são realizadas pelos sistemas informáticos dos Bancos, significando que são passíveis de erro, o que poderá conduzir a um relato junto BdP, ou seja, um registo de incumprimento numa obrigação assumida, danos que não raras vezes são irreparáveis.

Deste modo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem vindo a aceitar a tutela dos danos causados neste circunstancialismo e a consequente responsabilização dos Bancos ou Instituições Financeiras por transmissão de informações financeiras erradas ou por total omissão de comunicação à CRC quando a esta estavam obrigadas.

A tese que aceita a responsabilidade daquelas Entidades pela transmissão de informações erradas ou imprecisas nos Tribunais tem vindo a fazer-se pela via da responsabilidade delitual, aquiliana ou extracontratual, atribuindo aos Autores das ações de responsabilidade, indemnizações pelos danos sofridos, na sua maioria cobrindo danos não patrimoniais.⁶

Porém, o caminho para a proteção dos interesses dos Autores de ações deste tipo, tem-se afastado da via da responsabilidade contratual, a qual nos propomos a defender, pela perceção de que o Cliente Bancário⁷ é, muitas vezes um alvo fácil a cuja tutela é merecedora da maior atenção. Mas,

⁶ Mais à frente iremos referir-nos e analisar alguns dos diversos acórdãos que versaram sobre esta temática.

⁷ Quando nos referimos a Cliente Bancário, fazemo-lo pretendendo abranger todos os sujeitos, singulares ou coletivos, cuja operação foi objeto de comunicação à Central de Responsabilidade de Crédito do Banco de Portugal e não, ao contrário da expressão utilizada acima, que talvez não sendo a mais feliz, apenas aparenta referir-se às operações comunicadas por Bancos. Pensamos ser este o termo mais adequado.

acrescente-se, que na nossa perspetiva, esta via adequa-se sobretudo por se tratar de uma forma de equilibrar a relação – por natureza desnivelada - entre o consumidor, numa perspetiva lata, abarcando quer pessoas coletivas ou singulares e as instituições bancárias.

O que se assiste, nalgumas situações, é um desprezo pelo cliente bancário no que toca à emissão, transmissão e controlo das informações prestadas à CRC, o que, na nossa perspetiva coloca em causa os *bens jurídicos*, tais como o direito à honra, ao bom nome e ao crédito.

Adiantamos já que a nossa posição, ao arrepio daquela tomada em diversos arestos decisórios, assenta na definição e concretização da responsabilidade das entidades participantes na CRC como responsabilidade contratual, por violação de deveres contratuais decorrentes da *boa-fé* e do bom senso.

O caminho trilhado até aqui pela jurisprudência conheceu e reconheceu ao Clientes Bancários o direito à reparação pelos danos patrimoniais e não patrimoniais pela aplicação do instituto da responsabilidade civil extracontratual.

Todavia, entendemos que a admissão do direito a ser indemnizado deverá ser feito pela via da responsabilidade contratual. Ainda que os pressupostos onde repousam ambas as responsabilidades sejam coincidentes, ou por outras palavras, assentam nos mesmos pressupostos: facto, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano - a responsabilidade prevista no artigo 798.º n.º 1 do C.C., parece favorecer a posição processual do aqui lesado, nomeadamente se olharmos para a inversão do ónus da prova quanto à culpa e no alargamento do prazo prescricional de 3 para 20 anos.

II - CENTRAL DE RESPONSABILIDADE DE CRÉDITO

No sítio da Internet⁸, o Banco de Portugal oferece-nos a definição da CRC como sendo “*uma base de dados, gerida pelo Banco de Portugal, com informação prestada pelas entidades participantes*”⁹ (*instituições que concedem crédito*) sobre os créditos concedidos aos seus clientes”. Refira-se que apenas estão excluídas da obrigação de comunicação à CRC responsabilidades assumidas inferiores a € 50,00¹¹.

A jurisprudência também ofereceu adequada explicação sobre a CRC. O Tribunal da Relação de Guimarães, simplificou a CRC como “*uma base de dados que foi criada com o objetivo de apoiar as instituições financeiras na avaliação do risco na concessão de crédito, permitindo-lhes consultar informação agregada sobre o endividamento de quem lhes peça a concessão de crédito.*”¹²

O principal desiderato da CRC é sustentar a atividade das EP, avaliando o risco associado a potenciais clientes e operações¹³. Para a concessão de crédito é imperioso conhecer o total das responsabilidades do cliente, o que inclui informações as positivas, mas também as negativas, pois apenas desta forma se poderá avaliar a situação e capacidade de endividamento do cliente.

⁸ Consultável em: <https://www.bportugal.pt/>

⁹ Entidades sujeitas à supervisão do BdP que concedam crédito, sucursais de instituições de crédito com sede no estrangeiro e actividade em Portugal e outras entidades designadas pelo Banco de Portugal que, de algum modo, exerçam funções de crédito ou actividade com este directamente relacionada.

¹⁰ Lista publicada no sítio do BdP in:

https://www.bportugal.pt/sites/default/files/crc_lista_entidades.pdf.

¹¹ Veja-se o ponto n.º 7 da Instrução n.º 17/2018, do Banco de Portugal, que regulamento o funcionamento da CRC.

¹² Acórdão do TRG, ao processo 900/17.9T8GMR.G1, consultável em www.dgsi.pt.

¹³ A informação recolhida através da CRC não visa apenas o apoio à atividade das entidades participantes, desempenha ainda funções de auxílio à supervisão das instituições de crédito e sociedades financeiras, análise da estabilidade do sistema financeiro e compilação estatística – cfr. artigo 5.º do DL n.º 204/2008, de 14 de outubro.

Para tanto, a CRC integra responsabilidades efetivas¹⁴ e potenciais¹⁵, tanto regularizadas ou em incumprimento, isto é, informações positivas ou negativas, e também informações sobre Insolvências¹⁶, de pessoas singulares ou coletivas, declaradas em Tribunal. Assim, recebido um pedido de concessão de crédito a EP desencadeará um pedido de informações à CRC¹⁷¹⁸, da qual constarão responsabilidades efetivas, qualquer empréstimo para habitação ou ao consumo, e responsabilidades potenciais, sejam fianças ou avals.

A função da CRC é apenas de auxiliar as EP a tomar a decisão de conceder o crédito solicitado pelo Cliente e não de impedir ou ordenar um empréstimo. A CRC é uma ferramenta a favor da racionalidade na tomada de decisões de conceder ou não empréstimos.

Tomando em consideração o papel atribuído à CRC no apoio à concessão de crédito, as responsabilidades dos seus clientes¹⁹ são comunicadas obrigatoriamente pelas EP ao BdP mensalmente.

E, compreende-se agora o impacto que a transmissão duma informação incompleta ou errada poderá representar no dia-a-dia de um cliente bancário: começando com um pedido de concessão de crédito dirigido a uma EP, essa

¹⁴ São exemplos destas responsabilidades empréstimos para compra de casa própria e automóveis, descobertos bancários, montantes utilizados de cartões de crédito, etc. Neste ponto incluem-se aquelas situações de compras a prestações efetuadas junto de comerciante e que tenham subjacente um contrato de crédito celebrado com uma instituição financeira. Estas operações são comunicadas à CRC até ao pagamento integral.

¹⁵ Referimo-nos a Fianças, avals ou facilidades de crédito passíveis de conversão em dívidas efetivas.

¹⁶ Comunicadas pelo Ministério da Justiça.

¹⁷ O acesso ao CRC é condicionado pela existência de um pedido de concessão de crédito, caso contrário, o acesso à base de dados do BdP apenas é aprovado mediante a autorização do potencial cliente.

¹⁸ De referir que organismos encarregues de centralização de informações sobre responsabilidades de créditos de outros países podem aceder à CRC desde que exista acordo de troca de informações celebrado com o BdP de carácter recíproco.

¹⁹ Da mesma forma, as entidades participantes recebem mensalmente um fluxo de informações no sentido contrário, isto é, o extrato agregado das responsabilidades dos seus clientes em todo o sistema.

EP diligentemente solicita ao BdP o mapa de responsabilidades do potencial cliente e, em seguida, tomando uma decisão racional, apoiada na resposta do BdP, nega o empréstimo bancário.

De outro lado, podemos conjecturar o impacto duma decisão deste tipo no quotidiano de um Empresa ou de uma pessoa singular que com válidas expetativas reúna todas as condições para ver o crédito concedido e vê o crédito negado com base em informações erradas/erróneas.

Estamos perante um cenário que tem contornos «perversos» uma vez que, à semelhança do que se pretendeu acima dizer, o cliente está completamente excluído do fluxo de informação constante da CRC, sendo alheio a todas as informações que constam do seu próprio cadastro²⁰, podendo apenas consultá-lo.

É aqui, portanto, que assenta um dos vetores de defesa da nossa tese que, oportunamente, pretendemos voltar ao tema e aprofundar.

Mas, por enquanto, importa ilustrar que os dados são enviados periodicamente ao BdP. Como já referimos, apenas são comunicadas as responsabilidades, quer se trate de informações negativas ou positivas, acima do limiar de € 50,00. E, antes de mais, as informações prestadas às entidades participantes refletem as responsabilidades globais de crédito perante todas as entidades, excetuando, no entanto, o local ou a entidade concedente do crédito²¹.

Então, significará que os dados enviados à CRC, incluem a identificação do cliente, o mês de centralização, o número de EP que passa a comunicar a responsabilidades do cliente e ainda informações sobre eventuais processos de Insolvência, entre outros²².

²⁰ Cfr. artigo 2.º, referente às EP e artigo 3.º, sobre o conteúdo do dever de comunicação. As informações prestadas são da exclusiva responsabilidade das EP e, quanto muito, o Cliente poderá solicitar ao seu Banco ou ao BdP a retificação do seu cadastro – Ponto 11.1 da instrução n.º 17/2018.

²¹ Cfr. Artigo 7.º Decreto-Lei n.º 204/2008 de 14 de outubro.

²² Aqui é importante frisar que as informações comunicadas à CRC são para uso exclusivo das EP, sendo-lhes vedada a transmissão a terceiros (artigo 7.º n.º 2 DL 204/2008). Posição também tomada

De realçar que, antes da concessão de um empréstimo, os Bancos devem advertir os clientes (por escrito) dos factos suscetíveis de comunicação e inserção na base de dados do BdP²³. A advertência deve constar do próprio contrato ou de anexo ao mesmo. Obrigação que se estende durante a execução do contrato, devendo, em situações de incumprimento, as EP informar os devedores, previamente à comunicação à CRC²⁴.

Ao longo deste texto tivemos a intenção de expor o mecanismo de relato de informações à CRC, o papel de auxiliar à tomada de decisão que este assume, avaliando os riscos de determinada operação, para agora introduzir o que tem sido a posição da nossa jurisprudência quanto ao incumprimento ou cumprimento defeituoso da comunicação das responsabilidades à CRC.

Estejamos, pois, em alerta, que são complexos os efeitos na esfera jurídica do sujeito objeto de comunicação *não verdadeira*. Para além dos danos patrimoniais decorrentes da não concretização de determinado negócio que não iremos aqui tratar, termos eventualmente e com fácil probabilidade ainda os danos não patrimonial reflexo do ataque ao direito ao bom nome e à honra violados por ação da EP comunicadora.

Em síntese, e para um melhor enquadramento:

- a) O CRC é um sistema de recolha de informações gerido pelo BdP;
- b) As comunicações recebidas pelas EP versam sobre responsabilidades efectiva ou potenciais decorrentes de operações de crédito;
- c) Às EP é possível aceder a informação agregada de um cliente ou potencial cliente relativo a todo o sistema financeiro;

no artigo 78.º n.º 1 do DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro e que se refere ao segredo profissional sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços. dos membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional.

²³ Ponto 9.1, da Instrução n.º 21/2018.

²⁴ Ponto 9.2, da Instrução n.º 21/2018.

d) A CRC assenta na obrigatoriedade da comunicação mensal ao BdP das responsabilidades de valor superior a € 50,00 e na reciprocidade de acesso à informação;

e) Os dados recolhidos pela CRC são da exclusiva responsabilidade das entidades transmitentes, os quais não são alteradas pelo BdP, que apenas assume a gestão do sistema;

f) Por fim, as informações das responsabilidades de crédito apenas são atualizadas, retificadas ou eliminadas desde que comunicadas pelas EP ao BdP.

Chegados aqui, podemos retirar, pelo menos, duas últimas conclusões (s.m.o) acerca do ponto de partida para a responsabilização das EP: os dados transmitidos à CRC são da exclusiva responsabilidade das EP e as informações só são alteradas mediante comunicação da EP responsável ao BdP. Pois, tenhamos presente da sensibilidade e do impacto potencial das informações alvo de transmissão, cuja responsabilidade é das instituições de créditos ou bancos do sistema financeiro.

Assim, apelamos às EP, um especial dever de cuidado nas responsabilidades transmitidas à CRC²⁵, salvaguardando, os mais elementares bens jurídicos e obrigações a que se encontram adstritas.

III – Breve alusão ao Problema

Terminada esta exposição inicial cumpre delimitar aquilo a que podemos apelidar de *busilis* de que entendemos ser necessário deslindar. Vimos como a CRC opera e como as EP estão obrigadas a partilhar com o sistema informações sobre responsabilidades assumidas pelos clientes junto de todas as EP. A partilha de informação é necessária e elementar à saúde do sistema

²⁵ “(...) o automatismo dessa comunicação e as consequências que dela nascem para o cliente impõem um reforço do cuidado e da diligência por forma a evitar o erro e suas consequências” – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, ao processo n.º 3003/04.2TVLSB.L1.S2, de 19 de maio de 2011, in www.dgsi.pt

financeiro, permitindo a correta avaliação do risco associado a determinada operação financeira, seja ela a concessão de um empréstimo para compra de uma habitação, carro ou de outro bem de consumo, desde que tenha subjacente um contrato com uma qualquer EP.

Tendo sempre em linha o dever de segredo prescrito pela DL 204/2008, de 14 de outubro, a proteção da identidade dos sujeitos, pessoas singulares ou coletivas e das respetivas operações, a CRC presta-se a uma função imprescindível ao Bancos e aos Clientes.

Ora, o problema que pretendemos abordar prende-se com a responsabilização das EP, sejam elas bancos ou instituições de crédito, relativamente a comunicações indevidas ou defeituosas à CRC, situação que nos preocupa. Assim, entendemos que se deva criar mecanismos de tutela do direito dos eventuais danos causados por comportamentos menos zelosos das EP, identificando-se a que título devem esses mesmos danos causados serem ressarcidos na esfera jurídica do lesado-cliente bancário.

A posição de alguma jurisprudência vem admitindo, como se disse, a tutela do direito dos danos causados, porém, essa mesma tutela é tomada pela perspectiva da responsabilidade civil extracontratual, pela violação do direito ao bom nome, honra e reputação dos visados, o que na nossa visão faz impender um ónus exagerado, aliás, desproporcionado sob os lesados e fragiliza a sua posição processual.

Ora, pela natureza das entidades aqui em confronto, parece-nos, refletir uma posição desnivelada e, diga-se, injusta.

IV – Prática Jurisprudencial

Os Tribunais têm enquadrado a ressarcibilidade dos danos emergentes da comunicação defeituosa ou da omissão total de comunicação à CRC, repita-se, pela via da responsabilidade extracontratual. Numa pesquisa que todo o leitor poderá fazer à base de dados jurídico-documentais da DGSI, resultam

diversas decisões/acórdãos que conferem aos autores que propuseram de ações de condenação intentadas contra Bancos ou Instituições de Créditos, indemnizações por ofensa ao bom nome, crédito e/ou honra, senão vejamos:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 6771/09.1TBOER.L1-8, de 15/09/2011;
- Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, processo 6512/04.0TVLSB.L1-2, de 12/01/2012;
- Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, processo 1776/11.5T2AVR.C1, de 28/01/2014;
- Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, processo 15249/15.3T8LSB.L1-2, de 28/09/2017; e
- Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães, processo 900/17.9T8GMR.G1, de 25/10/2018; todas consultáveis in *www.dgsi.pt*.

As supra aludidas indemnizações, na prática jurisprudencial, são arbitradas com base na responsabilidade extracontratual das entidades comunicantes. Entendem assim os Tribunais nacionais que a obrigação de comunicação das EP resulta da lei, em concreto do Regime Jurídico relativo à Central de Responsabilidades de Crédito, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro.

Seguindo de perto tal diploma e entendimento, existe, nesta esteira, a obrigação dos bancos enviarem mensalmente ao BdP todas as responsabilidades potenciais e efetivas, sendo por isso os responsáveis pelas comunicações realizadas²⁶. E, a comunicação resulta de uma obrigação legal, não de imposição contratual. Deste modo, a responsabilidade das EP define-

²⁶ “O facto de os bancos serem obrigados a remeter mensalmente e por via informática ao Banco de Portugal todos os créditos e a respectiva situação devidamente codificada não irresponsabiliza aqueles pelas comunicações efectuadas” - Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, processo 3003/04.2TVLSB.L1.S2, de 19/05/2011, in *www.dgsi.pt*

se pela via do cumprimento de uma obrigação legal e não contratual. Abaixo, iremos desenvolver indiciariamente os pressupostos necessários ao funcionamento da responsabilidade delitual e a sua conexão com o tema que temos vindo a explorar.

Como será de conhecimento geral, para o mecanismo do artigo 483.º do Código Civil²⁷ para sustentar qualquer ação judicial desta natureza há que aferir a reunião dos seguintes pressupostos²⁸: o facto²⁹, a ilicitude, culpa (imputação do facto ao agente a título de dolo ou mera culpa), dano³⁰ e nexo de causalidade entre o facto e o dano. Ao lesado incumbe fazer a prova de todos os factos constitutivos do seu direito, o que iremos, na medida do possível de seguida aprofundar.

Desde logo, é necessário um **facto** voluntário do agente, “*não um mero facto natural causador de danos*”³¹. Trata-se de facto objetivamente controlável ou dominável pela vontade. O facto manifesta-se como positivo/ação ou negativo/omissão, sendo positivo quando viola um dever geral de não ingerência na esfera do titular de um direito absoluto ou negativo se sob o agente impende-se algum dever jurídico de adotar determinado comportamento que com algum grau de certeza impediria a consumação do facto³². Estão excluídos da responsabilidade civil danos causados por acontecimentos fortuitos ou por forças de maior.

²⁷ O princípio geral nesta matéria é o seguinte: “*aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes dessa violação*”.

²⁸ Os pressupostos dessa responsabilidade assentam na violação do direito, de interesses alheios, na ilicitude, na imputação do facto ao agente, na existência do dano e no nexo de causalidade entre o facto e o dano – cfr. neste sentido Antunes Varela, in “*Das Obrigações em Geral*”, 1º vol., pág. 356 e segs.

²⁹ Acto humano voluntário, por acção ou omissão.

³⁰ “*Para haver obrigação de indemnizar é condição essencial que haja dano, que o facto ilícito culposamente tenha causado um prejuízo a alguém*”, A. Varela in: “*Das Obrigações em Geral*” vol.1º, 5ª ed., p. 557.

³¹ Ver, como exemplo os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, processos 6771/09.1TBOER.L1-8 e 5826/05.6TJLSB.L1-1, de 15/09/2011 e 11/02/2014, respetivamente, in www.dgsi.pt

³² Cfr. “*Direito das Obrigações*”, Menezes Cordeiro, vol. II, 1990, pág. 344.

Para o que aqui nos interessa, o facto relevante poderá passar pela comunicação ao BdP de uma situação de incumprimento, quando não havia lugar a comunicação alguma, por o Lesado não estar em incumprimento. Se o facto se manifestar na aceção negativa ou revista a forma de omissão, o facto, omissão, relaciona-se com a preterição de uma comunicação necessária ou devida.

A **ilicitude**, segundo o já referido artigo 483.º do CC, traduz-se em “*violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*”. O direito de outrem aqui chamado à colação é a violação de um direito absoluto, como seja o direito à propriedade ou um direito de personalidade. No caso que estamos a desenvolver, significa a violação do direito ao bom nome e crédito previsto no art. 484.º do C.C.³³. Ainda pode significar a ofensa da personalidade³⁵, tutelada pelo artigo 70.º e seguintes do C.C., que estabelece o direito geral à personalidade (física e moral), que integra a proteção da honra e tutela ofensas ilícitas ou ameaça de ofensa à personalidade do indivíduo.

Neste sentido, imagine-se um cidadão, aqui cliente bancário ou potencial cliente que vê negada a concessão de um empréstimo bancário para compra de um imóvel na sua localidade por o seu nome estar inscrito como devedor na CRC do BdP, por força da participação indevida de uma responsabilidade. Não será difícil de imaginar os vários sentimentos que assolam esta esfera jurídica singular tais como, a vergonha, humilhação, desgosto e angústia, a nível pessoal, social e profissional, associadas a tal impossibilidade³⁶.

³³ Não importa que o facto informado seja verdadeiro, bastando a suscetibilidade de diminuir a confiança na capacidade de a pessoa cumprir as suas obrigações, cfr. Almeida Costa, *Obrigações*, 4ª ed. - 371 e Ac. STJ de 16/4/91 in BMJ 406-623.

³⁴ No amago do artigo 484.º do C.C., impõe-se distinguir o facto verdadeiro do facto falso. Na primeira hipótese incumbe à Instituição de Crédito provar que o desconhecimento do carácter lesivo do facto divulgado não lhe é imputável. Na segunda, o Banco tem de provar que o desconhecimento do facto falso não lhe é imputável.

³⁵ Direito consagrado no texto constitucional – artigo 25.º e 26.º n.º 1 da CRP.

³⁶ Veja-se Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, processo 6771/09.1TBOER.L1-8, in www.dgsi.pt

A isto acrescerá, as horas e quilómetros despendidos em deslocações, as despesas associadas em deslocações infrutíferas, no desgaste infligido na vida particular e social, danos materiais e morais que, ainda que suscetíveis de indemnização, serão de ressarcimento difícil na perspetiva de reconstituição natural.

Chegada ao instituto da **culpa**, na aceção do referido artigo do C.C., pode ser entendido como um juízo de censura da conduta do agente e pode revestir a forma de dolo ou negligência (seja consciente ou inconsciente). Na responsabilidade aquiliana, a regra é a de que ao lesado cabe provar a culpa do autor da lesão³⁷. Quando o agente lesante é um banco, esta culpa é aferida segundo os critérios dos artigos n.º 73º, 74º, 75º e 76.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, em outras palavras, segundo a diligência de um gestor criterioso e ordenado, a quem são exigidos elevados níveis de competência técnica.

Prosseguindo na análise dos pressupostos, o **dano**, enquanto basilar da responsabilidade civil delitual, sem o qual não podemos afirmar a existência do direito a ser ressarcido, pode separar-se (observando a natureza dos bens jurídicos violados) em danos patrimoniais e não patrimoniais³⁸: os primeiros são aqueles suscetíveis de avaliação pecuniária e os segundos³⁹ aqueles que tocam em bens não patrimoniais, insuscetíveis de avaliação pecuniária e que apenas poderão ser compensados⁴⁰.

³⁷ Tentaremos mais adiante mostrar que a aplicação desta presunção é demasiado penalizadora para os Lesados. Abrindo a possibilidade de aplicar a responsabilidade contratual aos casos que aqui estamos a tratar, o ónus da prova, podendo equacionar-se que caberia aos Réus a prova que a sua atuação não foi “culposa”.

³⁸ Iniciamos a nossa exposição referindo que são passíveis de comunicação à CRC responsabilidades de pessoas singulares e coletivas. Questão que não iremos desenvolver aqui é o saber a natureza dos danos causados pela violação do direito ao bom nome e ao crédito das pessoas coletivas.

³⁹ Artigo 496.º n.º 1 C.C.

⁴⁰ Neste plano, apontamos os danos reputacionais causados, sejam eles na honra ou bom nome do Lesado e traduzem-se geralmente em vergonha, embaraço, angústia, revolta e desgaste psicológico e emocional.

A reparação dos danos morais parece hoje indubitável, foi ultrapassado o argumento expendido no sentido de negar a reparação destes danos fundado na narrativa que pela sua própria natureza os danos não patrimoniais não são suscetíveis de reparação. A reparação dos danos morais visa *“proporcionar ao lesado meios económicos que de algum modo o compensem da lesão sofrida. Trata-se, por assim dizer de uma reparação indireta. Na impossibilidade de reparar directamente os danos, pela sua natureza não patrimonial, procura-se repará-los indirectamente, através de uma soma em dinheiro susceptível de proporcionar à vítima satisfações porventura de ordem puramente espiritual, que representem um lenitivo, contrabalançando até certo ponto os males causados”*⁴¹. Assim, impõe-se compensar o Lesado pela violação ilícita do seu direito à honra e bom nome.

Outro dos pressupostos base do artigo 483.º do C.C. é o que se refere ao **nexo de causalidade** entre o facto imputado e a lesão sofrida pelo Lesado – cfr. artigos 483.º n.º 1 e 563.º C.C.; para aferir da relação entre o facto e o dano recorre-se à teoria da causalidade adequada. A teoria da causalidade adequada estabelece que a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão. O Supremo Tribunal de Justiça tem desenvolvido esta teoria decidindo que para que um facto seja causa de um dano é necessário, antes de mais, no plano naturalístico, que ele seja condição sem a qual o dano não se teria verificado e, depois, que em abstrato ou em geral, seja causa adequada do dano.

A teoria exposta no artigo 563.º do C.C. determina dois momentos de avaliação: (1.º) a existência de um facto naturalístico condicionante do dano sofrido; e (2.º) que o facto seja, em geral e abstrato, adequado e apropriado a provar o dano. Esta é a solução adiantada para os factos positivos (ações).

Ora, relativamente às omissões (factos negativos), é necessário o nexo de causalidade entre a omissão e o dano. Em harmonia com o postulado no artigo 563.º do C.C., a omissão do facto é causa adequada ao dano se o ato omitido,

⁴¹ Inocêncio Galvão Teles, *“Direito das Obrigações”*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1982, p.297.

a ser praticado, muito provavelmente, teria obstaculizado à verificação do dano. A questão é saber se a conduta ilícita é condição adequada à produção do dano sofrido⁴². Relacionando o plano teórico com o nosso tema, o nexo de causalidade afere-se procedendo às operações já referidas: primeiro, saber se sem comunicação ao BdP o dano não ocorreria; segundo, se o facto/comunicação em geral e abstrato apto a provocar o dano.

Verificados os pressupostos aqui sumariados, interpretados segundo a lente da responsabilidade delitual, as sentenças têm concedido ao Lesados indemnizações fundadas na violação do direito à honra e ao bom nome e crédito.

V – Posição assumida

Na introdução ao nosso tema demos pistas sobre a posição que iríamos adotar quanto ao tipo de responsabilidade na base do dever de indemnização.

Assumimos a tese de aplicação das regras da responsabilidade contratual, segundo os artigos 798.º e seguintes do Código Civil. Tese que levaria à assunção que a mesma conduta constituiria simultaneamente facto relevante para ilícito extracontratual e contratual⁴³. Sendo que para a obrigação de indemnizar, quer se trate de responsabilidade extracontratual ou contratual, os elementos ou pressupostos a preencher são os mesmos, os já referidos no ponto anterior da exposição. Ora, é sabida a posição da nossa jurisprudência:

⁴² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 3003/04.2TVLSB.L1.S2, de 19/05/2011: *“As angústias e transtornos causados pela indevida inclusão de um nome na base de dados de incumpridores, transmitida e comunicada ao Banco de Portugal, atingem o património moral dessa pessoa, devendo merecer a tutela do direito e, pela sua gravidade, ser indemnizados, nos termos previstos pelo art. 496.º do CPC.”*

⁴³ *“(…) apesar de nítida distinção conceitual existente entre as duas variantes da responsabilidade civil (uma, assente na violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos; a outra, resultante do não cumprimento, lato sensu, dos deveres relativos próprios das obrigações, incluindo os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no seio da complexa relação obrigacional), a verdade é que elas não constituem, sobretudo na prática da vida, compartimentos estanques. Pode mesmo dizer-se que, sob vários aspectos, responsabilidade contratual e extracontratual funcionam como verdadeiros vasos comunicantes”* - cfr. Antunes Varela, *“Das Obrigações em Geral”*, vol. I, 9ª ed., pág. 537.

as indemnizações são concedidas pela via da responsabilidade extracontratual. O entendimento seguido pelos Tribunais diz-nos que inexistente qualquer violação da relação consensual estabelecida entre as partes. Trata-se, pois, da violação de uma obrigação legal, sem qualquer conexão contratual. Obrigação consequente do disposto no Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro e da Instrução nº 17/2018 do Banco de Portugal.

Como já assinalamos supra, não comungamos desta posição. Entendemos, antes, ser possível respaldar o dever de indemnização na responsabilidade contratual, na violação de deveres contratuais, mesmo que esses deveres que impendem sobre as partes não estejam plasmados nos contratos.

Tal como qualquer outra relação contratual, a relação cliente/banco é, por via de regra, iniciada com um contrato, por regra, padronizado e conformado por cláusulas contratuais gerais.

É consabido que o contrato marca o início de uma relação duradoura, reiterada e complexa, que pode abarcar uma variedade de outros negócios bancários. O seu início é frequentemente principiado por um contrato de abertura de conta⁴⁴, que delineia o quadro básico da relação entre as partes. Com o contrato de abertura de conta⁴⁵, inicia-se uma relação bancária complexa muitas das vezes este tipo de contrato antecede outros contratos bancários, sejam eles contratos de depósito ou contrato de utilização de cartão de crédito.

As cláusulas inseridas nos contratos bancários referem-se superficialmente ao problema que decidimos trazer, deixando ao leitor e a

⁴⁴ Podemos definir este contrato como “o negócio bancário nuclear, definido como um contrato outorgado entre o banqueiro e o cliente, mediante o qual ambos assumem deveres recíprocos no que concerne a diversas práticas bancárias, que decorrentemente podem desenvolver-se da sua celebração, sujeitando o banqueiro e o cliente a deveres de conduta decorrentes da boa fé” – cfr. acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, processo 6 47/04.6TBCVL.C1, de 13/10/2009.

⁴⁵ Consultando os vários sítios da internet das instituições bancárias e de crédito verificamos inúmeros exemplos de contratos de abertura de conta. Verificamos ainda que esses contratos, moldados por cláusulas contratuais gerais, preveem a comunicação

título meramente exemplificativo, o modelo-tipo das cláusulas inseridas nestes tipos de contratos: a primeira refere-se a cláusulas inseridas em contrato de abertura de crédito e o outro em contrato de utilização de cartão de crédito:

Cláusula 32.^a – Comunicação de responsabilidades ao Banco de Portugal

1. Em cumprimento do disposto nos pontos 3.1 e 32. da Instrução 21/2008 do Banco de Portugal ou das disposições legais ou regulamentares que venham a estas, o Banco está obrigado a comunicar à Central de Responsabilidades de Crédito, para efeitos de centralização e divulgação de informação, em nome do beneficiário direto do crédito, os saldos das responsabilidades decorrentes de operações ativas de crédito concedido relativos ao último dia de cada mês, bem como as garantias prestadas em nome do potencial devedor.

3. O Cliente tem direito a conhecer a informação que a seu respeito conste da Central de Responsabilidades de Crédito e, quando se verifique a existência de erros ou omissões, a solicitar a sua retificação ou atualização junto do Banco.

6. O Emitente está obrigado a comunicar ao Banco de Portugal a informação relativa a responsabilidades efetivas ou potenciais decorrentes de operações de crédito de que sejam beneficiárias pessoas singulares ou não residentes no território nacional. Para cumprimento dessa obrigação o Emitente comunicará mensalmente à Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal, os saldos daquelas responsabilidades aos quais serão associados, designadamente, os elementos referentes à identificação dos mutuários, ao montante dos créditos concedidos; ao grau de cumprimento do pagamento, à finalidade dos créditos contratados; aos créditos vencidos e ao valor dos encargos mensais associados ao pagamento dos créditos.

É nesta base, numa primeira fase, que retiramos a conclusão de que a obrigação de comunicação ao BdP, a tal prevista no Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro e da instrução nº 17/2018 do Banco de Portugal, não é estranha às lides contratuais⁴⁶.

A obrigação de comunicar referida nos contratos é por si só bastante simples: é a transposição do Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro. Mas,

⁴⁶ Assinalamos novamente que os Bancos devem informar os Cliente da CRC e dos factos que levam à comunicação. Esta informação deverá mesmo constar dos contratos ou seus anexos.

por mais completos e abrangentes que se queiram, é impossível aos contratos preverem, como se sabe, todas as situações.

É por essa razão que, através das cláusulas contratuais é informado o dever de comunicação ao BdP. Então, que consequência se poderá, ou deverá retirar da violação deste dever de comunicação? Não poderemos catalogar esta violação como incumprimento contratual? Não poderá este incumprimento dar lugar a responsabilidade contratual?

Na verdade, a interpretação aventada nos Tribunais leva a uma resposta perversa: de um lado defendem que uma comunicação defeituosa dá lugar a responsabilidade extracontratual; do outro lado não reconhecem que esta mesma comunicação representa o cumprimento defeituoso do contrato. Por exemplo, comunicado o incumprimento de determinada responsabilidade, quando na verdade o contrato está a ser cumprido.

Asism, apelamos ao leitor um redobrar de atenções.

É que no contrato está cravada a obrigação de comunicação ao BdP: de responsabilidades efetivas e potenciais. Se a EP comunica ao BdP que o cliente está em incumprimento, do contrato de mútuo ou de descoberto bancário, não é o contrato que está/rá a ser violado?

A resposta a esta questão parece-nos afirmativa. Qualquer comunicação de responsabilidade deve respeitar a realidade e qualquer desapego da comunicação à realidade deve ser interpretado como incumprimento.

Mas a argumentação em defesa da nossa tese não se padece somente do acima exposto.

Devemos ter em consideração que os contratos incluem um sem número de direitos e obrigações, as quais vinculam as partes a uma relação contratual complexa⁴⁷, baseada na confiança recíproca, deveres de lealdade e de boa-fé.

⁴⁷ “(...)uma estrutura ou sistema de vínculos emergentes do contrato, numa posição recíproca de instrumentalidade e interdependência, coordenadas pela sua procedência no mesmo contrato e pela sua colocação ao serviço do fim contratual, amplamente entendido”, Carlos Alberto da Mota Pinto, “Teoria Geral do Direito Civil”, Coimbra Editora, 1976, p. 143.

Pois, qualquer relação contratual não é uma realidade estanque, à qual podemos definir sem margem para erros as suas fronteiras. O contrato não se extingue com o cumprimento das prestações a que as partes se obrigaram contratualmente.

Ora, no cerne desta relação complexa, alicerçada na confiança, lealdade e boa-fé, está a cláusula geral consagrada no n.º 2 do art. 762.º do C.C.⁴⁸. Tanto mais estreita é esta relação complexa, quanto mais repetidas e continuadas são as operações bancárias havidas entre as partes e que não se esgota nas prestações principais convencionadas pelas partes.

No nosso entender, nascem, ao lado de prestações primárias e secundárias, obrigações acessórias⁴⁹ (ou laterais) de cuidado ou de proteção da pessoa e do seu património decorrentes da boa-fé. Obrigações estas que não radicam da autonomia das partes, mas antes transcendem a vontade das partes e são independentes da vontade delas, não se mostrando inseridos no clausulado do contrato. O estreitamento dos laços contratuais, com as sucessivas operações e contratos de indole bancária, reforçam estas obrigações laterais fundadas na boa-fé, lealdade e confiança, como repetidamente, fomos indicando.

⁴⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 2975/12.8TBSTS.P1: “A relação contratual estabelecida entre as partes, nos termos expressos no contrato promessa escrito outorgado por ambas, é uma relação contratual complexa, conceito que, importado da doutrina alemã em meados da década de setenta do século passado, é actualmente aceite, genericamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência portuguesas e que importa uma visão da relação jurídica estabelecida entre as partes contratantes como “uma estrutura ou sistema de vínculos emergentes do contrato, numa posição recíproca de instrumentalidade e interdependência, coordenadas pela sua procedência no mesmo contrato e pela sua colocação ao serviço do fim contratual, amplamente entendido.”

II - Nesta relação obrigacional complexa “os deveres laterais e os deveres acessórios dos contraentes podem resultar da “cláusula geral” da boa fé consagrada na lei (artºs 239 e 762 CC), de cláusula contratual expressa ou de específica norma legal.”

⁴⁹ Agrupados nas categorias de deveres de informação, deveres de lealdade e deveres de protecção – tem tido acolhimento e desenvolvimento na doutrina nacional - Menezes Cordeiro, “Da boa fé no direito civil”, Vol. II, 1984, págs. 586.

Todavia, pesando a arquitetura do sistema jurídico português refletida no Código Civil, a tutela dos direitos absolutos, insita na clausula geral do artigo 483.^a., mostra-se plenamente assegurada (s.m.o.).

Desta feita, convocar os deveres laterais ou acessórios e a sua tutela pela responsabilidade contratual, reforçar a tutela dos direitos absolutos manifestada no aumento no prazo prescricional e na presunção de culpa do devedor, o que deverá acontecer em situações delimitadas e que mereçam o robustecer da tutela dos direitos.

É nossa motivação a defesa dos interesses e direitos potencialmente violados, justificando-se uma necessidade premente no reforço da tutela dos direitos, estendendo o leque de obrigações a que as partes estão adstritas e reconhecendo que a violação destes deveres laterais dará lugar à responsabilização pela via contratual.

Antes de terminarmos, iremos fazer uma singela incursão sobre a posição da doutrina face aos deveres laterais ou acessórios.

ALMEIDA COSTA⁵⁰ enfatiza que “*numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos deveres de prestação – tanto deveres principais de prestação, como deveres secundários –, os deveres laterais (...), além de direitos potestativos, sujeições, ónus jurídicos, expectativas, etc.. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a relação complexa em sentido amplo ou, nos contratos, relação contratual*”. O Autor defende a relação obrigacional como uma realidade complexa, onde ao lado de deveres de prestação, primários ou secundários, encontramos deveres laterais emanados do princípio da boa-fé.

Na mesma linha de pensamento, CARLOS MOTA PINTO sustenta a relação obrigacional complexa ao serviço da conservação da pessoa e do património eventualmente afetados no cumprimento do contrato.

⁵⁰ Cfr. o seu “*Direito das Obrigações*”, 9ª edição, pág. 63.

CARNEIRO DA FRADA adverte para a sujeição do contrato, durante toda a sua vigência, às regras da boa-fé. Razão pela qual, *“ao lado dos deveres de prestar – sejam eles principais de prestação ou acessórios da prestação principal –, floresce na relação obrigacional complexa, um leque mais ou menos amplo de deveres que disciplinam o desenrolar da relação contratual, que podem designar-se deveres laterais ou simples deveres de conduta”*⁵¹. O cumprimento do contrato, aludido no artigo 800.º n.º 1 do C.C., ultrapassa a simples execução da prestação à qual o devedor se obrigou. Estende-se aos deveres laterais de conduta, integrados na relação contratual complexa e que compreende os deveres de proteção. Estes deveres laterais *“não estão virados, pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso da sua relação”*⁵².

Feita esta resenha, a questão está em aferir se sobre o Banco ou Instituição Financeira impendem estes deveres laterais ou acessórios de conduta, fundados na boa-fé e que vão para lá das prestações convencionadas. Reconhecendo-se que o dever de cuidado para com a pessoa e seu património não se inclui na relação contratual existente estaremos perante responsabilidade extracontratual. No entanto, pelo contrário, se considerarmos a existência deste dever de cuidado, o desrespeito por este dever gerará responsabilidade contratual⁵³.

Como temos vindo a apontar ao longo do presente texto, entendemos e s.m.o, que é pela própria natureza da relação cliente/banco ou cliente/instituição financeira que se fundam os aludidos deveres laterais de proteção. Este vínculo é reiterado, duradouro e complexo. Inicia-se com um contrato de abertura de conta e evolui para um pluralidade de outros contratos bancários. Quando abordamos o regime da CRC, concluimos que no momento de concessão de um empréstimo ou crédito a um potencial cliente,

⁵¹ Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, pág. 443

⁵² Obra citado do autor.

⁵³ Não iremos tratar da questão do tratamento do concurso de responsabilidades. Não cabe no tema do artigo desenvolver este ponto.

o Banco solicita ao BdP informação sobre as suas responsabilidades. O Banco toma conhecimento da situação patrimonial dos seus clientes (ou potenciais clientes) e em sentido inverso, ao conhecer da situação patrimonial, o Cliente transfere para o Banco a salvaguarda do seu bom nome e crédito. Aqui, podemos ver a especial relação e posição que assumem ambas as partes e compreende-se o impacto que uma comunicação errônea ao BdP poderá propiciar no estatuto pessoal e social do cliente bancário.

Portanto, parece mais crarividente que as obrigações resultantes dum contrato bancário são mais extensas do que a pré-configuração que as partes estabelecem com a assinatura do contrato e fundam-se em mais do que a mera vontade das partes. Obrigações que se enraizaram com a celebração do contrato mas que, vão muito para além daquele!

Por todo o exposto, face à natureza da relação, assente na confiança mútua, as expetativas das partes vão-se reforçando e solidificando, sendo que os deveres laterais saiem reforçados e, temos de concluir, são protegidos pelo feixe de proteção do contrato.

Mas podemos densificar ainda mais a nossa posição. Não cremos que a obrigação de comunicar dados ao BdP, prevista na lei, mas também nos contratos bancários (a título de exemplo ver as cláusulas dos contratos de abertura de conta e de descoberto bancário aludidas acima), de utilização de cartão de crédito ou mesmo em contratos de aluguer de veículos, prevejam a comunicação de dados errados ou defeituosos. Aliás, os bancos têm à sua disposição o espelho da situação patrimonial do cliente em todo o sistema financeiro. A este respeito, no nosso discurso referente aos pressupostos da responsabilidade extracontratual, designadamente da culpa, mencionamos que aquele requisito deve ser aferido pelos critérios dos artigos 72.º a 75.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

A culpa é aferida segundo a diligência de um gestor criterioso e ordenado, a quem são exigidos elevados níveis de competência técnica. E, de igual modo, a comunicação ao BdP deverá revestir este cuidado e critério.

Repare-se que, ainda que a comunicação mensal de responsabilidades seja um processo informatizado e automatizado, as instituições de crédito devem assegurar, em todas as atividades que exerçam, elevados níveis de competência técnica. Diga-se que num sistema fechado e sem influência do cliente bancário sobre a informação transmitida, a sensibilidade e relevância dessa mesma informação, a atuação do Banco deverá pautar-se pelo cuidado e diligência, protegendo os direitos dos seus clientes.

Deste modo, quando o Banco perigar as expectativas criadas aos clientes, deverá ser reconhecido o direito a ser indemnizado de acordo com a responsabilidade contratual, fundada na violação dos deveres laterais de proteção.

VI – Notas finais

A jurisprudência portuguesa tem negado a tutela dos danos sofridos na sequência de comunicações deficientes pela via contratual. Tem vindo a entender que os danos sofridos pela prática destes atos atentatórios da honra, bom nome e crédito não estão protegidos pela relação contratual havida entre as partes; nem entendem a extensão da proteção da parte lesada pela via da responsabilidade contratual, com recurso aos deveres laterais ou acessórios.

Ao longo das palavras que escrevemos, tentamos demonstrar apenas um ponto de vista de reflexão, atenta a natureza da relação bancária, pelos direitos em cogitação e pelos efeitos que a violação desses mesmos direitos importam.

Devem, face às nossas presentes conclusões, levar ao reconhecimento dos lesados a possibilidade de fazer valer - com segurança jurídica - os seus direitos, averiguando da responsabilidade dos Bancos pela Responsabilidade Contratual de forma atenta. É certo que é um caminho em prol do nivelamento de uma relação conhecida desnivelada, por natureza.

Temos a expectativa de que o tema seja do interesse de alguém no sentido de aprofundar e abrir horizontes nesta matéria, permitindo, quiça, a breve

trecho, sustentar uma mudança dos ventos dos nossos Tribunais em prol, além de tudo o mais, dos bens jurídicos em causa.

"Teu dever é lutar pelo direito; porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça." (Eduardo Couture).

BIBLIOGRAFIA:

CORDEIRO, António Menezes, *"Direito das Obrigações"*, vol. II, 1990, Almedina.

CORDEIRO, António Menezes, *"Da Boa Fé no Direito Civil"*, Vol. II, 1984, Almedina.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *"Direito das Obrigações"*, 9ª edição, Almedina.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *"Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil"*, 2018, Almedina.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *"Teoria Geral do Direito Civil"*, 1976, Coimbra Editora.

TELES, Inocêncio Galvão, *"Direito das Obrigações"*, 4.ª edição, 1982, Coimbra Editora.

VARELA, João de Matos Antunes, *"Das Obrigações em Geral"*, vol. I, Almedina.



AUTORIA

Angelina Teixeira | Advogada

Doutoranda em Direito e Sócia da Marques & Areal da Silva, SP, RL
angelinateixeira-53245p@adv.oo.pt
angelinateixeira@masadvogados.pt

Vítor Pinho Ferreira | Advogado-estagiário

Marques & Areal da Silva, SP, RL
vitorpinhoferreira@masadvogados.pt

Data  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

ISSN 2182-6242

Ano 7 • N.º 10 • dezembro 2019



2182

6245